

The background of the cover features a central purple circle with an orange border. Surrounding this circle are ten stylized, colorful illustrations of people's heads and hands, arranged in a circle. The people have various skin tones (blue, orange, green, red) and hairstyles (beard, glasses, curly hair, bun). The hands are shown in various colors (red, orange, black) and are positioned as if holding or supporting the central circle. The overall style is flat and modern.

# Derechos Humanos

Niñez y adolescencia

Laura Lora  
*(compiladora)*

TOMOI

Lora, Laura N.

Derechos Humanos : niñez y adolescencia / Laura N. Lora. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad de Buenos Aires. Instituto Gioja - Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2023.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: online

ISBN 978-950-29-1979-9

1. Derechos Humanos. 2. Niñez. 3. Adolescencia. I. Título.

CDD 341.48572

ISBN Obra Completa: 978-987-3810-44-2

Edición y corrección de estilo: Laura Pégola

Diseño y diagramación de interior y tapa: Eric Geoffroy

Impreso en la Argentina – Made in Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.

Todos los derechos reservados. No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

**Decano**

Leandro Vergara

**Vicedecana**

Silvia Nonna

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

**Consejeros Titulares**

Mary Beloff / Juan Pablo Mas Velez / Marcela I. Basterra

Daniel R. Vítolo / Leila Devia / Alejandro Alagia

Graciela Medina / Gonzalo Alvarez

**Consejeros Suplentes**

Adelina Loianno / Marcelo Gebhardt / Silvia Nonna / Alfredo Vítolo  
Nancy Cardinaux / Juan Pablo Mugnolo / María Blanca Noodt Taquela

Claudio e. Martyniuk

CLAUSTRO DE GRADUADOS

**Consejeros Titulares**

Raúl M. Alfonsín / Silvia Bianco / Fabián Leonardi / Martín Río

**Consejeros Suplentes**

Elisa Romano / Enrique Rodríguez Chiantore / Silvia A. Bordón / Romina  
Nieto Coronel

## CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

### **Consejeros Titulares**

Mateo Agustín Pedroni / Luciana Gallardo  
Sebastián Fernández Jaichenco / Juan Martín Sala

### **Consejeros Suplentes**

Micaela Castañeda / Joaquín Santos / Trinidad Acuña Bianchi  
Lucien Rocío Palacios Gava

### **Representante no docente**

Lorena Castaño

### **Secretarios**

**Secretario Académico:** Lucas G. Bettendorff  
**Secretario de Administración:** Carlos A. Bedini  
**Secretario de Extensión:** Oscar M. Zoppi  
**Secretaria de investigación:** Luciana B. Scotti  
**Secretaria de Relaciones Internacionales:** Marta R. Vigevano  
**Secretaria de Relaciones Institucionales:** Carmen Virginia Badino Varela  
**Secretaria de Vinculación Estudiantil:** Andrea Cristina Luciana Carreras Lobo

### **Subsecretarios**

**Subsecretaria Académica:** Laura N. Lora  
**Subsecretario de Administración:** Rodrigo Mazzini  
**Subsecretaria de Extension:** Pedro Calvo

## DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

**Directora:** Mary Beloff  
**Subdirector:** Luis Ricardo José Sáenz  
**Secretario:** Lautaro Furfaro

# Índice

A modo de prólogo.....	11
Introducción.....	14

## **COMISIÓN 1**

ACCESO A LA JUSTICIA Y SALUD MENTAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. DESAFÍOS ACTUALES.....	21
--	----

Defensa técnica de adolescentes imputados/as y salud mental.....	22
<i>Damián R. Muñoz</i>	

Capacidades progresivas de los adolescentes.....	27
¿Puntos de tensión el Código Civil y Comercial y el sistema penal juvenil?.....	27
<i>Ezequiel Mercurio</i>	

Los derechos de niños y niñas como víctimas de la violencia de género en España.....	40
<i>Teresa Picontó Novales</i>	

El papel de las instancias de protección a niñas, niños y adolescentes por detenciones y retenciones arbitrarias en contra de sus progenitores. <i>Caso Chiapas, México</i> .....	54
<i>José Adriano Anaya - Yolanda Castañeda Altamirano</i>	
<i>Esther Elizabeth León Victoria</i>	

Escuchar la voz de los niños, niñas y adolescentes. Los niños como sujetos de derechos.....	73
<i>Adriana Martínez Bedini</i>	

Aportes de la psicología forense en un caso de abuso sexual a niño con condición de trastorno del espectro autista y discapacidad intelectual severa. Psicología forense y derechos humanos.....	90
<i>Claudia Alejandra González Bascur</i>	
Análisis epistemológico del trastorno del espectro autista y los derechos constitucionales niños, niñas y adolescentes en el Ecuador.....	109
<i>Iliana López Ruiz - Amparo Verónica Burbano Coral</i>	
<i>Juan Fernando Jaramillo Mantilla</i>	
Niñez, adolescencia y discapacidad: la mediación como herramienta de acceso a la justicia. El caso de la mediación prejudicial obligatoria en la provincia de la pampa.....	127
<i>Ivana Cajigal Cánepa</i>	
Derecho a la salud mental de niñas, niños y adolescentes convivientes en Centros Residenciales, de la ciudad de Rosario.....	141
<i>Noelia Ada Diéguez</i>	
La intervención del órgano administrativo de protección de derechos durante la internación y tras el alta.....	160
<i>Ángela Gabriela Fernández - Esteban Caride</i>	
Involucramiento del Estado dentro del proceso judicial penal en niño/as, adolescentes víctimas de abuso sexual infantil.....	168
<i>María de los Ángeles Giménez - Walter Antonio Reinoso</i>	
Nuevos desafíos: violencia vicaria y acceso a la justicia.....	188
<i>Susana Lezcano</i>	

Narrativas de derechos y Derechos Humanos de Niños,  
Niñas y Adolescentes..... 195  
*Laura Noemí Lora - Laura Vanesa Medina*

Niñez y Medio Ambiente. La NO violencia ambiental  
contra los niños. La violencia ambiental como violencia  
especifica. La Responsabilidad Social y la Infancia (RS-I)..... 207  
*Dra. Palacio Mayra Cecilia - Dra. Zarabozo Mila María Victoria*

La violencia ascendente desde la intervención del sistema  
de justicia en Montevideo, Uruguay ..... 225  
*Lucía Remersaro Coronel - Daniel R. Zubillaga Puchot*

Salud mental y sujetos vulnerables: el acceso a la justicia  
en las provincias del nordeste ..... 240  
*Fátima Villalba*

## **COMISIÓN 2**

COMUNICACIÓN, NUEVAS TECNOLOGÍAS E INFANCIAS..... 258

El delito de *grooming*: un debate sobre la Reglamentación  
de la Ley 27.590 ..... 259  
*Carolina Isabel Arias - Matías Visscher Toledo*

Comunicación, nuevas tecnologías e infancia..... 278  
*Carmen Alicia Bellegarrigue Pino*

¿Cuál es el rol del contexto alfabetizador y social sobre el  
uso de dispositivos de pantalla en la infancia? ..... 288  
*Lucas Gustavo Gago Galvagno - Susana Stoisa*  
*Adriana Gak - Ángel Manuel Elgier*

La protección de la niñez en la propaganda política y electoral en México por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.....	301
<i>Héctor Daniel García Figueroa</i>	
El derecho humano de niños, niñas y adolescentes a la educación en el entorno digital.....	323
<i>Lucía Martínez Lima</i>	
Niños, niñas y adolescentes en las redes, ¿ <i>influencers</i> o trabajo infantil encubierto?.....	332
<i>María Verónica Ojeda - Betina Pancino</i>	
E-tnias y discapacidad: La (exin)clusión digital-educativa en la diversidad cultural y funcional.....	344
<i>Julio Manuel Pereyra</i>	



## **AGRADECIMIENTOS**

A Ricardo Rabinovich-Berkman, Director del Departamento de Sociales,  
Facultad de Derecho (FD), UBA

A Mary Beloff, Secretaria del Departamento de Publicaciones, FD, UBA

A Luciana Scotti, Secretaría de Investigación, FD, UBA

Al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L.

Gioja, FD, UBA

Al equipo UBACyT a cargo de la Dra. Laura Lora “Derecho, Sociedad e  
Infancia” (programación científica 2018-2022) FD, UBA

A los integrantes del Departamento de Comunicaciones, FD UBA, por su  
colaboración en la difusión

## **AUSPICIOS**

Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional

Asociación Argentina de Fiscales

Defensoría General de la Nación

Instituto Internacional de Sociología Jurídica (IISJ)

Master en Cultura Jurídica de la Universitat de Girona

Ministerio Público Fiscal de CABA

Ministerio Público de la Defensa de la Nación

Ministerio Público Tutelar CABA

Proyecto UBACyT a cargo de la Dra. Mary Beloff “Niñas invisibles:  
vulnerabilidades múltiples y protecciones cruzadas en la justicia juvenil”  
(programación Científica 2020-2023)

Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (SASJU)

Universidad de San Isidro

### **Declarado de interés por:**

Asociación Argentina de Mujeres Jueces (AMJA)

Asociación de Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público Fiscal de la  
Nación (AFFUN)

Asociación de Magistrados y Funcionarios de la CABA (MAFUCABA)

Asesoría Tutelar CABA

Centro de Estudios Institucionales Patagónico (CEIP)

Colegio de Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y  
Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
Colegio Público de Abogados CABA  
Consejo de la Magistratura de la CABA  
Proyectos de investigación científico-académicos, entre ellos: “Digesto  
Federal de Derechos Humanos” de Facultad de Derecho y Ciencias  
Sociales de la Universidad Nacional del Comahue (UNCOMA)  
Tribunal Superior de Justicia de CABA

## A modo de prólogo

Reúnen estos dos notables volúmenes, que su destacada compiladora me ha hecho el inmerecido honor de invitarme a prologar, los trabajos presentados al “II Congreso Federal Internacional e Interdisciplinario Derechos Humanos para la niñez y la adolescencia. Derecho y Sociedad”. Este memorable evento, subtítulo “Teoría y prácticas para el abordaje de los conflictos transversales a la niñez y la adolescencia” se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (donde la Dra. Lora se desempeña hoy, muy dignamente, como Subsecretaria Académica) en 2022, con el Departamento de Ciencias Sociales como coorganizador.

Por ello, se ha optado, creo que correctamente, por estructurarlo a partir de los temas tratados en las diversas Comisiones del referido encuentro. Cada uno de esos ejes presenta una serie de investigaciones elaboradas por personas del ámbito académico, provenientes de diferentes países.

El marco temático abordado es amplísimo. Se comienza por las agudas problemáticas del acceso a la justicia y de la salud mental. Se pasa luego a los desafíos generados por las nuevas tecnologías vinculadas con la información, que tanto impacto conllevan en la infancia y la adolescencia. De allí, abriendo el segundo volumen, vamos al campo del derecho penal, siempre en debate, para entrar después en la espinosa cuestión de las migraciones. Y cierra la obra el apasionante y acuciante asunto de los pueblos originarios de América.

Sesenta y cuatro prestigiosas plumas dedicadas a la investigación, fundamentalmente (pero no de modo exclusivo) desde el ángulo de la sociología jurídica, aportan sus trabajos para nutrir los dos volúmenes de esta obra, llamada a convertirse en un referente inevitable en la materia. La actualidad de los temas, la diversidad de los enfoques, la amplitud de la base geográfica ( eminentemente latinoamericana) brindan al libro un interés muy particular que lo convierte en una verdadera joya.

La labor de compilación y edición de los capítulos ha sido concretada con esmero y pulcritud por la Dra. Laura Lora. No es una tarea fácil, por cierto. Desde la convocatoria, pasando por el incentivo a escribir, el acicate—siempre temeroso de resultar molesto—a quienes han de entregar los materiales, para arribar luego a la recepción, uniformización, ordenamiento, correcciones finales... Es un desafío de Hércules. Pero el premio es ver cómo una gema preciosa, como esta, sale a la luz.

Ya medio siglo ha pasado desde que los iluminadores trabajos de Margaret Gruter, en gran medida montados en las reveladoras investigaciones de campo realizadas por Jane Goodall en la reserva de Gombe, Tanzania, se explayaban sobre el cuidado que los primates suelen poner en el cuidado y la preservación de los miembros más jóvenes de sus grupos. Con qué paciencia se les enseñan los comportamientos socialmente aceptados y hasta qué punto se les brinda total impunidad ante la comisión de actos que, realizados por adultos, generarían duros castigos.

Es altamente posible que nuestros antepasados compartieran con los cercanos parientes, los demás primates, esas actitudes protectoras y permisivas, evidencia de un reconocimiento de la importancia de los miembros jóvenes para el conjunto. Los elaborados enterramientos infantiles recientemente descubiertos en Sudáfrica y atribuidos al H. Naledi, estarían llevando esta perspectiva a unos 350 mil años atrás. Pero, sin llegar tan lejos, ya teníamos evidencias de sepulturas de esa índole en el H. Neanderthalensis y en los humanos modernos arcaicos.

Los niños ciudadanos de Roma (e incluso niñas) vestían la misma toga de los senadores, la *praetexta*, con una orla púrpura. Esa vestimenta indicaba a las personas por las cuales todo el *populus* debería, llegado el momento, sacrificarse. Eran los importantes, los privilegiados. Llegados a la edad de tomar las armas, los jovencitos debían dejar esa prebenda y pasaban a llevar la toga viril, completamente blanca. Habían perdido aquel amparo especial reconocido a su corta edad. Ahora, los privilegios deberían ganárselos.

Sin embargo, las sociedades complejas dieron lugar, casi de modo proporcional a su complejidad, a situaciones de indefensión jurídica notable para la infancia y adolescencia, cuando no de franca explotación y abuso. La esclavitud, la servidumbre medieval en sus peores formas (porque no tanto en las más corrientes), las acuciantes desigualdades económicas derivadas del capitalismo, las supremacías étnicas ocasionadas por la expansión imperialista de las potencias, el racismo en todas sus formas. La infancia y la adolescencia se transformaron en esos contextos en etapas insoportables de la vida. Y a menudo ésta no iba más allá de ellas.

Cuando llegaron los genocidios modernos, sus perpetradores se cebaron particular y cuidadosamente en la infancia de los grupos atacados. Era lógico, porque les servían de brújula las ideas darwinianas y eugenésicas. Amputar a un pueblo su juventud era quitarle para siempre su futuro, transformarle en un muerto que anda, arrancarle la razón de existir. Los armenios vieron a sus hijos masacrados, como luego los verían los judíos y los gitanos, y más tarde los tutsis de Ruanda. Al flagelo de los genocidios se agregó el de las personas refugiadas, los exilios forzados masivos. Y de nuevo, el peso se desplomó sobre la gente más joven.

Hoy, hemos comenzado a comprender que la teoría y la práctica de los derechos fundamentales deben tener un espacio especial, prioritario, para la niñez y la adolescencia. Que no basta con las construcciones generales, porque se trata de realidades muy diferentes. A esa conciencia obedecen congresos como el que diera lugar a estos dos volúmenes. A esa toma de partido responden dedicaciones académicas brillantes como la de Laura Lora y quienes han escrito en esta obra imperdible.

A leer el libro, pues. A cosechar el fruto de sus artículos sin desperdicio. Pero no te engañes, tú que tienes la obra ante tus ojos. No te lames a error. Porque las letras que tratan estas temáticas no están escritas con tinta, sino con sangre. Con sangre y lágrimas infantiles, dolor de aquellos que no lo hay peor ni más triste, con la incredulidad de esas miraditas convocadas al amor y la dulzura, pero que en cambio contemplan desde la indefensión el sufrimiento sin sentido.

Y no leas esta obra como se leen tantas. Haz de su lectura un juramento de esperanza.

Ricardo D. Rabinovich-Berkman  
Universidad de Buenos Aires, invierno de 2023

# Introducción

La obra que se presenta, *Derechos Humanos. Niñez y adolescencia*, editada en dos tomos, reúne los trabajos presentados en el II Congreso Federal Internacional e Interdisciplinario Derechos Humanos para la niñez y la adolescencia, titulado “Derecho y Sociedad. Teoría y prácticas para el abordaje de los conflictos transversales a la niñez y la adolescencia” realizado los días 24 y 25 de agosto del año 2022.

Las contribuciones de los autores sobre los temas tratados en las comisiones del Congreso permiten referenciar un conocimiento acumulado que se complementa con los resultados de diversas actividades realizadas, tales como jornadas, en el marco de diferentes Proyectos UBACyT desarrollados desde el año 2008 a la actualidad. El más reciente de los proyectos se titula “Derecho, Sociedad e Infancia”<sup>1</sup>, mediante el cual hemos logrado reunir, editar y publicar la obra *Infancias, Narrativas y Derechos*.<sup>2</sup> Esta última contiene en sus dos tomos los textos escritos por panelistas y/o ponentes que participaron del Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la Niñez y

---

<sup>1</sup> Proyecto de la programación científica de la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica, Modalidad I, Código 20020170100526BA. Periodo 2018-2022, Laura N. Lora (directora).

<sup>2</sup> Lora, Laura (comp.), (2021) *Infancias, narrativas y derechos: tomo I / II*, Laura N. Lora. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones, 2021. 635 págs. Libro digital, PDF Archivo Digital: descarga y online ISBN 978-987-3810-40-4; tomo II/ ISBN 978-987-3810-41-1 TOMO I y TOMO II. Asimismo, se puede acceder a las exposiciones de los panelistas y de los ponentes que participaron del Congreso a través del siguiente enlace “*Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la Niñez y la Adolescencia. Prácticas interdisciplinarias y modos de abordar los conflictos que atraviesan a la Niñez y a la Adolescencia*” realizado los días 18 y 19 de mayo de 2020.

la Adolescencia, titulado “Prácticas interdisciplinarias y modos de abordar los conflictos que atraviesan a la Niñez y a la Adolescencia” realizado los días 18 y 19 de mayo de 2020.<sup>3</sup>

El Congreso convocó a presentar investigaciones en el ámbito académico de la Facultad de Derecho a fin de intercambiar, exponer y construir los abordajes científicos, sociales y jurídicos en torno a la complejidad de los temas que involucran a niños, niñas y adolescentes. Así, se reunieron contribuciones teóricas y empíricas en torno a cinco ejes temáticos:

- Acceso a la justicia y salud mental de niñas, niños y adolescentes. Desafíos actuales.
- Comunicación, nuevas tecnologías e infancia.
- Niñez víctima y niñez imputada. Nuevas miradas.
- Migrantes, género e infancia.
- Profesiones jurídicas, infancias y adolescencias.

Los autores de los trabajos se convierten en referentes de las siguientes variables de análisis: efectividad, exigibilidad y restitución de derechos; derechos vulnerados; sujetos de derechos; interés superior del niño; interacción entre diversos sectores, actores e instituciones; ejercicios y prácticas interdisciplinarias; determinación de derechos en tiempo razonable; defensa, promoción y protección de derechos; defensa técnico-jurídica y abogado del niño, el cuidado y la responsabilidad parental. A partir de un estudio transversal de estas variables y de dimensiones complementarias entre sí, se advirtió en las ponencias que los derechos humanos de la infancia reconocidos normativamente a nivel internacional aún requieren para su efectividad, la adecuación a la legislación local de cada país al denominado, en el ámbito jurídico, “paradigma de la protección integral”.

---

<sup>3</sup> Este evento académico tuvo la particularidad de ser el primer Congreso de alcance nacional e internacional, de la Facultad de Derecho de la UBA, desarrollado de manera completamente virtual durante la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional en la Argentina como consecuencia de la pandemia por COVID-19. La propuesta fue presentada en el marco del Programa de Apoyo a Reuniones Científicas 2019, UBA y el soporte tecnológico se realizó desde el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, a través de Zoom y canal de YouTube del mismo Instituto.

También se destacó la necesidad de repensar la labor de los profesionales que intervienen en los conflictos que involucran a las infancias, a las familias y al Estado para disminuir la brecha entre discursos, narrativas y prácticas sociales. Los trabajos presentados exigen y alientan la vigencia del paradigma de la protección integral, al tiempo que registran las maneras mediante las cuales la niñez se encuentra afectada por las problemáticas del mundo adulto, tales como, la pobreza, la migración, el desarrollo sustentable, el trabajo infanto-juvenil, entre otras.

Algunos de los interrogantes que surgen a partir de los resultados de investigación aquí presentados son: ¿la adecuación de la normativa local es necesaria para el logro de la efectividad de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia establecidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño?, ¿qué tan diversas deben ser nuestras instituciones legales y de justicia?, ¿resulta posible disminuir la brecha entre discursos, narrativas y prácticas? o por el contrario, ¿los discursos evidencian el modo en que el sistema jurídico incrementa su complejidad con cada intervención profesional?, ¿es posible reducir la complejidad del sistema jurídico de la niñez y la adolescencia a través de decisiones continuas?

Sostiene Raffaele De Giorgi que la sociedad es resultado de la continua producción de comunicación y de una dinámica constructiva. La sociedad es única. Las diferencias son construidas en sociedad. Asimismo, los sistemas se diferencian por la solución de los problemas sociales en los que se decide sin saber de lo presente, ya que las transformaciones del derecho no tienen correspondencia unívoca con las transformaciones de la economía y de otros sistemas, advirtiéndose así los problemas de sincronización y de reducción de la complejidad.<sup>1</sup>

Observar la construcción de las diferencias y el tratamiento de la diferencia así como también considerar la función del derecho en tanto construcción de universo

---

<sup>1</sup> De Giorgi Raffaele, *Teoría de los sistemas y Sociología Jurídica. Un marco teórico necesario para abordar temas de niñez y adolescencia*. Con este título el profesor emérito de Filosofía y Sociología Jurídica de la Universidad del Salento, Italia dictó una conferencia en el marco del II Congreso Federal Internacional e Interdisciplinario. Derechos Humanos para la niñez y la adolescencia, 24 de agosto 2022 organizada por los integrantes del proyecto UBACyT Derecho, Sociedad e Infancia, programación científica 2018-2022. La videoconferencia de la exposición del profesor está disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=OATqo23FvHU>, a partir de las 2:26 min. en adelante.



de expectativas se convierte en discusiones centrales para la Sociología Jurídica. Así el derecho desde un enfoque externo puede ser observado como técnica para construir un vínculo frente al futuro. Siguiendo a De Giorgi, un sistema como este no puede garantizar justicia sino redistribuir posibilidades *de hacer* en la forma de riesgo. En el sentido que no sabemos cuál será el actuar de los demás. Con este no saber enfrentamos el hacer en el presente y construimos un futuro.<sup>2</sup>

Conforme la información presentada por las coordinadoras y la secretaria de la comisión de trabajo nro. 1 de ***Acceso a la justicia y salud mental de niños, niñas y adolescentes. Desafíos actuales***: a cargo de Julieta Marotta (Maastricht University, Holanda) y Laura Vanesa Medina (Investigadora UBACyT-UBA) y Noelia Diéguez (Universidad Nacional de Rosario), los temas estudiados se relacionan con el derecho del niño a ser oído, la vulneración al interés superior de niños de comunidades originarias de Chiapas, México y cómo eran afectados por las falencias en los procesos judiciales que involucraron a sus progenitores; el estudio de caso con aportes desde la psicología forense en el proceso judicial de abuso sexual de un niño con condición del espectro autista y discapacidad intelectual severa; el análisis jurídico de los derechos constitucionales en Ecuador en relación a los niñas, niños y adolescentes con espectro autista; la escucha de los niñas/os en mediaciones prejudiciales en procesos de familia de La Pampa; el acceso a la atención de salud mental de niñas, niños y adolescentes que se encuentran en Centros Residenciales de Rosario; la intervención del órgano administrativo de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes que atraviesen una internación psiquiátrica; el trabajo interdisciplinario con especialistas infanto juveniles durante el proceso judicial y posteriormente en casos de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes, los desafíos ante la violencia vicaria, y reflexiones acerca del pluralismo de fuentes aplicables a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes a partir del caso de una niña de la comunidad wichi de Salta, Argentina. Asimismo en esta comisión también se abordaron temáticas acerca de la responsabilidad social y responsabilidad de la infancia, el análisis de violencia ascendente en Uruguay y se debatió el acceso a la justicia y la salud mental.

---

<sup>2</sup> De Giorgi Raffaele, *op. cit.*

La coordinación de la comisión de trabajo nro. 2: **Comunicación, nuevas tecnologías e infancia** estuvo a cargo de Patricio Zermo Dopico (Becario Conicet), Tomás Puppio (Docente, Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires), María Florencia Ponce Medana (Investigadora UBACyT-UBA) y la secretaría estuvo a cargo de Salvador Francisco Etchevers (Docente, UBA). Se observó que desde la apertura al público en general de internet, a mediados de los noventa, se impregnó gran parte de las ramas del derecho. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes no han sido la excepción, ya que aparecieron nuevas formas de comunicarse, educarse, entretenerse, trabajar, entre otras cuestiones; y a su vez nuevos peligros para este segmento poblacional. Internet se ha convertido en una ventana a un mundo dentro del mismo seno familiar, donde la efectiva tutela jurídica de los derechos de las infancias resulta dificultosa. Las ponencias presentadas en esta comisión analizan tópicos actuales que critican las concepciones tradicionales de los derechos de niños, niñas y adolescentes en relación con las tecnologías de la información y comunicación: libertad de expresión, impactos en el desarrollo cognitivo del uso de dispositivos electrónicos, derecho a la imagen, derecho a la educación, la figura del influencer en relación al trabajo infantil y el impacto de la educación digital en relación a la inclusión. Todos los ponentes han realizado un exhaustivo análisis de la situación actual y a futuro sobre las consecuencias de la utilización de nuevas tecnologías, planteando diversos interrogantes y soluciones jurídicas.

La coordinación de la comisión de trabajo nro. 3: **Niñez víctima y niñez imputada. Nuevas miradas** estuvo a cargo de Sergio Delgadillo (Investigador UBACyT-UBA), Rosario Martínez Sobrino (Investigadora UBACyT-UBA) y Sandra Verónica Guagnino (Fiscalía de Cámara especializada en Violencia de Género y en Régimen Penal Juvenil, Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y la secretaría de la comisión estuvo a cargo de Jesús Imanol Roberto Abdala (Prosecretario del Tribunal Oral Criminal Nro. 1, Jujuy) En esta comisión se abordaron tópicos relativos a los niños, niñas y adolescentes en relación con el sistema penal: el acceso a justicia de las víctimas de violencias sexuales; discusiones pendientes en torno a la Cámara Gesell; la respuesta asistencial ante los adolescentes no punibles; la falta de respuesta integral en relación a las personas menores de dieciséis años; la mediación penal juvenil; las exigencias y estándares normativos y de los operadores judiciales tanto a nivel nacional como para Iberoamérica; la violencia familiar

en contexto de pandemia; la necesidad de creación de una legislación procesal específica en la provincia de Chubut; entre otras cuestiones.

La comisión de trabajo nro. 4: ***Migrantes, género e infancia*** estuvo coordinada por Camila S. Tortone (Investigadora UBACyT-UBA), junto a Sylvia Morelia Saavedra Espinoza (Universidad Católica de Temuco, Chile) y a Carla Virginia Gutierrez (Investigadora UBACyT-UBA). La secretaria estuvo a cargo de Yessica Claudia Fonzo Bolañez (Doctora de la Universidad Nacional de Santiago del Estero). En esta comisión se abordaron aspectos de la educación de las infancias migrantes; la cuestión del trabajo infantil y de la explotación infantil, por otro lado se han analizado los distintos instrumentos de derechos humanos vinculados a la protección de las infancias migrantes y las adolescencias migrantes. Asimismo se ha analizado la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia. También se abordaron los aspectos socio-jurídicos de la ley de identidad de género, trabajos vinculados a los géneros no binarios y un análisis de la transexualidad de las adolescencias y las infancias.

Por su parte la Comisión de trabajo nro. 5: ***Profesiones jurídicas, infancias y adolescencia*** estuvo coordinada por Dolores Suárez Larrabure (Profesora Adjunta de las Cátedras Teorías Sociológicas y Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Tucumán) y por Paula Noelia Bermejo (Investigadora UBACyT-UBA), La secretaria estuvo a cargo de Víctor Toledo (Especialista en Relaciones Internacionales, Universidad Católica de Salta). Al igual que el resto de los trabajos en comisión, la problemática vinculada con los derechos de niñas, niños y adolescentes es abordada desde distintos campos disciplinares. En esta comisión hubo trabajos diversos, surgieron debates e inquietudes en torno a la falta de regulación en el sistema jurídico argentino respecto de la gestación por sustitución, más allá de la inclusión en el Código Civil y Comercial de la Nación de las técnicas de reproducción humana asistida. También se abordó la temática del proceso de control de legalidad de las medidas excepcionales y orientaciones brindadas por la Ley 26.061 de Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Además, se analizó jurisprudencia sobre los abusos sexuales en comunidades originarias y su naturalización, la problemática de la pornografía infantil, su sanción y la eficacia disuasoria. También se abordó el estudio de los factores psicosociales que interpelan el tratamiento jurídico del abuso sexual intrafamiliar hacia niñas, niños y

adolescentes. Por último, se reflexionó sobre cómo se mide desde la psicología la madurez de los adolescentes, relacionándolo con el reconocimiento legal a su autonomía progresiva.

## Palabras finales

Esta breve presentación pretende ser una invitación a la lectura pormenorizada de los trabajos presentados en torno al abordaje de los conflictos transversales a niños, niñas y adolescentes. Las participaciones ayudaron a alcanzar el objetivo del Congreso, que fue pensado como un *espacio* en el cual intercambiar, exponer y construir los abordajes científicos, sociales y jurídicos en torno a la complejidad de los temas que involucran a niños, niñas y adolescentes. Se trata de experiencias interdisciplinarias y de investigaciones –ejecutadas o en curso– de expositores con trayectorias profesionales, ponentes e invitados que durante dos días nos permitieron ser parte de un encuentro enriquecedor.

Todos los aportes permiten resignificar y repensar las acciones aplicadas a las infancias que se inspiran en el Derecho, comprender su sentido y verificar el alcance que en la práctica socio-jurídica tienen los derechos humanos para la niñez y la adolescencia.

Sin duda, la realización del Congreso fue posible gracias a la participación de muchas personas que permitieron reunir a investigadores, compartir sus teorías, trabajos empíricos, ideas, inquietudes, su sentido crítico y creatividad para plantear los problemas y los métodos de investigación que utilizan. Esto no hubiera sido posible sin la aprobación de los programas de apoyo que convocan a la promoción y difusión del conocimiento científico. Un agradecimiento especial a los autores de las investigaciones por confiar y sumar sus aportes al desarrollo del conocimiento en el campo especializado de los derechos humanos relativos a la niñez y la adolescencia.

Laura N. Lora

## **COMISIÓN 1**

Acceso a la justicia y  
salud mental de niños,  
niñas y adolescentes.  
Desafíos actuales

# Defensa técnica de adolescentes imputados/as y salud mental<sup>1</sup>

*Damián R. Muñoz*

Estas palabras requieren una aclaración. Las ideas que intentaré esbozar son producto de mi labor cotidiana como defensor público oficial de adolescentes. Es decir, es un texto breve en el que me propongo pasar en limpio algunas nociones que surgen de la defensa concreta de adolescentes en el fuero penal juvenil (denominado de “menores”), en la justicia ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires.

En lo personal, resulta imprescindible esta aclaración porque, por un lado, es un intento desde una función muy específica que no puede ser desconocida. Y, por el otro, porque no surge de cierta lectura o estudios teóricos, sino que son, reitero, consecuencia de un trabajo jurídico cotidiano<sup>2</sup>.

De esta manera, puedo detallar que en esta intersección entre la defensa técnica penal de adolescentes y salud mental se desprende, como no podía ser de otra manera, una cantidad infinita de cuestiones. Tan sensibles como cotidianas.

Así, por ejemplo, la perspectiva del impacto que tiene (o puede tener) el padecimiento mental (en tanto afectación a la salud mental, en cualquiera de sus dimensiones) en la comisión del delito adolescente.

Pero también la huella que provoca (o puede provocar) el contexto comunitario (cuando, por ejemplo, en determinados barrios la violencia se convierte en

---

<sup>1</sup> Una síntesis de la ponencia brindada en el marco del *II Congreso Federal Internacional e Interdisciplinario derechos humanos para la niñez y la adolescencia*, en la mesa: “*acceso a la justicia y salud mental de NNyA*”, agosto 2022.

<sup>2</sup> De aquí que, por cierto, pido las disculpas del caso por los errores que pueda cometer en la utilización de palabras, conceptos y nociones elementales en materia de salud mental. Por este motivo, también, resulta necesaria esta aclaración.

un lenguaje social cotidiano o el consumo de sustancias en un modo de transitar el día a día) en la salud mental del/la adolescente que luego queda involucrado/a en una causa penal.

Es una intersección de la que, además, surge la problemática que genera el padecimiento mental en las distintas fases del proceso penal juvenil y las diferentes intervenciones que exigen. Esto es, las distintas estrategias que supone abordar dichos padecimientos según se trate de la fase de la aprehensión por las fuerzas de seguridad y lo que supone esta primera etapa de despliegue del poder punitivo; durante la instrucción de la causa; la celebración del juicio oral y, en su caso, la ejecución de la pena por la comisión del delito adolescente.

Ni que hablar las dificultades con las que los/las defensores/as de adolescentes nos encontramos frente a nuestros/as defendidos/as atravesados con el consumo problemático de sustancias. Las dificultades cotidianas para que efectivamente sean contempladas, desde la propia especialidad de la materia penal juvenil, el impacto que este padecimiento tiene en la subjetividad adolescente. En mi opinión, se encuentra tan “normalizada” esta circunstancia en la biografía de nuestros/as asistidos/as que el sistema resulta frecuentemente refractario a reconocer su verdadero impacto en las conductas que son objeto de enjuiciamiento penal.

En mi opinión, en esta discusión se presenta un primer entramado entre los principios más elementales del derecho penal juvenil, la ley nro. 26.657 de salud mental y la ley nro. 26.061 de protección integral de niñas, niños y adolescentes.

Y de este entramado surge un primer y elemental interrogante que, en mi opinión, debe interpelar a todos/as los/as operadores/as que litigamos en el fuero. En esa fusión (o fisión) normativa: ¿pueden extraerse, por ejemplo, algunas consideraciones y/o particularidades en la capacidad de culpabilidad de los/as adolescente ante la imputación penal?

En otras palabras: ¿esas particularidades hacen que la inimputabilidad de los/las adolescentes tenga una configuración distinta (quizás, más flexible) que la de los/las adultos/as?

Desde esta perspectiva, se debe partir de la premisa que el derecho penal adolescente se estructura alrededor del *principio de trato diferente* y su traducción en clave normativa y práctica del *principio de especialidad*. De aquí surge la prohibición de homologar el tratamiento de NNyA (en cualquiera de las posibles intervenciones) al brindado a los/as adultos/as. Y en lo que aquí interesa,

de aquella premisa se deriva la necesidad de abordar la cuestión del impacto de los padecimientos mentales de los/as adolescentes sometidos/as a proceso penal desde una mirada específica que contemple las particularidades de este colectivo.

Otra premisa elemental es que los/as adolescentes, en función de la etapa vital que transitan, poseen una culpabilidad disminuida en comparación a los/las adultos/as. Si la culpabilidad penal, para decirlo muy brevemente, es la capacidad de comprender el alcance de la norma y de actuar conforme a esa comprensión, entonces, esta capacidad en materia adolescente se encuentra disminuida. Cabe aclarar que esta disminución no se configura desde una mirada desvalorizada, peyorativa o incapacitante, sino que el propio estadio vital de la adolescencia que la explica<sup>3</sup>.

En palabras de la CSJN en “*Maldonado*” (Fallos: 328:4343):

“... es un incuestionable dato óntico que (las personas menores de edad) no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas.

“Esta incuestionada inmadurez emocional impone que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. La culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional.

---

<sup>3</sup> Otra consecuencia de esta capacidad de culpabilidad disminuida es el impacto que tiene (o debe tener) en la justificación del castigo penal adolescente. Quiero decir, si la culpabilidad es -como suele decirse- la medida del reproche, a menor culpabilidad menor medida del castigo. Y aquí se funda, entonces, la prohibición de castigar al delito adolescente tal como se hace con los/as adultos/as.



“... en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva... No resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto”.

Entonces, como derivación obvia de tal premisa, si partimos de una capacidad de culpabilidad adolescente disminuida (en relación a la adulta) cualquier padecimiento mental debe tener un impacto muchísimo mayor en comparación a la subjetividad adulta. Y esto, por cierto, debe tener su debido correlato en el análisis jurídico cuando se litiga en el proceso penal la culpabilidad del/a adolescente.

Todas estas consideraciones no pueden dejar indemne al análisis dogmático jurídico-penal de la inimputabilidad penal. Obliga a una dogmática especializada en clave de derecho penal adolescente, hacia una reconfiguración específica de la regla del art. 34, inc. 1, CP.

Más allá de las críticas que puedan efectuarse a los presupuestos previstos en el art. 34, inc. 1, CP, la propuesta es complejizarlos, completarlos, otorgarles una mirada específica en materia de niñez y adolescencia.

Es decir, diseñar una dogmática de la inimputabilidad adolescente basada en la necesaria articulación entre la ley nro. 26.657 de salud mental y la ley nro. 26.061 de protección integral de niños, niñas y adolescentes, todo ello enmarcado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Se trata de un trabajo de interpretación de las normativas involucradas que, desde una mirada específica en materia de derechos de la infancia y adolescencia, y los insumos profesionales de la psicología y psiquiatría, se construyan exigencias singulares para determinar la capacidad o incapacidad de culpabilidad de los/as adolescentes sometidos/as a proceso penal.

Ninguna discusión jurídica que involucre a personas menores de edad puede ser abordada, discutida y resuelta mediante la exclusiva aplicación de la normativa del mundo adulto.

Insisto, el trato diferente que se le dispensa al/la adolescente imputado/a se basa en su particular estadio vital, caracterizado por una “subjetividad adolescente” que guía su conducta cotidiana. Entonces, esa singularidad no puede más que impactar en el análisis de su posicionamiento subjetivo frente al hecho delictivo que se le imputa.

En la labor cotidiana de la defensa técnica de adolescentes y en lo que respecta a estas cuestiones, las discusiones se centran en, por ejemplo, la autonomía psíquica, los rasgos de personalidad emocionalmente dependientes, las limitaciones en el funcionamiento de la memoria, la ausencia de recursos simbólicos por carencias educativas, el desarrollo madurativo insuficiente, el menoscabo cognitivo con antecedentes de consumo problemático de sustancias, la dificultad en el control de los impulsos, entre otras tantas.

La propuesta es, en concreto, incluir estas discusiones de otras disciplinas en la lógica del principio de especialidad que condiciona todo el derecho penal juvenil. Darle un alcance singular, aplicado al colectivo de los/as adolescentes.

Desde esta mirada, la dogmática sobre la capacidad de culpabilidad (o su contracara, la inimputabilidad) debe construirse desde la especialidad, con una amplitud y flexibilidad que evite quedar encorsetada en el art. 34, inc. 1, CP. Y, de esta manera, se puede apostar a un interesante diálogo, en el marco de un enjuiciamiento respetuoso de los derechos de los/as adolescentes, entre la salud mental y el derecho penal juvenil.

# Capacidades progresivas de los adolescentes.

## ¿Puntos de tensión el Código Civil y Comercial y el sistema penal juvenil?

*Ezequiel Mercurio*<sup>1</sup>

En primer lugar quiero agradecer mucho la invitación a formar parte de esta publicación que tienen su origen en el II Congreso, Federal Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la Niñez y la Adolescencia organizado conjuntamente por el Proyecto UBACyT “Derecho, Sociedad e Infancia”, y el Proyecto “Niñas invisibles: vulnerabilidades múltiples y protecciones cruzadas en la justicia juvenil”; el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”; el Departamento de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Es para mí un gran honor poder participar y hago extensivo mi agradecimiento a todas las personas de la organización.

En el año 2015 con la sanción del Código Civil y Comercial (en adelante CCyC)<sup>2</sup> argentino el paradigma de la autonomía progresiva de los adolescentes para la toma de decisiones se consolidó. Bajo este paradigma los niños, niñas y adolescentes adquieren sus habilidades y competencias cognitivas, psíquicas y emocionales para los diferentes tipos de decisiones a tomar de manera gradual.

---

<sup>1</sup> Médico especialista en psiquiatría y medicina legal. Magíster en criminología. [ezequielmercurio@gmail.com](mailto:ezequielmercurio@gmail.com)

<sup>2</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/257649/norma.htm>

En este sentido, el CCyC creó la figura del adolescente (artículo 25 segundo párrafo) para aquellos jóvenes que tienen entre 13 y 17 años, e incorporó la autonomía progresiva de estos para la toma de decisiones en el campo de la salud. Esto se sumó al derecho al voto a partir de los 16 años.<sup>3</sup>

El artículo 26 del CCyC establece que “(s)e presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico” En su último párrafo el artículo 26 señala que “(a) partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

En este contexto, el Ministerio de Salud de la Nación emitió la resolución Nro 65 del 2015, sobre la mirada desde los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes y las personas con discapacidad a la luz de lo normado en el artículo 26 del CCyC. La resolución aborda de manera específica la Ley de Identidad de Género (Ley 26.743/2012), ya que esta marca los 18 años como edad mínima para el acceso a los tratamientos hormonales u otras prestaciones relacionadas con la readecuación de género autopercibida. Si bien la ley hace referencia que para los casos de los menores de 18 años se debe proceder siguiendo la autonomía progresiva, el artículo 26 del CCyC fue un avance claro sobre la capacidad para la toma de decisiones en salud. Así, la resolución 65/15 toma dichos avances y orienta a una interpretación pro persona de aquellas leyes vinculadas a los derechos sexuales y reproductivos que tenían como límite para su ejercicio los 18 años, adecuándolas a lo indicado en el artículo 26.

En esa misma línea se sancionó la ley de interrupción voluntaria del embarazo (Ley 27610/2021) No obstante es importante resaltar que en el 2018 se sancionó una nueva ley sobre trasplantes de órganos (Ley 27447/2018) que expresa que para

---

<sup>3</sup> Ley 26.774 del 2012

la donación se requiere ser capaz y mayor de 18 años, situación que se contradice con el artículo 26 del CCyC que otorga una plena capacidad legal para la toma de decisiones en salud a partir de los 16 años.

En resumen en nuestro país los adolescentes pueden tomar ciertas decisiones relacionadas con su salud a partir de los 13 años, tiene plena capacidad para tomar decisiones con relación al cuidado de su cuerpo a los 16 años, pueden obtener la licencia de conducir a los 17 años pero no es punible si no a partir de los 16 años. La doctrina especializada tiene un alto consenso sobre la culpabilidad disminuida de los adolescentes, es decir que en el caso de las personas menores de 18 años, el grado de reproche debe tener en cuenta la inmadurez propia de la etapa que transita y no sería adecuada aplicar la misma sanción que a un adulto. Esto se encuentra reflejado en el fallo “Maldonado”<sup>1</sup> de la Corte Suprema de la Nación Argentina del año 2005.

Sin embargo, la justicia argentina emitió, luego firmar la Convención de los Derechos del Niño (en adelante la Convención), más de 10 fallos a cadena perpetua a jóvenes que habían cometido sus delitos siendo menores de 18 años. La Convención prohíbe en su artículo 37 la prisión perpetua para menores de 18 años y por este motivo nuestro país fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2013 en el caso Mendoza.

Diversos proyectos legislativos para un sistema penal juvenil se han presentado en la última década, pero ninguno de ellos ha logrado aún ser aprobado. El debate público sobre el régimen penal juvenil se ha centrado principalmente en dos cuestiones: la edad mínima de responsabilidad penal<sup>2</sup> y la duración máxima de la pena privativa de la libertad para el caso de adolescentes infractores. Los reclamos centrales son bajar la edad mínima de responsabilidad penal y que las penas privativas de la libertad no sean muy disímiles a la de los adultos.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, sentencia del 7/12/2005

<sup>2</sup> <https://ciudadano.news/mendoza/nueva-propuesta-para-bajar-la-edad-de-imputabilidad>

<sup>3</sup> <https://acnudh.org/opinion-con-reduccion-de-mayoria-de-edad-penal-brasil-ignora-com-promisos-internacionales/=y>

Con relación a la pena privativa de libertad los últimos proyectos proponen una pena privativa de libertad de 15 años como máximo<sup>4</sup>, tres veces más que Brasil por ejemplo.<sup>5</sup>

En esta oportunidad analizaré parte de los argumentos que se vuelcan en el debate público para disminuir la edad mínima de responsabilidad penal y los contrastaré con algunos avances sobre el desarrollo del cerebro adolescente.

En el debate público se ha propuesto que debe utilizarse la misma edad que señala el CCyC para categoría legal de adolescente, es decir 13 años y considerarlo como un adulto a los 16 años.<sup>6</sup> En tanto que los últimos proyectos presentado han propuesto los 15 años como edad mínima de responsabilidad penal.<sup>7</sup>

Para la baja de la edad mínima se han utilizado diversos argumentos, la legislación comparada y la congruencia que debería haber entre el sistema de justicia civil y el penal. Se ha señalado que varios países de la región tienen su edad mínima a los 12 años o incluso otros países que tienen una edad menor.<sup>8</sup> Por otro lado se ha señalado que si un joven de 13 años puede tomar decisiones relacionadas con su salud, puede ser responsable penalmente. Pero ¿tomar decisiones en salud es equivalente a toma decisiones que se requieren en el ámbito de la justicia penal? Esta será el núcleo de mi presentación.

En las últimas décadas el interés por las neurociencias aplicadas al campo del derecho y la justicia ha crecido de manera exponencial. La cantidad de trabajos

---

<sup>4</sup> [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto\\_de\\_ley\\_regimen\\_penal\\_de\\_la\\_minoridad.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto_de_ley_regimen_penal_de_la_minoridad.pdf)

<sup>5</sup> Beloff, M. (1998). Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina. GARCIA M., E. y BELOFF, Mary (comps.), Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998), Temis/Depalma, Bogotá, 1998.

<sup>6</sup> <https://www.infobae.com/opinion/2020/12/08/por-que-es-necesario-bajar-la-edad-de-imputabilidad-penal-a-los-13-anos/>

<sup>7</sup> [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto\\_de\\_ley\\_regimen\\_penal\\_de\\_la\\_minoridad.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto_de_ley_regimen_penal_de_la_minoridad.pdf)

<sup>8</sup> “La mayoría de los países del mundo tiene una edad de imputabilidad mucho más baja. Ahí en el proyecto he puesto varios ejemplos, pero Alemania e Italia tienen 14 años. Otros países, como Francia, tienen 13, e inclusive Costa Rica y México tienen 12 años e Inglaterra tiene 10” <https://ciudadano.news/mendoza/nueva-propuesta-para-bajar-la-edad-de-imputabilidad>

científicos, libros, jornadas y congresos se ha multiplicado. Los debates y discusiones del *neuroderecho* ya no solo se realizan en inglés. En nuestra región son múltiples las iniciativas y los investigadores en la temática. Para citar solo algunos ejemplos, el Instituto de Ciencias Penales de México (INACIPE) tiene una línea de doctorado sobre neuroderecho, en la Argentina son múltiples los grupos de investigación, el Profesor Daniel Pastor dirige el Instituto de Neurociencias y Derecho de la Fundación INECO, realizó un proyecto de investigación (UBACyT) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y coordina una colección editorial de la temática, el Profesor José Angel Marinero en la Universidad Nacional de la Matanza, coordina un equipo interdisciplinario en temas no solo relacionadas con la aplicación de los conocimientos neurocientíficos en la justicia sino también desde la perspectiva de los neuroderechos.<sup>9</sup>

En el Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses (CIDIF) de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, venimos trabajando desde hace más de tres lustros en esta temática. Desde allí salieron publicaciones específicas como “Imputabilidad penal y neurociencias. La inimputabilidad por razones psiquiátricas a la luz de las neurociencias actuales” del 2008 y “Cerebro y adolescencia” en el 2012, entre otras.

Sin ir más lejos la presente disertación en este prestigioso Congreso Internacional organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” y el Departamento de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, es un muestra del gran interés en la temática.

Probablemente una de las temáticas donde las neurociencias aplicadas al campo e la justicia han tenido más impacto es en el derecho penal juvenil. La Corte Suprema de Estados Unidos, ha incorporado el debate de la neurociencia del cerebro adolescente en diversos casos de adolescentes infractores: Roper, Graham, Miller. En Roper se analizó la pena de muerte para joven que tenía 17 años al momento del crimen<sup>10</sup>, en Graham se analizó la pena de prisión pepe-

---

<sup>9</sup> [https://www.hcdn.gob.ar/icap/novedad/novedades\\_0013.html](https://www.hcdn.gob.ar/icap/novedad/novedades_0013.html)

<sup>10</sup> *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

tua sin víctima de homicidio<sup>11</sup> y en Miller la obligatoriedad de imponer pena de prisión perpetua con víctima de homicidio.<sup>12</sup>

Pero, ¿qué aportan las neurociencias en el debate sobre el sistema penal juvenil?

Los adolescentes se comportan de manera diferente a la de los adultos, son más impulsivos, toman decisiones más riesgosas, y tienden a expresar más y con mayor intensidad las emociones. En los últimos años el conocimiento sobre cómo crece, se desarrolla y madura el cerebro durante la adolescencia nos ayuda a comprender estas diferencias. Por supuesto que no se trata de ser reduccionistas en la comprensión de un fenómeno complejo que requiere de múltiples disciplinas.

La evidencia científica disponible viene señalando que el cerebro no se desarrolla ni madura de manera homogénea exactamente igual en todas sus regiones durante la adolescencia. Algunas áreas alcanzan la madurez más tempranamente y se encuentran más activas que otras. Las conexiones cerebrales que ya no se usan se eliminan a través de un proceso de poda sináptica, otras conexiones se fortalecen y se generan nuevas conexiones.

Por ejemplo, la región más anterior del cerebro, el lóbulo frontal, que se encuentra por detrás de la frente y por arriba de los ojos, tiene una región crítica relacionada con diversas funciones cognitivas muy complejas como el control inhibitorio y la toma de decisiones. Diversos estudios vienen señalando que esta región no madura de forma completa sino más allá de los 20 años, en tanto que otras áreas se encuentran más activas durante la adolescencia, como por ejemplo la amígdala.

Desde el punto de vista neurocientífico estos diferentes momentos de maduración ayudan a explicar porque los adolescentes son más impulsivos que los adultos, toman decisiones focalizándose en las posibles ganancias a corto plazo sobre las consecuencias negativas a largo plazo y se exponen más a conductas de riesgo. Como se ha señalado, no se trata de realizar reduccionismos ni brindar explicaciones sobre simplificadas a partir de un modelo biológico mecanicista

---

<sup>11</sup> *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010).

<sup>12</sup> *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012); *Montgomery v. Louisiana*, 577 U.S. 190, 211 (2016) (la extensión de *Miller* de forma retroactiva)



sino comentar estos hallazgos que permiten contribuir al análisis y el debate sobre el sistema penal juvenil.

En los últimos años diferentes investigaciones se han centrado en conocer la relación entre las conductas de riesgo a la que se exponen los adolescentes, los diferentes contextos, y el desarrollo cerebral durante la adolescencia. En esta línea, se han distinguido entre las funciones cognitivas (ejecutivas) frías y calientes.<sup>13</sup> Las primeras relacionadas con contextos de baja activación emocional, donde hay tiempo para tomar decisiones, sin presión de los pares.

Las funciones ejecutivas frías están relacionadas con componentes lógico analíticos, con control consciente de los pensamientos y acciones, sin un componente afectivo. En tanto que las funciones ejecutivas calientes se encuentran relacionadas con la orientación hacia el futuro, el control inhibitorio, en contextos con donde hay activación emocional, con presión del grupo de pares, con escaso tiempo para tomar la decisión. En estos casos los adolescentes suelen tomar decisiones más riesgosas en comparación con los adultos.

En los contextos calientes los adolescentes focalizan en los beneficios a corto plazo por sobre las posibles consecuencias negativas a largo plazo, tienen mayor sensibilidad a la recompensa, con dificultades para diferir y retrasar la gratificación. Como se comentó, estas características de la toma de decisiones de los adolescentes en los contextos calientes los expone a situaciones de riesgo.

La adolescencia es un etapa donde la morbilidad aumenta en comparación la etapa anterior, la niñez. Los siniestros viales, el suicidio, conductas relacionadas con la violencia, el consumo de sustancias, la conducta sexual de riesgo, son algunos de los comportamientos de riesgo con los que se relacionan la morbilidad en la adolescencia.

A modo de ejemplo, quiero comentarles la experiencia del sistema de licencia de conducir graduada<sup>14,15</sup> que se ha implantado en diversas regiones con el objetivo de disminuir los siniestros viales en adolescentes. El sistema requiere

---

<sup>13</sup> Poon, K. (2018). Hot and cool executive functions in adolescence: Development and contributions to important developmental outcomes. *Frontiers in psychology*, 8, 2311.

<sup>14</sup> <https://www.transportation.gov/mission/health/Graduated-Driver-Licensing-Systems>

<sup>15</sup> <https://www.cdc.gov/parentsarethekey/licensing/index.html>

una edad mínima de 16 o 17 años según la región, los jóvenes no pueden manejar después de las 22 hs., no pueden manejar con otros pasajeros adolescentes sin supervisión de un adulto. Esto propuesto se fundamenta en que los adolescentes no conducen de igual manera si se encuentran solos, con un adulto o en compañía de sus pares. En este último caso, la conducción es más riesgosa. Este programa permitió reducir las lesiones y las muertes en siniestros viales en los jóvenes de 16 años.<sup>16</sup>

Desde hace aproximadamente dos décadas, estas evidencias neurocientíficas sobre el cerebro adolescente vienen introduciéndose en diferentes ámbitos de la justicia penal juvenil. En el año 2004, prestigiosas asociaciones relacionadas con la salud y la salud mental de Estados Unidos, como la Asociación Americana de Psicólogos, de Psiquiatras, de Médicos, de Trabajadores sociales, se presentaron como amigos del tribunal ante la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso de *Roper v Simmons*, señalando los avances en el conocimiento sobre la madurez y desarrollo adolescente. En el caso de *Roper v Simmons* se discutía la pena de muerte para adolescentes.

Luego del fallo de *Roper* en 2005, como comentaba más arriba, la Corte Suprema de Estados Unidos incorporó en sus debates los argumentos neurocientíficos en los casos de *Graham* y *Miller*, sobre pena de prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional. Los argumentos sobre la “inmadurez transitoria” de los adolescentes se han incorporado para fundamentar la capacidad disminuida de los adolescentes y sostener que la respuesta penal frente a un adolescente no puede ser idéntica a la de un adulto. Acá resulta de vital importancia resaltar que el cerebro adolescente no es un cerebro que funcione mal, o que te este enfermo, o roto, se trata de una etapa del desarrollo, y por eso hablamos de inmadurez transitoria.

A partir del caso *Miller v Virginia* del 2012, que analizaba la obligatoriedad de la pena de prisión perpetua en adolescentes para casos con víctima de homicidio,

---

<sup>16</sup> Masten, S. V., Thomas, F. D., Korbela, K. T., Peck, R. C., & Blomberg, R. D. (2015). *Meta-analysis of graduated driver licensing laws* (No. DOT HS 812 211). United States. National Highway Traffic Safety Administration.

4 factores del comportamiento adolescente son los lo que conformaron el marco central de análisis. Estos factores son<sup>17</sup>:

1. La inmadurez, toma de riesgos, y la impetuosidad (el comportamiento impulsivo). Se refiere a la mayor senilidad a la recompensa, a la búsqueda de nuevas sensaciones, la mayor irresponsabilidad e impulsividad
2. La presión e influencia de los pares y el entorno. Se refiere por ejemplo a las consecuencias de maltrato infantil, y la presión de los pares.
3. La competencia para comprender el proceso legal. Se refiere a la “incapacidad para tratar con agentes de policía o fiscales (incluso en un acuerdo de culpabilidad)” e “incapacidad para ayudar a sus propios abogados”
4. El gran potencial de rehabilitación

En nuestro país, ya en el año 2005 la Corte Suprema de la Nación señaló en el fallo Maldonado, la culpabilidad de los adolescentes es menor a la de los adultos en razón de la inmadurez emocional, la impulsividad, la presión de los pares y la activación emocional al momento del hecho.<sup>18</sup> Es decir tomó en cuenta las diferencias entre adolescentes y adultos.

Recientemente en el año 2019 el Comité sobre los Derechos del Niño en su observación general número 24 tomó en cuenta la inmadurez de la corteza frontal y que el cerebro continua madurando más allá de la adolescencia, lo que afecta algunas decisiones. Asimismo encomendó a los Estados partes, que tienen entre 12 y 13 años la edad responsabilidad penal, tiendan a elevarla a 14 años tomando en cuenta los últimos descubrimientos científicos, y aquellos que tienen edades mínima en 15 y 16 no la reduzcan.

Ahora bien, volviendo a la relación entre la categoría de adolescentes del CCyC y la edad mínima de responsabilidad penal y la culpabilidad de los adolescentes, ¿podemos afirmar que la capacidad sanitaria, es decir tomar decisiones en el campo de la salud, o votar son contextos idénticos que aquellos que involucran las conductas antisociales en la adolescencia?

---

<sup>17</sup> Center for Law, Brain & Behavior at Massachusetts General Hospital (2022). White Paper on the Science of Late Adolescence: A Guide for Judges, Attorneys and Policy Makers (January 27th, 2022). <https://clbb.mgh.harvard.edu/white-paper-on-the-science-of-late-adolescence/>

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343, sentencia del 7/12/2005.

Como había comentado, hoy podemos dividir a las funciones cognitivas en frías y calientes, cuando hablamos de la toma de decisiones en el ámbito de la salud o el voto, estamos hablando de contextos donde hay tiempo para tomar decisiones, se pueden realizar diversas consultas, no hay presión de los pares, hay baja activación emocional y no hay inmediatez. Siempre hablando en general. En estos casos, las rutas cognitivas involucradas que predominan, son el razonamiento lógico, la memoria, es decir funciones ejecutivas frías.<sup>19</sup> Pero cuando analizamos las conductas antisociales de los adolescentes, en la mayoría de los casos, observamos que se trata de conductas de tipo impulsivas, no planificadas, bajo la presión de los pares, con bajo control inhibitorio, focalizando en los beneficios a corto plazo por sobre las consecuencias negativas a largo plazo.

Es por ello que podemos señalar que las habilidades y competencias psíquicas y cognitivas que se ponen en marcha en la toma de decisiones en salud están lo suficientemente maduras a los 13 años (contextos fríos) pero el control inhibitorio, la orientación hacia el futuro, la regulación de la mayor sensibilidad a la recompensa, requieren de una mayor madurez de la región frontal que se alcanza más allá de 20 años.

En consecuencia durante la adolescencia no es idéntico a tomar decisiones como votar o tomar decisiones en salud que actividades que requieren mayor nivel de autocontrol. Es por ello, que podríamos afirmar que se trata de una falsa analogía la siguiente afirmación sobre los adolescentes: “si puede votar como un adulto, o puede tomar una decisión médica como un adulto, puede ir preso como un adulto”. No se trata de situaciones, contextos ni funciones idénticas las que se ponen en juego.

Antes de finalizar quiero hacer mención a una temática que no suele presentarse en la discusión y el debate sobre el sistema penal juvenil, la capacidad para estar en proceso de los adolescentes.<sup>20</sup> Como señalé, en determinados contextos,

---

<sup>19</sup> Grootens-Wiegers, P., Hein, I. M., van den Broek, J. M., & de Vries, M. C. (2017). Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects. *BMC pediatrics*, 17(1), 1-10.

<sup>20</sup> Grisso, T., Steinberg, L., Woolard, J., Cauffman, E., Scott, E., Graham, S., ... & Schwartz, R. (2003). Juveniles' competence to stand trial: A comparison of adolescents' and adults' capacities as trial defendants. *Law and human behavior*, 27, 333-363.

los adolescentes a los 13 años toman decisiones de manera similar a la de un adulto, cuando hay tiempo para tomar la decisión, cuando no hay inmediatez, y con baja activación emocional. Se trata de contextos y funciones ejecutivas frías. Pero si la edad mínima de responsabilidad penal es menor a 13 años, los adolescentes pueden presentar dificultades para comprender la información que se presenta en juicio, pueden presentar limitaciones para concentrarse y prestar atención por largos períodos, ya que las funciones ejecutivas frías aún no están suficientemente maduras.

Para ir cerrando me gustaría comentar hacia donde creo que va el sistema penal juvenil. Teniendo en cuenta la mayoría de edad para el ámbito penal se alcanza a los 18 años y que el lóbulo frontal, no se encuentra maduro más allá de los 20 años, cuáles podría ser los próximos pasos para la justicia penal de acuerdo a estas evidencias. Aquí quiero comentarles un caso y varias experiencias.

El caso es el de *Bredhold v Kentucky*. Travis Bredhold tenía 18 años y 5 meses cuando fue condenado a la pena de muerte. Algo similar a Justin Smith y Efrain Diaz, Jr. De 20 años. En el caso *Bredhold*, el juez de primera instancia declaró la inconstitucionalidad de la pena de muerte, alegando que la evidencia científica disponible señala que el lóbulo frontal no se encuentra completamente desarrollado sino más allá de los 20 años y que frente a contextos calientes un joven de 18 años y 5 meses se comporta más cerca a uno de 16 que a uno de 25 años. En el caso participó como testigo experto el Dr. Laurence Steinberg. Sin embargo, la Corte Suprema del Estado de Kentucky, señaló que no podía decidirse sobre lo solicitado ya que no se había condenado aún a la pena de muerte a Bredhold.

Ahora les dejo algunas experiencias en un sentido similar, los Estados de Connecticut, Illinois, Massachusetts y San Francisco, crearon cortes especializadas para jóvenes de entre 18 y 21 o 25 años.<sup>21</sup>

Por lo expuesto es dable esperar que en el futuro los argumentos sobre el cerebro adolescente se expandan en el ámbito de la justicia penal más allá de los 18 años.

---

<sup>21</sup> En la actualidad puede distinguirse entre adolescencia temprana (10 a 13) juveniles (13 a 17 años), adolescencia mediana (14 a 17) adolescencia tardía (19 a 21) y jóvenes adultos (22 a 25).

En conclusión, la evidencia neurocientífica ha sido parte del debate en casos concretos sobre adolescentes infractores. El Comité sobre los derechos del niño incorporó en sus argumentos para recomendar elevar la edad de ingreso al sistema de penal juvenil la inmadurez del lóbulo frontal. En la actualidad desde el campo de los derechos humanos de la infancia son múltiples las recomendaciones de no bajar la edad mínima de responsabilidad penal.

No es posible en la actualidad determinar a través de una imagen cerebral sobre la madurez/inmadurez de un joven en un caso concreto. Las investigaciones nos permiten hablar de los adolescentes como grupo y sobre la actual habrá factores individuales y propios de cada historia personal, donde el medio ambiente, la familia, la cultura genera interacciones que deben ser analizadas de manera individual.

Como hemos visto las neurociencias hoy suman nuevos argumentos al debate sobre el derecho penal juvenil en diversas áreas, la edad mínima de responsabilidad, la menor culpabilidad y la capacidad para estar en proceso, entre otras.

### Bibliografía para profundizar la temática:

- Mercurio, E., Garcia Lopez, E. & Morales, J. A. (2019). Psicopatología Forense y Neurociencias: Aportaciones al sistema de justicia adolescentes. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 153, pp. 931-971.
- Mercurio, E., García-López, E., Quintero, L. A. M., Llamas, N. E., Muñoz, J. M., & Marinaro, J. Á. (2020). Adolescent brain development and progressive legal responsibility in the Latin American context. *Frontiers in psychology*, 11, 627-e627.
- Mercurio E. Hacia un régimen penal juvenil. Fundamentos neurocientíficos en *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública*. Buenos Aires: UNICEF-Ministerio Público de la Defensa, 2011, pp. 153-176.
- Mercurio, E. (2012) Cerebro y adolescencia. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Mercurio, E. Influencia de los avances en neurociencias en las decisiones judiciales. *Informes en Derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil V*. Santiago de Chile: Defensoría Penal Pública, 2015, pp. 115-136.

# Los derechos de niños y niñas como víctimas de la violencia de género en España

*Teresa Picontó Novales*

## **Introducción**

El largo camino recorrido desde la aprobación y ratificación por España en 1990 de la Convención de los Derechos de los Niños de las Naciones Unidas de 1989 ha sido largo y ha estado lleno de dificultades. En este sentido, las reflexiones y los debates, que desde los años 90 del pasado siglo se produjeron en el ámbito científico, han sido un gran acicate para subrayar la necesidad de un reforzamiento y una extensión de los derechos de los niños y niñas a otros ámbitos; así como la exigencia de una cuidadosa interpretación y aplicación a la hora de llevarlos a la práctica, como por ejemplo, en los casos en los que los derechos de los niños se encuentran en conflicto con los de los adultos, como puede ocurrir con sus padres, o en los casos en los que sus derechos individuales chocan con algunos de los derechos colectivos de la cultura a la que el niño pertenece.

En el contexto de la familia, la cultura jurídica y social de los derechos de la infancia establecida por la Convención de los Derechos del Niño y el principio constitucional de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes (Constitución Española de 1978) dieron lugar en este ámbito a imponer a los padres, cuidadores y otros responsables de los menores la obligación de respetar sus derechos. De forma que los niños y niñas tienen que estar protegidos frente a cualquier situación de grave perjuicio, abuso, sufrimiento o violencia. Concretamente, de la violencia que sufren los menores en el



ámbito familiar<sup>1</sup> (violencia doméstica o violencia de género). De los niños y niñas que son víctimas de violencia de género es de lo que me voy a ocupar en este artículo.

En el ámbito español ha sido especialmente importante reforma legal operada por la L.O. 8/2015, de 22 de julio, que modificó el sistema de protección del menor, amplió el concepto del superior interés del niño y estableció que los niños y niñas que se encuentren en contextos de violencia de género son víctimas directas de esta y no solo testigos de la violencia que sufren sus madres. Así como estableció unas concretas medidas de protección en el ámbito de derecho civil para los niños y niñas víctimas de la violencia de género.

Como uno de los antecedentes de esta reforma legal está el significativo caso de Ángela González Carreño y de su hija Andrea, que fue asesinada a manos de su padre en 2003 y que ha tenido una destacada influencia no solo en España sino también en el ámbito internacional.

Más recientemente, la L.O. 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de los niños y adolescentes frente a toda forma de violencia se ocupa parcialmente de los menores que son víctimas de violencia en su familia (violencia doméstica y violencia de género).

Estas reformas legales y, especialmente las de 2015, están teniendo impacto en la praxis judicial, pero a un ritmo muy lento. La lentitud en el cambio no se puede achacar únicamente a la mentalidad de los jueces o a las tradicionales resistencias al cambio por parte de los operadores jurídicos. Lo cierto es que decidir sobre los riesgos para los hijos o para sus madres en contextos de violencia de género constituye una tarea que requiere contar con mecanismos y apoyos profesionales adecuados que permitan valorar la complejidad de estos. En esta cuestión, entre otras, inciden las últimas reformas legislativas y las nuevas tendencias jurisprudenciales.

---

<sup>1</sup> De estas cuestiones me he ocupado con anterioridad: T. Picontó Novales: “Los derechos de las víctimas de violencia de género: La relación de los agresores con sus hijos”, en *Derechos y Libertades* 39 2018, p. 121-156; “Contact Disputes and Allegations of Gender Violence in Spain”, in *Journal of Social Welfare and Family Law* 40-4 (2018), p. 441-458; “Developments in the protection of Children’s Rights in Spain: With special reference to the context of Gender Violence”, en J. M. Scherpe y S Gilmore (eds.), *Family Matters. Essays in Honour of John Eekelaar*, Cambridge, Intersentia, 2022, p. 789-800.

## **El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comunicación nº 47/2012 en el caso de Ángela González Carreño**

El caso de Ángela González Carreño y su hija Andrea merece una especial referencia porque ha sido de gran relevancia. En este sentido, el Tribunal Supremo español en su STS 1263/2018, de 17 de julio, ha reconocido la responsabilidad del Estado español en el asesinato de la niña Andrea a manos de su padre durante el régimen de visitas no supervisadas, establecido por el juez.

Respecto de este caso, el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su sesión nº 61<sup>2</sup> ya manifestó su preocupación por el número de casos de niños y niñas asesinados por “padres violentos durante el ejercicio de su derecho de visita”. Una preocupación agravada por el injustificado incumplimiento por parte del Estado español de la decisión de la CEDAW de 16 de julio de 2014, en la que se condenaba al Estado español por no haber protegido a Ángela González y a su hija Andrea, a la que el maltratador asesinó en 2003 en una de las visitas establecidas judicialmente. A pesar de las denuncias de Ángela a su exmarido en 30 ocasiones por amenazas y agresiones, las visitas y comunicación con la hija por parte de su agresor no se habían interrumpido (CEDAW/C/58/D/47/2012, Comunicación nº 47/2012).

Más concretamente, durante el tiempo que se aplicó el régimen de visitas establecido judicialmente las autoridades tanto judiciales como los servicios sociales y los expertos (psicólogos) tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre el padre e hija, a pesar de las reservas emitidas por estos dos servicios sobre el comportamiento del padre (...) Todos estos elementos reflejan un patrón de actuación que en este caso otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándolas en una situación de vulnerabilidad (apartado 9.4).

Así mismo, el Comité formuló al Estado Español varias recomendaciones generales como la de tomar las medidas adecuadas y efectivas para que los

---

<sup>2</sup> Un estudio de ese caso, puede verse, entre otros: M. Calvo García, “The Role of Social Movements in the Recognition of Gender Violence as a Violation of Human Rights: From Legal Reform to the Language of Rights”, *The Age of Human Rights Journal* 6 (2016), pp. 60-82. [<http://dx.doi.org/10.17561/tahrj.voi6.2930>].

antecedentes de violencia doméstica fueran tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visitas relativos a los hijos, para que su ejercicio no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos (apartado 11).

Específicamente, en la sentencia del Tribunal Supremo 1263/2018, de 17 de julio, se reconoce la responsabilidad del Estado español en el asesinato de Andrea a manos de su padre durante el régimen de visitas no supervisadas establecido por el juez. Se trata de una sentencia paradigmática al ser la primera vez que el T.S. español reconoce la responsabilidad del Estado en el caso de asesinato de hijos víctimas de la violencia de género, cumpliendo así con las recomendaciones de la CEDAW que había condenado al Estado español en julio de 2014.

Además es muy significativo que, en la referida sentencia, el TS reconoce que las cláusulas de los tratados internacionales ratificados por España forman parte de su legislación (de su derecho) y que las recomendaciones del Comité CEDAW son vinculantes, por lo que deben ser efectivamente aplicadas para que los derechos y libertades en ellas regulados sean “reales y concretos” en España (FJ 7, STS 1263/2018, 17 de julio).

## **Las últimas reformas legislativas relativas a la protección de la infancia y la adolescencia en contextos de violencia de género**

Además de la ya referida Comunicación nº 47/2012, 16 de julio de 2014, en el caso de Ángela González Carreño (referido en el epígrafe anterior), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer realizó una recomendación al Estado Español para que tomara las medidas adecuadas y efectivas en el sentido de que los antecedentes de violencia doméstica se tuvieran en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visitas relativos a los hijos, para que el ejercicio de estos no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de violencia.

Un instrumento de gran importancia por su carácter vinculante a nivel europeo en materia de violencia contra la mujer y doméstica ha sido, sin duda, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (2011), más conocido como Convenio de Estambul, que entró en vigor en España el 1º de agosto de 2014. Concretamente,

este Convenio considera que los niños son víctimas de la violencia doméstica y de la violencia que sufren sus madres.

Más específicamente, el Convenio de Estambul tiene capacidad para influir en las legislaciones internas de los Estados firmantes y controlar los avances y los incumplimientos de dichos Estados<sup>3</sup>. En este contexto, surge en España la L.O. 8/2015, de protección de la infancia y la adolescencia, que define el concepto del superior interés del menor en su artículo 2, estableciendo como uno de sus parámetros el derecho que tienen los niños a vivir en un entorno familiar adecuado y libre de violencia<sup>4</sup>, estableciendo además un concepto más preciso de los niños como víctimas de la violencia de género.

Concretamente la L.O. 8/2015, de 22 de julio, dio un contenido al concepto del superior interés del menor, siguiendo las pautas recogidas tanto en la Observación General nº 14 del Comité de los Derechos del Niño como la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. En este sentido, este concepto pasa a tener un contenido triple<sup>5</sup>: el interés superior del niño y niña como derecho sustantivo: el niño y niña tienen derecho a que cuando se adopte una medida que los afecte, sus mejores intereses hayan sido evaluados y en el caso de que haya otros intereses legítimos presentes, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución.

Más específicamente en los contextos de violencia doméstica nos encontramos con que el superior interés del niño, niña y adolescente entra en conflicto con otros intereses como, entre otros, el derecho del padre a relacionarse con sus hijos y el derecho de los hijos a relacionarse con su progenitor. Frente a estos intereses nos encontramos otros derechos como el derecho a una vida libre de violencia, a

---

<sup>3</sup> Vid. A. Brox Sáenz de la Calzada, “El Convenio de Estambul en Francia y en España”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2019: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/16780>

<sup>4</sup> Concretamente, el artículo 2.2 establece que “a efectos de la interpretación y aplicación del interés superior del menor se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales: c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia”.

<sup>5</sup> Sobre el concepto del interés superior del niño en la L.O. 8/2015 puede verse, entre otros: C. Guilarte Martín-Calero, “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”, en V. Cabedo Mallol e I. Ravellat Ballesté (coords.), *Comentarios sobre las Leyes de Reforma del Sistema de Protección a la infancia y adolescencia*, Valencia, tirant lo blanch, 2016, p. 87-129.

la dignidad personal, el derecho a la protección de su bienestar físico o psíquico cuando se encuentre en una situación de peligro, etcétera.

El interés superior del niño es, además, un principio general de carácter interpretativo, esto es, que si una norma jurídica puede ser interpretada de varias formas se deberá optar por aquella interpretación que mejor responda a su interés. Por último, el interés superior del niño es además una norma de procedimiento. En definitiva, el interés superior del niño tiene como finalidad asegurar el respeto completo y efectivo de todos sus derechos, así como su desarrollo integral.

La L.O.8/2015 establece algunos criterios para facilitar su interpretación y aplicación, entre los cuales están justamente la protección del derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo del menor; la consideración de sus opiniones, deseos y sentimientos; la conveniencia de que su vida y desarrollo tengan lugar en un ambiente familiar adecuado y libre de violencia, priorizándose el mantenimiento de sus relaciones familiares siempre que sea posible y sea positivo para el menor. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo con el interés del menor, deberán priorizarse las medidas que respondiendo a este interés, respeten todos los intereses legítimos. Si estos últimos no pudieran respetarse, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro que pudiera concurrir.

Posiblemente la modificación más importante, operada por la LO 8/2015, de 22 de julio, es considerar víctimas de violencia de género a los hijos y a los menores sujetos a la guarda y custodia de las mujeres maltratadas. Estos menores ya no son meramente como testigos de la violencia de género, como ocurría con anterioridad. Esto es, los menores se encuadran en el concepto de “víctima” por el mero hecho de vivir en entornos de violencia de género, por todas las alteraciones que la exposición a la violencia supone para su desarrollo y afirmando su derecho a una vida libre de violencia.

La L.O 8/2015 ha modificado en este sentido la Ley de protección integral contra la violencia de género<sup>6</sup>, la cual ya no solo tiene por objeto la protección

---

<sup>6</sup> La Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género supuso un hito en la legislación española en materia de violencia contra las mujeres, permitiendo desarrollar nuevas estrategias jurídicas, sociales y tecnológicas para dotar a las víctimas de mayores derechos: vid. M. P. Olaciregui Rodríguez, “Prevenir la violencia de género: muchas voces, ¿un discurso?”, en *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies* (2017) vol. 9, p. 46-64.

directa a las mujeres víctimas de esta, sino que extiende su protección especial a los hijos y a los menores sujetos a tutela, guarda o custodia de las víctimas.<sup>7</sup> Con ello además de dar visibilidad a la magnitud familiar del problema de la violencia, se pueden adoptar medidas de protección integral a cualquier menor, sean o no hijos del agresor.

En cuanto a las concretas medidas de protección, el Cód. Civil, tras la reforma legal operada en 2015 por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, establece que el juez de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del M<sup>o</sup> Fiscal dictará aquellas medidas que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar y se ha de garantizar que el menor pueda ser escuchado en las condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses (art. 158). Concretamente, se podrán adoptar, por parte del juez civil o penal, medidas judiciales que conlleven la prohibición de aproximación y de comunicación del agresor con el menor y, en general, las demás que se considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar frente a terceras personas.

En cuanto a la importancia de adoptar medidas de protección de los hijos en contextos de violencia doméstica y de género, el Convenio de Estambul, en el artículo 31, establece para los Estados Partes la necesidad de que tomen aquellas medidas legislativas y otro tipo de medidas para que en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación de este convenio. Así como, aquellas medidas que sean necesarias para evitar que el ejercicio de cualquier derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños. En este contexto tiene lugar las reformas legales de 2015.

---

<sup>7</sup> El artículo 1.2 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género 1/2004, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 8/2015, establece que “por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a tutela, guarda y custodia, víctimas de esta violencia”.

Así, el artículo 61 de la L.O.1/2004<sup>8</sup>, tras la modificación operada por la L.O. 8/2015, establece que en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el juez competente deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas, entre otros, en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas. El juez podrá hacerlo de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos o de las personas que convivan con ella o se hallen sujetas a guarda y custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración, de la que dependan los servicios de atención a las víctimas.

Específicamente, en los artículos 61.2 y 55 de la L.O. 1/2004, reformados también por la L.O. 8/2015, se establece la posibilidad de suspender la responsabilidad parental o la custodia de los menores del progenitor custodio o tutor de estos, en el caso en que este se halle inculpado en un procedimiento de violencia de género.

En cualquier caso, los jueces tienen la obligación, en los procedimientos relacionados con la violencia de género, de pronunciarse sobre la oportunidad de aplicar las medidas recogidas en los artículos 64 a 66 de la L.O. 1/2004. Entre otras: las relativas a la salida del domicilio, alejamiento, suspensión de la patria potestad o la custodia de los hijos, la suspensión del régimen de estancia, comunicación y visitas con los menores. En este sentido, el artículo 65 de la L.O. 1/2004 (también reformado por la L.O. 8/2015) pretendía ampliar las situaciones objeto de protección con respecto a los menores que pueden encontrarse a cargo de la mujer víctima de la violencia de género.

---

<sup>8</sup> Específicamente, con la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género 1/2004, se crearon los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que conocen de las causas penales en violencia de género, así como de las causas relacionadas como, separación, divorcio, guarda y custodia de los hijos, etc., para que estas causas sean tratadas en la misma sede judicial, procurando así la inmediata protección de las víctimas y evitarles tener que pasar de uno a otro juzgado. Además de estos juzgados especializados, se especializan también las Fuerzas y los Cuerpos de Seguridad, la Fiscalía, Juzgados de lo Penal y secciones dentro de otros juzgados (Audiencias provinciales, Tribunales Superiores de justicia).

Para Reyes Cano<sup>9</sup>, la valoración sobre la pertinencia de estas medidas ha sido muy escasa. Según esta investigadora, la consideración como víctimas directas de la violencia de género de los menores debería conllevar una valoración inmediata del juez acerca de aquellas medidas que supongan la prohibición de aproximación y de comunicación con el menor. No obstante, estas medidas raramente se establecen por parte de los jueces, salvo que se hayan producido agresiones directas a los menores, sobre todo cuando son de carácter físico.

Si los jueces y magistrados no adoptan las medidas de suspensión de la patria potestad, custodia, régimen de estancia, visitas y comunicación<sup>10</sup>, deberían pronunciarse sobre la forma en que se ejercerán los derechos y obligaciones relacionados con la patria potestad por parte del inculpado (agresor), realizando un seguimiento periódico de su evolución; así como adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y en su caso, la recuperación de estos menores (arts. 65 y 66 L.O.1/2004).

Por tanto, los jueces deben valorar su posible aplicación en todos los casos a enjuiciar, aun cuando los menores solo hayan sido víctimas indirectas de la violencia y especialmente en aquellos casos en los que quepa sospechar que el menor pueda ser utilizado por el agresor como un instrumento para causar daño a su madre.

El “Pacto de Estado contra la violencia de género” (2017) constituye un instrumento de indudable transcendencia al ser consensuado por las diversas instituciones políticas y sociales, que contiene una serie de medidas para erradicar la violencia de género en todas sus manifestaciones fueron consensuado.<sup>11</sup> Concretamente, en el Eje 4 se establecen un conjunto de medidas para mejorar e intensificar la protección de los niños y adolescentes que son víctimas de la

---

<sup>9</sup> Vid: P. Reyes Cano: *El olvido de los derechos de la infancia en la violencia de género*, Madrid, Reus, 2019, p. 106-107; “En torno a la coordinación de parentalidad: ¿garantía o desprotección de los derechos de la infancia?”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (2022) p. 185-214.

<sup>10</sup> Estas medidas previstas en los artículos 64 a 66 podrán adoptarse al amparo de la orden de protección o de una orden de alejamiento, si bien no de forma automática sino que su adopción dependerá de la apreciación judicial.

<sup>11</sup> El Pacto de Estado ha supuesto un compromiso importante al haber sido aprobado por todos los partidos políticos. El punto de partida con respecto a los menores que viven en contextos de violencia de género es que son víctimas de esta: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/>



violencia de género. En su medida 45 propone impulsar la práctica de que estos menores sean tratados como víctimas directas de la violencia de género sufrida por sus madres. En el mismo sentido, en la medida 121 se establece la necesidad de incluir a los hijos e hijas en las valoraciones policiales de las víctimas.

En este contexto, la Instrucción 4/2019 de la Secretaría de Estado de Seguridad<sup>12</sup> establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género, la gestión de seguridad de las mujeres víctimas y de los menores que de ellas dependan y su seguimiento a través del “sistema de seguimiento integral de los casos de violencia de género”.

En cuanto a la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas comunes víctimas de violencia de género, el Pacto de Estado en la medida 147 proponía desvincular la intervención psicológica de los hijos menores expuestos a violencia de género del ejercicio de la patria potestad. Por lo que el Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado, añadió un nuevo párrafo al art. 156 del Código civil con la finalidad de que la atención y asistencia psicológica quedase fuera de los actos que precisan de una decisión común (de los dos progenitores) en el ejercicio de la patria potestad cuando exista sentencia firme o hubiera causa penal por malos tratos o abusos sexuales, si bien se ha de informar previamente al otro progenitor.

Por último, la L.O. 8/2021, de 4 de junio, de protección de los niños y adolescentes frente a toda forma de violencia, tiene como objetivo principal proteger a la infancia frente a cualquier tipo de violencia. En parte, esta ley responde a la necesidad de introducir en el ordenamiento jurídico los compromisos internacionales asumidos por España a nivel internacional en este ámbito. Si bien ya se ha hecho referencia a algunos de ellos, son especialmente relevantes la Observación General n° 12, de 2009, sobre el derecho a ser escuchado, la Observación General n° 13, de 2011, sobre el derecho del niño y la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia y la Observación General n° 14, de 2014, acerca de que su superior interés sea considerado de forma primordial en cada caso concreto.

---

<sup>12</sup> Específicamente la Instrucción 4/2019, buscando la participación activa de las víctimas diseña un plan personalizado de seguridad acorde con las necesidades especiales de protección de las mujeres víctimas y de los menores que de ellas dependan, que incluye unos concretos indicadores relativos a los menores que pudieran encontrarse en una situación de vulnerabilidad.

Así mismo, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en las Observaciones Finales de los Informes 5º y 6ª (5 de marzo de 2018), solicitó al Estado español que promoviera leyes que garantizaran la protección integral de los niños contra la violencia y que fuera una ley análoga en su alcance normativo a la Ley orgánica 1/2004 contra la violencia de género.

En el ámbito europeo, El Consejo de Europa cuenta con normas y estándares internacionales para garantizar los derechos de los niños y adolescentes como, entre otros: el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia de género (Convenio de Estambul, 2011); el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos o el Convenio sobre la Ciberdelincuencia. Además en la Estrategia del Consejo de Europa para los derechos del niños (2016-2021) se hace un llamamiento a todos los Estados miembros para erradicar toda forma de castigo físico sobre la infancia.

En definitiva, se deben fomentar todas las medidas necesarias (legislativas, administrativas, judiciales, sociales y educativas) que garanticen el derecho del niño, de la niña y de los adolescentes a desarrollarse en un ambiente libre de cualquier forma de violencia, perjuicio, abuso físico o mental, descuido o negligencia, malos tratos o explotación. Con esta L.O 8/2021 se ha pretendido además dar cumplimiento a algunos otros criterios de la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional (entre otras: a la STC 64/2019, de 9 de mayo) como del Tribunal Europeo de DH (a la Sentencia del 11 de octubre de 2016).

Específicamente, la L.O. 8/2021, de 4 de junio, tiene como objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños y adolescentes a su integridad física, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida.

Esta ley, entre otras cosas, establece la necesidad de una formación especializada de los profesionales que tengan que trabajar con menores de edad: jueces, fiscales, agentes de los servicios sociales, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (policía), etc.

En el concreto ámbito familiar, la L.O. 8/2021 presta especial atención a la protección del interés superior de los niños en situaciones de ruptura familiar y en los casos en los que los niños conviven en entornos familiares marcados por la violencia de género. En este sentido, modifica el artículo 92 del Cód.

Civil para reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio y exige que se den las cautelas necesarias en el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia de los hijos comunes.

Específicamente, la ley refuerza los recursos de asistencia, asesoramiento y atención a las familias para evitar los factores de riesgo y aumentar los factores de prevención, lo que exige un análisis de riesgos en las familias, que permita definir los objetivos y las medidas a aplicar.

Ha modificado además el artículo 158 del Cód. Civil para que el juez pueda acordar la suspensión cautelar del ejercicio de la responsabilidad parental y/o del ejercicio de la guarda, custodia o régimen de visitas y comunicación, con el fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios de su entorno familiar.

Así mismo establece como obligatoria la imposición de la pena de privación de la responsabilidad parental a los penados de homicidio o por asesinato en aquellos casos en los que el autor y la víctima tuvieran en común hijos y cuando la víctima fuera hijo o hija del autor.

Esta ley refuerza además el derecho a ser oído y escuchado que tienen los niños y adolescentes víctimas de violencia; así como el hecho de que sus opiniones sean tenidas en cuenta debidamente en contextos de violencia contra ellos, asegurando su protección y evitando su victimización secundaria.

En términos generales, esta ley supone un avance en la protección de los derechos y del interés superior de los niños frente a cualquier situación de violencia que pudieran padecer en los distintos ámbitos, entre ellos, el familiar; e incorpora la exigencia de una mayor especialización del perfil profesional de los distintos operadores que trabajan con estos niños y adolescentes.

Sin embargo, lo cierto es que sigue siendo muy difícil suministrar un ámbito seguro a las mujeres y a los hijos que se encuentran en un contexto de violencia de género. Más aún, la realidad social de estos últimos años nos muestra una escalada en las acciones violentas dirigidas ya no solo contra las mujeres parejas o exparejas, sino también contra los hijos/hijas de estas que en algunos casos son utilizados como un mero instrumento de dominación y castigo contra las mujeres. En otras palabras, en esta clase de violencia de género, el maltrato a la mujer consiste en causar violencia a sus hijos/hijas.

Es por ello que la Fiscalía General del Estado, ya en su Memoria de 2018<sup>13</sup>, afirmaba que sigue siendo una asignatura pendiente establecer medidas civiles para proteger a estos niños y niñas que viven en contextos de violencia de género; así como, era necesario establecer medidas de seguimiento y supervisión. La Fiscalía General del Estado, en su Memoria de 2020, vuelve a insistir sobre la desprotección en la que estos niños y niñas se encuentran y denuncia la inhumana utilización de sus propios hijos por parte del agresor para provocar un daño más profundo a su pareja, la llamada violencia vicaria. Por lo que demanda afrontar tan cruel realidad extendiendo la protección a los menores, que choca con la resistencia a considerar y tratar a los menores como víctimas con todos los derechos que ello conlleva<sup>14</sup>.

En cuanto a los niños y niñas víctimas de violencia vicaria, La Ley Orgánica 8/2021 ha supuesto un avance al incorporar la obligación de imponer la pena de privación de la patria potestad en los casos de feminicidio y violencia de género (art. 140 bis del Código Penal). Además, ha añadido una definición de la violencia vicaria. Específicamente ha añadido un apartado al artículo 1 de la L.O. 1/2004 de Protección integral contra la violencia de género al establecer que “la violencia de género a que se refiere esta ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero” (art. 1.4). El artículo 1.1 hace referencia a los autores de la violencia de género, esto es, a los hombres que “sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

Por último, querría señalar que la Delegación de Gobierno de Violencia de Género viene recogiendo los datos de los menores víctimas mortales de la violencia de género, pero solo a partir del año 2013. Y, desde ese momento hasta día de hoy, se han contabilizado 49 casos.<sup>15</sup> Tan solo en 2021 fueron siete los menores

---

<sup>13</sup> Memoria de la Fiscalía General del Estado 2018:  
[https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)

<sup>14</sup> Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020:  
[https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA\\_SITE/capitulo\\_III/cap\\_III\\_1\\_1.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/capitulo_III/cap_III_1_1.html)

<sup>15</sup> Delegación de Gobierno de Violencia de Género:  
<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/> (última consulta: 30/1/2023).

víctimas de violencia de género y, en todos los casos, el autor del hecho fue el padre biológico.

## **A modo de conclusión**

La L.O.8/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia supuso un avance significativo con la consideración, entre otras cosas, de que los niños que viven en un entorno de violencia de género son víctimas de esta. Además los niños y niñas son también víctimas de la violencia de género en aquellos casos en los que son instrumentalizados por el agresor como una forma de causar daño a su pareja o expareja (violencia vicaria). La Ley Orgánica 8/2021 ha supuesto un avance al incorporar la obligación de imponer la pena de privación de la patria potestad en los casos de feminicidio y violencia de género (art. 140 bis del Código Penal) y haber incluido una definición de la violencia vicaria.

En general, la falta de eficacia en la protección de estos niños y adolescentes víctimas de la violencia de género en parte tienen que ver con que la L.O. 8/2015 no dio una suficiente contundencia a las medidas de protección que recogió, como entre otras: la suspensión de la patria potestad, de la custodia, del régimen de visitas, de estancia y comunicación con el padre agresor con respecto a los niños y niñas (arts. 65 y 66).

Hasta ahora, la aplicación de las medidas de protección a los niños víctimas de violencia de género previstas por la L.O. 8/2015 ha sido escasa, entre otras razones, porque se deja a la libre apreciación de los jueces el aplicarlas o no aplicarlas.

Nos encontramos con que sigue siendo muy difícil suministrar un ámbito seguro a las mujeres y a los hijos que se encuentran en un contexto de violencia de género. Más aún, la realidad social de estos últimos años nos muestra una escalada en las acciones violentas dirigidas ya no solo contra las mujeres parejas o ex-parejas, sino también contra los hijos/hijas de estas (violencia vicaria).

Por tanto, la protección que hasta ahora se ha dado a los niños, niñas y adolescentes que son víctimas de violencia de género resulta insatisfactoria.

El papel de las instancias de  
protección a niñas, niños y  
adolescentes por detenciones y  
retenciones arbitrarias en contra  
de sus progenitores.  
*Caso Chiapas, México*

*José Adriano Anaya<sup>1</sup>*  
*Yolanda Castañeda Altamirano<sup>2</sup>*  
*Esther Elizabeth León Victoria<sup>3</sup>*

---

<sup>1</sup> Dr. en Ciencias Sociales y Humanística, Profesor del Centro de Estudios Para la Construcción de Ciudadanía y Seguridad (CECOCISE) de la Universidad Autónoma de Chiapas, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel 1. Colabora en líneas de investigación sobre: Derechos humanos y construcción de ciudadanía, email: j\_adriano11@yahoo.com.mx

<sup>2</sup> Dra. en Ciencias Sociales (Psicología Social de Grupos e Instituciones), Profesora del Centro de Estudios Para la Construcción de Ciudadanía y Seguridad (CECOCISE) de la Universidad Autónoma de Chiapas, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel 1. Colabora en líneas de investigación sobre: Procesos psicosociales en derechos humanos y defensa de las víctimas, email: yolandacastanedaltamirano@gmail.com

<sup>3</sup> Licenciada en Derecho y maestrante del posgrado en Defensa de los Derechos Humanos en la Universidad Autónoma de Chiapas, email: estereli20@hotmail.com

## Introducción

El 20 de julio de 2020, el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, desde su conferencia diaria matutina, anunció el desmantelamiento y detención de una banda de trata de infantes y la liberación de 20 niños, en la Ciudad de San Cristóbal de Las Casas, Chiapas; noticia que al paso de los días se comprobó que era falsa y violatoria de derechos humanos, que trajo consigo graves consecuencias a una familia ampliada, integrada por tres generaciones, abuelos, hijos y nietos, de origen tsotsil, pertenecientes a la comunidad de Chigtón, municipio de Ixtapa, Chiapas, dedicada a la venta de artesanías en la calles de San Cristóbal, en la que la detención de los padres, ocasionó que 23 niños, niñas y adolescentes, en condiciones de vulnerabilidad fueran separados de sus padres y trasladados a una Casa Hogar perteneciente a la dependencia del Desarrollo Integral de la Familia (DIF).

Paradójicamente, cuando el presidente anunció la detención de esta supuesta banda, con anterioridad, cuatro mujeres y un varón de esta familia habían sido detenidos por la policía, sin orden judicial, y como consecuencia de esto, los hijos y nietos de estas personas, 23 niños, niñas y adolescentes, fueron retirados de su domicilio por la policía, y confinados en un albergue del (DIF), provocando con ello afectaciones al proyecto de vida de estos NNA no solamente por haber sido separados violentamente de su familia sino porque en el período de reclusión del señor Adolfo Gómez, padre y abuelo de los menores, fue torturado y apareció muerto en su celda, sobre este homicidio la fiscalía señaló que fue suicidio por ahorcamiento, pero el cuerpo presentaba claras muestras de haber sido golpeado. En este artículo, se aborda, de manera descriptiva, el drama de una familia ampliada, que fue acusada de trata de infantes, que vivieron la pérdida del padre-abuelo en prisión, quien era el jefe y principal sostén económico de la familia al conocer las redes comerciales de las artesanías que vendían en las calles, así como el drama familiar al separar a los NNA de sus madres y confinarlos en una Casa Hogar y las afectaciones al proyecto de vida no solo de los niños sino de la familia que tuvo como consecuencia la separación de sus miembros.

## La historia de un drama judicial en Chiapas

El Estado mexicano afectó a esta familia indígena por acción, al fabricar un delito de trata y detener a cuatro mujeres y un varón, y por omisión, al no realizar una investigación con la debida diligencia y por no prever las condiciones mínimas de cuidado y vida digna a los 23 niños, niñas y adolescentes, que quedaron bajo la tutela del Estado y garantizar la vida de las personas en reclusión. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “si una persona fuera detenida en buen estado de salud y posteriormente, muriera, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios válidos, ya que en su condición de garante el Estado tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con el destino que ha tenido la persona detenida”.<sup>4</sup> Esto no se presentó en el caso del fallecimiento del señor Adolfo Gómez, y los hijos y nietos en confinamiento de una Casa Hogar, en virtud de que estos NNA no se enteraron de la muerte de su padre-abuelo sino meses después de que abandonaron la Casa Hogar y reintegrados con otros familiares.

Es importante mencionar, que para algunos autores, que retoman el sentido de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el incumplimiento del Estado para generar condiciones que garanticen una vida digna, hacen referencia a niños y personas en vulnerabilidad, en personas detenidas o internadas que se encuentran bajo la protección del Estado y en población de comunidades indígenas.<sup>5</sup> En el caso en particular de esta familia indígena, son NNA y personas en condiciones de vulnerabilidad, cinco adultos sufren detención y los niños viven un internamiento bajo la custodia del Estado y además son población indígena, lo que significa que bajo cualquiera de esas circunstancias existe una obligación de protección especial por parte del Estado, misma que no se proporcionó a esta familia ampliada.

---

<sup>4</sup> Corte IDH, Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 111.

<sup>5</sup> Sobre este punto véase a Bellof y Clérico, 2016, p. 141-144.



Al respecto, resulta ilustrativa la resolución de la Corte Interamericana sobre las condiciones de vulnerabilidad y riesgo de la población cuando afirma: “Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”.<sup>6</sup>

Las razones del por qué la fiscalía General del Estado de Chiapas decidió fabricar las pruebas para involucrar a esta familia indígena, como responsable del delito de trata de infantes no son fáciles de determinar, sin embargo, una explicación se encuentra en el interés de la fiscalía por desviar la atención pública por la presión social y mediática que se formó debido a la desaparición de un niño de cuatro años, de nombre Dylan N, que había sido secuestrado el 28 de julio de 2020, dentro de las instalaciones del Mercado Popular del Sur (MERPOSUR), en San Cristóbal de Las Casas; esta noticia se hizo viral porque la madre del niño, vendedora de frutas y legumbres en el mercado, se apostó varios días en las afueras del Palacio Nacional con el fin de que el presidente de la república interviniera y ordenara a las autoridades de Chiapas la investigación para dar con el paradero de su menor hijo y esta protesta tuvo cobertura nacional e internacional en los medios de comunicación. Bajo este contexto, la familia Gómez fue criminalizada por la fiscalía, acusada de ser la responsable de la desaparición forzada del niño Dylan a la que se le agregó el delito de posesión de marihuana, en esa misma conducta, la fiscalía abrió dos carpetas de investigación: una por desaparición forzada, carpeta número 0340-078-1001-2020 y la otra por venta y posesión de marihuana, 0357-078-1001-2020.

El montaje del presunto delito orquestado por la fiscalía quedó al descubierto en el momento en que los familiares de los menores, particularmente la abuela,

---

<sup>6</sup> Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 162.

se presentó a la dependencia del DIF para reclamar le fueran entregados los niños, niñas y adolescentes. Pero el fracaso mayor de la fiscalía, que puso en evidencia que se habían fabricado delitos, se dio el 14 de agosto de ese mismo año, cuando el menor Dylan fue localizado y devuelto a su madre. En ese momento se confirmó que la familia Gómez Sánchez no tenía responsabilidad en su desaparición como lo mencionaron las autoridades, dando fin, a la causa penal 104/2020 en su contra; pero esto no terminó con el suplicio de las cuatro mujeres quienes permanecieron en prisión, ya que se encontraban bajo la investigación por el delito de trata de personas en su modalidad de trabajo forzado abierto en su contra, debido a que la fiscalía, de manera ilegal, obtuvo declaraciones de los menores, sin que estuvieran presentes los defensores, en donde presuntamente declararon que eran obligados a trabajar y que les exigían una cuota de 200 pesos diarios para que pudieran comer y dormir en su casa.

Con base en estas declaraciones de NNA, obtenidas bajo coacción, y con el informe policial del cateo realizado, en el que se menciona que se encontraron a los menores en condiciones de hacinamiento, con signos de desnutrición y que no asistían a la escuela; el día 20 de julio de 2020, se estableció la causa penal 106/2020 por el delito de trata de personas en su modalidad de trabajo forzado, en la que el juez correspondiente dictó auto de vinculación a proceso y orden de aprehensión en contra de las madres y padres de NNA, Adolfo, Josefa, María, Maribel y Juana; sin embargo, estas personas con anterioridad, se encontraban privados de su libertad, Adolfo y Josefa en el Centro de Reinserción Social para Sentenciados número 5 en San Cristóbal y las tres mujeres con sus hijos e hijas en el DIF de San Cristóbal. Posteriormente, María Juana y Maribel fueron separadas de sus hijos e hijas por la policía y fueron trasladadas sin ninguna justificación, con tres bebés lactantes, a la prisión preventiva del Centro de Reinserción Social para Sentenciados el Amate, en Tuxtla Gutiérrez, un centro penitenciario diferente de donde se encontraban Adolfo y Josefa, familiares detenidos por el mismo delito. A su vez, 20 NNA fueron separados de sus madres por la fuerza a base actos de violencia, en donde hubo golpes y amenazas a los menores con el fin de ser trasladados a las instalaciones de la casa hogar del DIF en la ciudad de Tuxtla Gutiérrez. La fiscalía siempre mantuvo la historia fabricada del delito de trata de infantes, a pesar de las pruebas incontrovertibles que favorecieron a la familia Gómez, a punto tal que el Fiscal General del Estado, Jorge Luis Llaven Abarca, realizó declaraciones a la prensa de que el “hecho de que sean sus familiares, sus

abuelos, mamás, tías no los exime de responsabilidad. No tiene nada que ver que la persona que estaba cometiendo el delito sea familia directo de los menores, al contrario, es un sentimiento mayor de injusticia que alguien tenga una relación de parentesco lo explote laboralmente”.<sup>7</sup> Pese a los hechos que controvierten la fabricación de los delitos, la fiscalía de Chiapas, en voz del titular de la dependencia, continuó sosteniendo públicamente que eran una red de trata de personas en la modalidad de explotación laboral.

Fue hasta el día 23 de diciembre de 2020 (5 meses después de la detención), que la Fiscalía General del Estado se desistió de la acción penal en contra de los familiares a partir de la presentación de un estudio antropológico, en el que se determinó que los familiares pertenecen a la etnia indígena tsotsil, en la cual, como parte de los usos y costumbres de los pueblos indígenas, los NNA son incorporados a edad temprana a las actividades productivas, situación que produjo la aberración de imponer un criterio legal liberal a personas indígenas, a las que el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho de los Pueblos Indígenas les otorga una condición especial en la ley. Esto dio por concluida de manera muy tardía la causa penal 106/2020, en que las cuatro mujeres detenidas fueron liberadas y se reencontraron con sus hijos, sin que se prevean las condiciones de reparación por las afectaciones al proyecto de vida.

## **Discriminación y perversión del sistema judicial**

Como ya se mencionó, en este proceso existieron dos carpetas de investigación derivadas de la detención de Adolfo y Josefa: en la primera, se señala que la detención de estos fue el día 15 de julio de 2020 a las 9:00 am y 1:00 pm respectivamente. A su vez la carpeta de investigación 0357-078-1001-2020 señala mediante oficio 02924/0752/2020 de fecha 15 de julio de 2020, que los señores Adolfo y Josefa fueron detenidos en venta y posesión de marihuana en un mismo tiempo y lugar (Molino de los arcos a las 19:30 horas, el día 15 de Julio). En un tercer

---

<sup>7</sup> Portal de noticias Tercera vía. Mx, <https://terceravia.mx/2020/08/racismo-tortura-y-asesinato-asi-opera-la-fiscalia-de-chiapas-tras-el-secuestro-de-dylan/>

momento se agrega, dentro de la segunda carpeta de investigación, el oficio FGE/FAS/ PE/313/2020, de fecha 16 de julio de 2020, en el que la policía informa la vigilancia y persecución de Adolfo desde las diez de la mañana del día 15, hasta su detención a las 05:40 horas del 16 de julio 2020. Como puede observarse no existe congruencia en las fechas y horas de detención; no obstante lo anterior, se inició la causa penal 104/2020 y se ejecutó la orden de aprehensión en contra de Adolfo y Josefa, aun y cuando ya estaban detenidos por el delito de desaparición forzada de personas en contra del menor Dylan por lo que fueron trasladados al Centro de Reinserción Social Para Sentenciados Número 5.

Posteriormente, el juez penal de San Cristóbal y Bochil dentro la causa penal 104/2020, ordenó el cateo en la casa de los señores Adolfo y Josefa con el fin de localizar al menor Dylan. Este cateo se realizó el día 17 de julio de 2020, a las 7:30 am, en el domicilio ubicado en Calle Granada no. 24, Barrio de Tlaxcala en San Cristóbal de Las Casas, en el que participaron, aproximadamente, 60 elementos de la policía, funcionarios de la fiscalía y la representante de la Procuraduría de Protección a Niños, Niñas y Adolescentes y funcionarios del DIF estatal, puesto que las autoridades ya tenían conocimiento de que el domicilio estaba habitado por NNA; en el lugar se encontraban 3 mujeres: María, Juana y Maribel, mismas que fueron trasladadas a las instalaciones del DIF regional en San Cristóbal, junto con a los 23 NNA, quienes son sus hijos y sobrinos. Esta situación cambió el 20 de julio, cuando se estableció la causa penal 106/2020, por el delito de trata de personas y en donde el juez dictó el auto de vinculación a proceso y orden de aprehensión, en contra de Adolfo, Josefa, María, Juana y Maribel, orden que se ejecutó el 21 de julio de manera irregular, pues las cinco personas se encontraban ya detenidas; Adolfo y Josefa en el Centro de Reinserción Social para Sentenciados número 5 y las tres mujeres con sus hijos e hijas en el DIF de San Cristóbal, quienes a partir del 21 de julio, fueron trasladadas al Centro de Reinserción Social para Sentenciados El Amate, en Tuxtla Gutiérrez y los NNA a la Casa Hogar del DIF en Tuxtla Gutiérrez.

En el cateo ordenado por el juez no apareció el niño Dylan, pero la fiscalía del Estado continuó con la farsa instrumentada y el señor Adolfo Gómez, en su proceso de detención, fue sometido a actos de tortura y a tratos degradantes en la prisión, para que dijera en dónde tenían secuestrado al niño, a punto tal, que el 26 de julio de 2020, se dio a conocer la noticia que el señor Adolfo Gómez había sido encontrado sin vida en su celda.

El señor Adolfo Gómez fue un chivo expiatorio de la fiscalía de Chiapas, en donde su perfil de población indígena, condiciones de vulnerabilidad y tener muchos hijos y nietos trabajando como vendedores ambulantes en la Ciudad de San Cristóbal, encajaba a la perfección en un patrón de explotación laboral infantil, en donde la fiscalía pudo construir una narrativa creíble, pero falsa, de niños secuestrados que eran obligados a trabajar en la calle. Esta narrativa la asumió el propio presidente de la república, cuando anunció el desmantelamiento de una banda de trata infantil, al señalar que se habían liberado a 20 infantes. En esta narrativa la fiscalía buscó anular o menoscabar los derechos humanos y libertades fundamentales<sup>8</sup> de la familia Gómez y provocar el linchamiento ante la opinión pública como responsables del horrendo delito de secuestro de niños para explotarlos laboralmente. Esta situación colocó a la familia Gómez en una condición de riesgo, en donde el Estado es el responsable de las afectaciones al derecho a la vida y a la integridad personal de todos los integrantes de la familia. La disputa entre la fiscalía del Estado y la familia Gómez se dio en condiciones de desigualdad, en donde el fiscal se presentó en diferentes medios televisivos anunciando el desmantelamiento de una banda de trata, mientras la familia Gómez tenía grandes dificultades económicas para contratar una defensa adecuada.

## **El abandono institucional del interés superior de la niñez**

A partir de la separación de las madres y del traslado a la Casa Hogar del DIF en Tuxtla Gutiérrez, los 20 NNA permanecieron privados de toda comunicación y sin saber de sus padres, madres o familiares, y las autoridades responsables del DIF no realizaron ninguna investigación para dar con el paradero de sus familiares. Los NNA mientras se encontraron en la Casa Hogar del DIF, separados de su familia, sufrieron castigos recurrentes por parte de las encargadas de la institución; consistentes en permanecer sentados por muchas horas cuando se portaban mal. Los adolescentes se encargaron de bañar, cambiar y cuidar a sus hermanos pequeños,

---

<sup>8</sup> Véase la definición del concepto de discriminación racial en el artículo 1º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

pues el personal de la casa hogar solo los atendía cuando llegaban visitas. No tenían alimentación suficiente, pues los alimentaban únicamente dos veces al día; jamás fueron escuchadas sus quejas ni manifestaciones, ni sobre la comida, los castigos o el hecho de que no podían ver o comunicarse con sus familiares, tampoco se les informó lo que estaba sucediendo ni se les preguntó si tenían más familiares, ni siquiera a los adolescentes.

El 27 de julio se presentaron los familiares de los NNA en la Casa Hogar del DIF, en Tuxtla Gutiérrez, con el propósito de acreditar el parentesco y recuperar a los menores. Sin embargo la autoridad no lo permitió debido a que algunos niños no contaban con actas de nacimiento o sus actas contenían errores; esto aún y cuando los familiares presentaron los certificados de nacimiento expedidos por parteras o por hospitales, pero la autoridad no aceptó esos documentos, situación que obligó a los familiares a realizar los trámites para obtener las actas de nacimiento.

La entrega de los NNA a sus familiares la realizó el DIF de manera escalonada, en los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre. Una vez recuperados, los menores fueron llevados a Chigtón, municipio de Ixtapa y a Nuevo Bochil municipio de Chiapa de Corzo, en donde los NNA fueron distribuidos con distintos familiares, situación que rompió los vínculos familiares con los que crecieron y vivían antes de que se presentara la denuncia de parte de la fiscalía, que ocasionó la persecución policíaca de la familia Gómez

Mientras los NNA estuvieron separados de su núcleo familiar presentaron alteraciones de su conducta, llantos nocturnos, enfermedades de la piel y respiratorias; sin que ninguna autoridad atendiera estas situaciones. Tampoco se les brindó una alimentación suficiente y completa, todo ello aun y cuando la Procuraduría de Protección a NNA estableció a su favor un plan de restitución de derechos como lo establece la Ley de Derechos de NNA del Estado de Chiapas; haciendo una única entrega de despensa consistente en una caja con unas cuantas bolsas de frijol y arroz en Chigtón Chiapas, insuficientes para los NNA que se encontraban allí.

Todo ello sucedió a pesar de la existencia de un marco normativo internacional, nacional y estatal de protección de los derechos de la infancia. Además de lo anterior, tres niñas lactantes estuvieron aproximadamente cinco meses en prisión con sus madres, sin que se les garantizara artículos básicos de primera necesidad como pañales y alimentos adecuados. Todo ello implica que las autoridades

fueron omisas en atender la situación de NNA, aun cuando la situación económica está identificada y catalogada como “precariedad”, existiendo una falta de aplicación de las Leyes y normas que regulan la protección de los derechos de estas poblaciones. Al respecto, la Corte Interamericana en el Caso Bulacio vs. Argentina señaló: “El Estado debe respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción, consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana. Esta obligación presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad, teniendo en cuenta como se desprende de las normas sobre protección a los niños establecidos en la Convención Americana y en la Convención de Derechos del Niño. La condición de garante del Estado con respecto a este derecho, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquel”.<sup>9</sup>

Los impactos económicos, psicológicos, emocionales y familiares, contienen violaciones a derechos humanos de los NNA, que condicionan la forma de vida futura, patrones de conducta, el desarrollo y el establecimiento y consecución de un proyecto de vida individual, al tener que sobrevivir a las condiciones adversas y de vulnerabilidad en los que fueron situados, con la desaparición del padre o abuelo muerto en prisión, bajo custodia del Estado mexicano en condiciones en el que se presentaron huellas de tortura, quien era el jefe de la familia y quien dominaba las relaciones comerciales de las artesanías que vendían la familia en las calles de San Cristóbal.

Los NNA crecieron dentro de una familia ampliada, en una dinámica de relaciones familiares específica en la cual se acostumbraron a convivir con su familia y a participar en las dinámicas sociales, económicas, culturales y de esparcimiento de esta. Estas condiciones fueron alteradas por la denuncia de la fiscalía y de pronto esa familia sufrió una desestabilización inesperada, padeció la injusticia de un procedimiento penal, en donde dos de los principales miembros de la familia fueron detenidos en un marco de múltiples violaciones a sus derechos. Se violó la privacidad y seguridad del domicilio de NNA y los menores fueron situados como “víctimas” de delitos de trata por parte de sus propios familiares, las personas con quienes comparten el hogar, que eran sus cuidadores y proveedores; esto sin que

---

<sup>9</sup> Corte IDH, Caso Bulacio vs. Argentina, párr. 138

las autoridades realizaran una investigación con la debida diligencia y un análisis de las condiciones de vida de la familia Gómez, en el que se fabricaron delitos solo para salvar la situación de ineficacia de la fiscalía por la presión social y política en la búsqueda y localización del menor Dylan.

La separación de NNA con su familia se prolongó por varios meses por un procedimiento judicial injustificado sin realizarse un análisis oportuno de sus condiciones de vida al ser personas indígenas que pertenecían a una familia dedicada a la venta ambulante de artesanías; esto los colocó en una situación de mayor vulnerabilidad, producto de los actos del abuso de autoridad y situaciones totalmente arbitrarias y violatorias de derechos humanos, lo que finalmente derivó en la pérdida de sus condiciones de vida y la descomposición del núcleo familiar de las víctimas. A ello, se sumó la pérdida irreparable de un familiar.

En el caso de los 23 menores, el Estado violentó los derechos contenidos en la ley del interés superior del menor, en concordancia con el derecho a las medidas de protección que su condición requerían, así como el derecho a la protección a la familia, la libertad de expresión y a las condiciones de existencia de una vida digna, que a su vez, de acuerdo con resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establecen obligaciones por parte del Estado.

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. 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. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Corte IDH, Caso Niños de la Calle vs. Guatemala, párr. 191.



Los alcances de estos derechos se encuentran establecidos en la observación general no. 14 del Comité de Derechos del niño en la cual se establece que la finalidad de la aplicación del Interés Superior es lograr que cada NNA disfrute de su vida, accediendo a todos sus derechos humanos, de manera que se garantice su integridad física, psicológica, moral y espiritual, así como su dignidad (Comité de los Derechos del Niño, Observación General no. 14, 2013:2), es entonces que todos los actos de autoridades deben realizarse cuidando que no exista una afectación o alteración en ningún ámbito de la vida de los niños y niñas; más bien procurando el respeto de sus derechos y su desarrollo integral.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el Interés Superior del Menor ha sido definido en diversas sentencias, por ejemplo en la sentencia Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala se entiende como la obligación del estado de satisfacer todos los derechos de los niños (Corte IDH Sentencia Dos Erres vs. Guatemala, 2009, párrafo 184). En la sentencia Atala Riffo y Niñas vs. Chile la Corte ha señalado que las autoridades deben tomar todas las medidas necesarias, especiales y adecuadas en sus actuaciones para procurar el máximo bienestar de los niños y niñas, también señala que el Interés Superior del Menor se funda en la propia dignidad de los niños y niñas como seres humanos, por ende no puede dejar de observarse (Corte IDH Sentencia Atala Riffo vs. Chile, 2012 párrafos 107 y 108). En este mismo sentido en la sentencia Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala se ha establecido que el Interés Superior del Menor insta a las autoridades a tomar las precauciones suficientes y necesarias con el fin de no violentar derechos de niños, niñas y adolescentes y para promover el bienestar y adecuado desarrollo de estos mediante las acciones legislativas, administrativas y demás necesarias (CORTE IDH Sentencia Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, 2018, párrafo 189).

En este sentido se tiene que el estado mexicano violentó el derecho a que sea respetado el Interés Superior de 23 NNA al no tomar en cuenta dicho derecho procurando evitar violentar sus derechos humanos mediante los actos de las autoridades consistentes en privación de su libertad, engaño, incomunicación y separación familiar forzada e injustificada temporal y permanente debido al fallecimiento de Adolfo Gómez Gómez. Por otro lado se observa una omisión por parte del Estado mexicano de tomar las medidas para que estos 23 NNA pudieran acceder a derechos esenciales para su desarrollo integral como salud, educación, vivienda, entre otros; antes, durante y después del procedimiento penal esto aun cuando fueron catalogados por el mismo Estado como personas en condiciones de precariedad.

Se observa también una violación al derecho de prioridad de los niños, niñas y adolescentes previsto en los artículos 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El derecho de prioridad plantea que las necesidades de niños, niñas y adolescentes deben ser una consideración primordial en los actos de las autoridades y deben ser consideradas aun antes de las de los adultos; es por ello que este derecho fue violentado por las autoridades al no tomar debidamente en consideración las posibles consecuencias de sus actos con respecto a NNA, ya sea de manera inmediata como en el futuro, si no que por el contrario se actuó todo el tiempo desde una perspectiva de presunción de culpabilidad en contra de sus familiares, convirtiéndose en la prioridad el procedimiento penal y brindar una solución a la denuncia pública respecto a un menor desaparecido y no el pleno respeto de los derechos NNA, los cuales requieren cuidados especiales debido a su edad y grado desarrollo, además de pertenecer a un pueblo o comunidad indígena y encontrarse en un estado de vulnerabilidad que no fue atendido oportunamente por el Estado.

### **Víctimas sin acceso a la justicia y sin reparación del daño**

El Congreso de la Unión publicó en el periódico oficial la Ley General de Víctimas, la cual establece en su artículo 4 lo siguiente:

Artículo 4. Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte.

Son víctimas indirectas los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella.

Son víctimas potenciales las personas físicas cuya integridad física o derechos peligran por prestar a la víctima ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito.<sup>11</sup>

En este sentido, se identifica como víctimas directas a la familia Gómez Sánchez compuesta por 24 niños, niñas y adolescentes de edades entre 3 meses y 15 años, que compartían el vínculo parental con Adolfo Gómez Gómez (fallecido en prisión con huellas de tortura) y 10 personas adultas quienes resintieron de manera directa las consecuencias de los actos y omisiones de las autoridades violatorias de sus derechos humanos.

Los miembros de la familia Gómez son víctimas tanto de violaciones a sus derechos humanos y de delitos por parte del Estado mexicano a través de sus autoridades.

Las víctimas, en México, pueden ser de dos tipos: de violaciones a derechos humanos y de delitos. En este sentido tenemos que las víctimas de la comisión delitos son definidas por el Código Nacional de Procedimientos Penales como:

[...] sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva. Asimismo, se considerará ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito. En los delitos cuya consecuencia fuera la muerte de la víctima o en el caso en que esta no pudiera ejercer personalmente los derechos que este Código le otorga, se considerarán como ofendidos, en el siguiente orden, el o la cónyuge, la concubina o concubinario, el conviviente, los parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, por afinidad y civil, o cualquier otra persona que tenga relación afectiva con la víctima [...]<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Congreso de la Unión, 2022, Ley general de Víctimas, Artículo 4.

<sup>12</sup> Congreso de la Unión, 2021, Código Nacional de Procedimientos Penales, Artículo 108.

En el derecho penal en México se identifica a víctimas y ofendidos como personas que resienten directamente las consecuencias de la comisión de un delito, estos tienen derechos específicos establecidos en el artículo 20 apartado c de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 109 del Código Nacional de Procedimientos Penales. En el presente caso de defensa existen conductas de autoridades como la detención arbitraria, actos de tortura o la inducción a la falsedad en las declaraciones que son conductas consideradas delitos cometidos por autoridades.

Ahora bien, existen ciertas diferencias en el derecho interno mexicano en el tratamiento que reciben las víctimas de violaciones a sus derechos humanos y víctimas de la comisión de delitos, de las cuales se identificaron las siguientes:

1. En las violaciones a los derechos humanos el sujeto activo o quien realiza un acto u omisión violatoria de derechos humanos es siempre un órgano gubernamental o una autoridad, los particulares no pueden cometer violaciones a derechos humanos por sí mismos sin que exista participación directa o indirecta de autoridades. Los delitos pueden ser cometidos por cualquier persona sea una autoridad o no.

2. En la comisión de delitos las víctimas cuentan con una representación de oficio por parte del Ministerio Público, en cambio las víctimas de violaciones a derechos humanos en sus procedimientos o procesos no se encuentran acompañadas o defendidas por algún organismo gubernamental si no que se hacen cargo de la defensa por sí mismas o a través de un defensor particular, en palabras de Beristain una víctima de violaciones de derechos humanos debe “asumir” su caso (Beristain, 2008:148).

En el caso específico de la familia Gómez, se cometieron delitos y violaciones a derechos humanos que tienen que ver con la privación de la vida, el abuso de autoridad, la detención arbitraria, afectaciones al proyecto de vida y violaciones a la integridad personal. Todo ello se encuentra impune y el Estado no ha mostrado interés de resarcir el daño a las víctimas, tanto a adultos como a los menores de edad.

La familia Gómez se encuentra endeudada, ya que durante los meses en que miembros de la familia permanecieron en reclusión dejaron de trabajar y de percibir ingresos, y sobre esta situación tuvieron que solventar gastos imprevistos como los honorarios de un abogado particular, los gastos de recuperación de los NNA y el funeral de Adolfo. Gastos que el Estado, como responsable de esta fabricación de delitos y criminalización, debió cubrir, sin embargo no lo hizo.

La situación de los NNA es de mayor precariedad que antes de la criminalización de la familia; con dificultades y de una manera austera, los menores tenían vivienda y alimentación, y convivían en una dinámica familiar. Ahora la familia está separada, viviendo con distintos familiares y cambiaron el domicilio de la Ciudad de San Cristóbal, a la comunidad de Chigtón en el municipio de Ixtapa.

Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido en su jurisprudencia que los NNA se encuentran en una situación de particular desventaja cuando sufren violaciones a sus derechos humanos y además se trata de personas que son pobres o marginadas, pues pueden sufrir estigmatización y señalamiento como personas delincuentes y establecerse detenciones arbitrarias en su contra, aun cuando no se reúnan los indicios suficientes para ello, de manera que incluso puede establecerse una relación directa entre las condiciones de vulnerabilidad debido a la pobreza y falta de acceso a la vida digna, y la actuación abusiva y arbitraria de las autoridades en contra de las personas incluso NNA, como sucedió en el caso *Servellón García y otros vs. Honduras* (Corte IDH, Sentencia *Servellón García y otros vs. Honduras*, 2006, párrafo116), en virtud en que los menores se convierten en objeto de graves violaciones a sus derechos al ser consideradas como personas que no pueden o no tienen la capacidad de defenderse. Si bien es cierto en el caso de defensa no se criminalizó directamente a NNA, sino a sus familiares; sí hubo una interpretación del Estado de las condiciones de pobreza y de la expresión cultural mediante el trabajo familiar que hizo que se establecieran conductas de abuso de poder y autoridad criminalizando personas sumamente vulnerables así mismo existieron conductas abusivas y arbitrarias hacia los menores anulando la condición de que los NNA son sujetos de derechos.

## Conclusiones

En diferentes sentencias la Corte Interamericana definió algunos criterios de responsabilidades y obligaciones del Estado respecto a la atención especial que requieren los NNA, pese a ello, existe una disociación entre el proceso de institucionalización de las normas y la jurisprudencia con el entendimiento y aplicación de estas en situaciones prácticas por las autoridades administrativas y judiciales. En el caso en particular de la criminalización de la familia Gómez, resulta ilustrativa que las condiciones de vulnerabilidad que debían ser atendidas por el Estado,

se convirtieron en el instrumento de persecución para que la fiscalía del Estado de Chiapas encontrara a las víctimas adecuadas para construir una historia falsa de logro policíaco, en el que todo el proceso ha estado plagado de irregularidades y en el que priva la impunidad ante las ilegalidades y violaciones de derechos humanos empleadas por la fiscalía.

El proyecto de vida de la familia Gómez sufrió graves alteraciones no solo por la pérdida de la vida del que era el jefe de la familia sino por la criminalización que sufrieron cuatro mujeres de esa familia y por la separación violenta que vivieron los NNA confinados a una Casa Hogar del DIF, a quienes el retorno a la libertad implicó la separación de la familia y los orilló a mayores condiciones de vulnerabilidad afectando con ello el derecho a una vida digna. La obligación del Estado debe ser proteger y garantizar las mínimas condiciones materiales para una vida adecuada a los NNA y no arrojarlos a una vida de miseria, como se hizo con esta familia en el que no solo se les priva de un proyecto de vida sino que se afectó con la integridad física y psíquica y se les privó del derecho de decidir y de libertad de expresión cambiando los roles de víctimas del Estado a denunciantes de sus propios padres, con el único fin de justificar las ilegalidades de la fiscalía del Estado en la acusación de trata de infantes en la modalidad de explotación infantil.

## Fuentes consultadas

- Beloff, M. (1999), *Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo Para Armar y Otro Para Desarmar*, Justicia y Derechos del Niño *Artículos Para el Debate*, 1.
- Beloff, M. *et al.*, (1999). “Justicia y Derechos del Niño”, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Santiago de Chile, disponible en: [https://unicef.cl/archivos\\_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf](https://unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf), consultado el 2 de noviembre de 2020.
- Beloff, M. (2008). Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina. *Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia*. Ministerio Público de la Defensa. Disponible en: <http://www.adolescenciaalape.com/sites/www.adolescenciaalape.com/files/Fortalezas%20y%20debilidades%20del%20litigio%20estrat%C3%A9gico%20para%20el%20fortalecimiento%20de%20los%20est%C3%A1ndares%20internacionales%20y%20regionales%20de%20protecci%C3%B3n%20a%20la%20ni%C3%B1ez%20en%20Am%C3%A9rica%20Latina%20E2%99%A6.pdf>
- Beloff, M. y Clérico, L. (2016). Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, (1).
- Beristain, C. M. (2010). *Manual sobre Perspectiva Psicosocial en la Investigación de Derechos Humanos*. Bilbao, Editorial Hegoa. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27117.pdf>
- Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV), (2020). *Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas 2020-2025 Certeza de futuro*. Disponible en: [http://www.consultaceav.segob.gob.mx/work/models/consultaceav/Documentos/PDF/PRO2020/PROPUESTA\\_RRLF.pdf](http://www.consultaceav.segob.gob.mx/work/models/consultaceav/Documentos/PDF/PRO2020/PROPUESTA_RRLF.pdf)
- Congreso del Estado de Chiapas (2015). *Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Chiapas, México*, Disponible en: [https://www.congresochiapas.gob.mx/new/Info-Parlamentaria/LEY\\_0113.pdf?v=NA==](https://www.congresochiapas.gob.mx/new/Info-Parlamentaria/LEY_0113.pdf?v=NA==), consultado el 01 de febrero de 2021.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (s. f.). OEA: CIDH: Funciones y atribuciones de la CIDH. Recuperado 20 de septiembre de 2021, de <http://oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>

- Gutiérrez-Contreras, J. C. *et al.* (2017). Violaciones, Derechos Humanos y contexto; Herramientas Propuestas para Documentar e Investigar, Manual de Análisis de Contexto para Casos de Violaciones a Derechos Humanos, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Sede México, Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5766/1.pdf>
- Najar, A. (2020). Dylan: qué se sabe del caso del niño localizado tras 44 días desaparecido en México y que reveló una red de trata de menores, BBC Noticias, Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53788377>
- Organización de Naciones Unidas (ONU), (2012). Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/66/457)] 66/138. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- Organización de Naciones Unidas (ONU), (2005). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

## Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). Caso Familia Barrios vs. Venezuela.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). Cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos n° 5: niños, niñas y adolescentes.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (1999), Sentencia Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2002), Opinión Consultiva OC-17/2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2006), Sentencia Servellón García y otros vs. Honduras.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2009), Sentencia Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2010), Sentencia Vélez Loor vs. Panamá.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2011), Asunto L.M. respecto Paraguay.



# Escuchar la voz de los niños, niñas y adolescentes. Los niños como sujetos de derechos

*Adriana Martínez Bedini<sup>1</sup>*

## **Análisis del fallo L.F.F.c/S.C.O. s/ Filiación. Expte N° 659/17**

Fallo del Juzgado de Familia y Sucesiones, de la ciudad de Monteros, Tucumán,  
República Argentina.

Jueza Dra. Mariana Rey Galindo

## **Síntesis del caso July**

Esta historia se inicia con la demanda (petición ante la justicia) que presenta el señor Roberto L., con el propósito de lograr el reconocimiento legal como padre biológico de July S.

Por esa acción judicial, lo que pretende Roberto L. es la impugnación de la filiación paterna del Señor Jorge S., quien figura como padre de July en el acta de nacimiento. R.L. indica que es el padre biológico de July, y es por eso que dirige la demanda en contra de J. S., quien reconoció a la niña como su hija. Cuenta

---

<sup>1</sup> Asesoría Adjunta de Menores – Equipo Abogado del Niño. Ministerio Público Tutelar  
adrianamartinezbedini@yahoo.com.ar

que con la mamá de July, Lucia C. tuvo una breve relación y que se casó con ella después que nació la niña.

La Jueza decide a los fines de garantizar los derechos de fondo y de forma (es decir los que ya se estaban ventilando sobre la identidad de July y su derecho a participar activamente en este juicio), librar un oficio al Colegio de Abogados del Sur, a fin de que proponga a algún profesional preferentemente especializado en materia de infancia, que sea el Abogado del Niño de July, para que pudiera asesorar y asistir técnicamente a la niña si ella lo quisiera.

Es en esta instancia que la magistrada decide convocar a July a participar en este proceso y le hace saber que tiene derecho a expresar su opinión y a tener asistencia técnica (abogado del niño).

Dado que la niña reside en la zona de Amaicha del Valle (lugar alejado del Juzgado y en zona de montañas –Valles Calchaquíes–) la jueza decide trasladarse al lugar de residencia de la niña y con profesionales de su juzgado psicóloga y psicopedagoga, escuchan a July.

July contó cómo está conformada su familia. Explico que tiene dos papás: Jorge y Roberto. Que su mamá vive en otro lado. Que tiene cuatro hermanos más, tres mujeres y un varón. Una hermana por parte del papá Jorge, otra hermana por parte del papá Roberto, más una hermana y un hermanito de meses por parte de la mamá. Que ella vive mitad del tiempo con Jorge (a quien llama “papito”) y parte del tiempo con Roberto (a quien llama “papá”).

Que comparte su vida con sus hermanas y hermanito. También expresó su preocupación, pues le “habían dicho que tenía que conversar con la jueza para elegir entre sus dos papás y que ella no quería hacerlo”. Continúa diciendo que ella quiere tener a los dos papás y quiere seguir llamándose July S.

Se le informó sobre el derecho que tiene a resguardar el acta [el papel donde se escribió lo charlado] en privado para que se preserve lo conversado, o bien que se agregue al expediente y pueda ser conocidos por otras personas. Con total claridad y contundencia pidió que se agregue al expediente.

July se presenta con su abogado del niño Centro de Acceso a la Justicia de Amaicha del Valle y solicita que se respete el derecho de identidad en el doble aspecto: dinámica y estática.

Entendemos a la identidad como el conjunto de atributos o características psicosomáticas que permiten individualizar a la persona en la sociedad en suma sería todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”.

La identidad estática: hace referencia a aquellas situaciones que tienen una tendencia a permanecer en el tiempo. Estos son los atributos de la personalidad como lo son el nombre, el sexo, la nacionalidad, el idioma de origen, el grado de parentesco biológico, huella digital, entre otras.

La identidad dinámica: es aquella que se encuentra en permanente construcción, en constante cambio, como lo es la edad, fisonomía, entorno socio-familiar, proyectos de vida, experiencias, entre otras cuestiones.

## Un caso, una historia

Esta sentencia es para Juli S., y sus dos papás: Roberto L. y Jorge S. July tiene una historia interesante. Ella es una niña de 9 años y vive en Amaicha del Valle, Tucumán. Concorre a la escuela N° 10 de Amaicha. Pasó a cuarto (4°) grado. Le gustan las matemáticas y quiere ser maestra cuando sea grande. Durante la semana vive con su papá Jorge (S.), su hermana Nair (S.) de 11 años, y doña Hilda, hermana de Jorge. Los fines de semana vive con su papá Roberto (L.) y su hermana Hade (L.).

La mamá de Juli se llama Lucía y vive en otro sitio. Allí –en la casa de su mamá– también tiene dos hermanos más pequeños. Ellos se llaman Ludmi y Nico, ambos son muy chiquitos.

July sabe que ella es hija biológica de Roberto. Pero que, cuando nació fue reconocida por Jorge. De todas maneras, ambos se comportan como auténticos papás de ella. Comparten todo. Ella reside tiempo en ambas casas, la del papito Jorge y la del papá Roberto. Así los nombra ella. Su vida y vida de los papás se organiza de esa manera.

July conoce perfectamente su origen. Vive conforme siente, es decir, que Jorge y Roberto son sus papás. Disfruta de su familia y de esa forma de vivir. Actualmente Jorge y Roberto –ambos– se encargan del cuidado y la crianza compartida de la niña.

A ello se suma, la misma tarea (cuidado y educación) que cada padre tiene de sus otras hijas. July comparte ambas familias y tiene vínculos no solo parentales sino fraternos fuertemente afianzados en el amor y el apego familiar (padres, madre, hermanas y hermano).

En definitiva, ella siente (pues así lo manifestó) que es hija de Jorge y Roberto. De uno tiene el apellido y el afecto, y del otro reconoce que es su padre biológico

e igual afecto. Vive con los dos. Comparte con ambas familias. Vivencia sus lazos de afecto con hermanas/o, tíos/as y abuelo/as cotidianamente. En la charla con la niña, ella explicó todo esto y de una forma tan simple como real. Y en la misma charla, se le preguntó a July si ella siente que tiene los dos papás, y nos dice que sí, le preguntaron si quiere tener a los dos papás en los papeles, como los tiene en la vida real, a lo que responde que sí.

Y eso que fue la pretensión más simple, pero más significativa y reveladora para resolver, exhorta al Estado a una reflexión profunda. A mirar lo esencial y no ser ciega ante la realidad de esta familia, al decir del Principito.

A lo que jurídicamente podría traducirse en la necesaria humanización de la Justicia y el proceso. El Código civil y comercial en vigencia reconoce dicha humanización o constitucionalización de la ley, pues así lo dejaron plasmado los redactores del Código Civil y Comercial Común en los fundamentos del Anteproyecto<sup>10</sup>.

El Derecho, como todas las demás ciencias humanas ha experimentado desde las primeras décadas del siglo XX profundos cambios a partir de una nueva concepción del ser humano, este ha dejado de ser un instrumento para convertirse en un fin en sí mismo, provocando el desapego a las doctrinas individualistas, patrimonialistas y formalistas que, por siglos, han inspirado y dominado la escena jurídica.

A partir de ahí, la Jueza se preguntó:

“— ¿Podría el Estado desoír la voz de July y su consecuente petición de “no elegir entre sus padres” (Jorge y Roberto)?

— ¿Acaso July tiene algo o a alguien que elegir en este proceso?

— ¿A quién se le ocurre que una hija elija entre dos padres a quienes ella ama?

— ¿Podría el Estado –en el actual sistema normativo– legalizar o legitimar que July tenga que posicionarse en alguna elección? (entre Jorge y Roberto)

— ¿Puede el Estado “elegir” por ella entre sus padres?

— ¿Cabría la posibilidad de desplazar a uno de ellos, ya sea por inexistencia de vínculo biológico o por el mero vencimiento de plazos legales?

— ¿Existe algún orden público capaz de impedir la continuidad del ejercicio real y efectivo de la paternidad por parte de Roberto y Jorge?

— ¿Podría resolverse la “cuestión del padre” en un laboratorio y mediante una prueba de ADN, en el que se confirme el origen biológico de July? O bien ¿podría resolverse “la cuestión del padre” por el solo transcurso del tiempo, supuestamente por inacción?

— ¿Qué tanto poder tiene el Estado para disponer —en esta historia— cuál de los dos señores es el verdadero padre?, ¿el legal o el biológico?”

Lo esencial es otra cosa. Solo desde el amor y el apego se construye la parentalidad (paternidad y maternidad). Es una creación diaria. Pues es necesario contar con el deseo y la demanda de aquellos que, de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la capacidad progresiva del niño, niña y adolescente, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

La familia de July en la conformación que tiene (dos padres y una madre), debe ser no solo reconocida como una realidad preexistente, sino que debe ser protegida y legitimada ante la sociedad y ante la ley.

## **La sentencia (copia textual del expediente)**

Es la parte del expediente que más me conmovió, la Juez Rey Galindo con palabras claras y sencillas, hasta cambia el tipo de letra a Comic sans para que sea más amigable para la niña. Le dice: “Juli tenés razón cuando decís ´ que no querés elegir entre tus dos papás ´. Tenés derecho a conservar a los dos, al papá Roberto y al papito Jorge. También tenés razón al no permitir a los grandes, y admiro tanta valentía, que te exijan ese tipo de elección. No hay nada que elegir. Vos no

tenés que elegir entre Jorge y Roberto. Porque según lo que hablamos y me hiciste saber, es que sentís que los dos son tus papás. Listo eso es lo importante. Y así lo voy a escribir en esta sentencia. Te anticipo que voy a reconocer legalmente ese derecho a tener a tus papás en los papeles (a los dos) y a reconocer el derecho a vivir de esa forma y en familia. Esto quiere decir, que voy a hacer que el Estado registre en tu acta de nacimiento a Roberto además de Jorge y Lucía. A los tres: con lo cual vos vas a tener en los papeles (acta) dos papás y una mamá. Y con eso, ellos tres tienen los mismos derechos y obligaciones (ellos con vos y vos con ellos). Básicamente las obligaciones de ellos tres son: cuidarte, acompañarte en la vida, y asegurar tu bienestar físico y económico (alimentos, vivienda, estudios, etc.). Entre ellos deben organizarse para cuidar de vos (autorizaciones recíprocas cuando vos salgas de viaje fuera del país o si decidieras casarte antes de los 18 años, derechos de comunicación con vos, cuidados personales”.

## Fundamentos del fallo

- El origen biológico de July no fue controvertido. (Roberto afirma ser padre biológico. Jorge no lo niega, solo aduce el vencimiento del plazo legal para la acción intentada).
- La niña conoce su procedencia biológica (es hija de Roberto).
- La familia nuclear (padres/niñas/hermanas y madre) y la familia ampliada (tíos y abuelos) funcionan sobre la base de los lazos afectivos, biológicos y legales. (Reconocen la coexistencia de ambas fuentes filiales en July biológica y socio afectiva).
- Roberto pretende ser emplazado legalmente como padre.
- Jorge intenta no ser desplazado como padre.
- July pide que se reconozca el derecho a conservar a sus dos papás.
- Básicamente (July Jorge y Roberto) coinciden en que desean preservar las relaciones familiares que tienen y sienten. Ser padres de July. Y de ella de ser hija de ambos.

Así las cosas, y tal cual funciona en la realidad, entiendo que July tiene razón en negarse a optar entre ellos. Porque en las condiciones que surgen del expediente, ambos cumplen con la función de padre. Ambos ejercen plenamente

las funciones parentales. Ambos le dan amor y se encargan de su cuidado. Con ambos vive y comparte. Tanto Jorge como Roberto se desempeñan como sus auténticos papás.

Esa es la historia de este caso. Esa es la realidad. Quizás este tipo de familia no fue siquiera concebida por quienes hacen las leyes (legislador), y si se la imaginó pues no le puso nombre. Sin embargo, no tener “un nombre para este tipo de familia “no significa que no exista. “Las acciones que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Se mantuvo la inscripción de Lucía C. como su madre, la niña continuará con el apellido S., pues así se nombra, se reconoce y desea seguir llamándose.

Esto es lo que se conoce como el derecho a la identidad en su faz dinámica y el impacto de la apertura al afecto como valor jurídico.

En definitiva, es respetar y legalizar la opción de vida de esa familia. Quiere decir, además, que ambos (Jorge y Roberto) serán legalmente los padres de Juli, y que uno y otro tienen la misma responsabilidad y derechos frente a la ley.

Quiere decir que Juli no tiene que elegir entre ellos.

## **Principios jurídicos**

### **a. Argumentos jurídicos y aspectos axiológicos**

La concepción multifacética e interdisciplinaria de la identidad repara en la importancia del tiempo y el afecto en desarrollo de la persona, a lo que el derecho no debe hacer oído sordo. El derecho Constitucional-Convencional nos impone considerar los contextos socioafectivos en los cuales se construye la identidad filiatoria.

El nuevo articulado abre la puerta del mundo jurídico al amor, como valor autónomo y capaz de producir efectos jurídicos en el reconocimiento de las relaciones tal cual son que la familia tiene la responsabilidad primordial en el cuidado y la protección de los niños, de manera que redunde en el interés superior de estos, y que los niños, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben crecer en el seno de una familia y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Igualmente insta a todos los Estados parte a que intensifiquen sus esfuerzos para cumplir las obligaciones que les impone la Convención sobre los Derechos del Niño de preservar la identidad del niño, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, tal como reconoce la ley, de proteger a los niños en cuestiones relativas al registro de nacimientos, las relaciones familiares.

En estos casos, el Estado está obligado a desarrollar una tarea de interpretación holística de las normas que conforman el Sistema Reglamentario Nacional. Esto quiere decir, coordinar el derecho de familia e interpretar sus mandatos a la luz de las pautas que indican los textos internacionales (Tratados Internacionales en los que Argentina es parte).

El Derecho Constitucional-Convencional de familia es el resultado del cruce entre los Derechos Humanos y Derecho de Familia y el escenario obligado sobre el cual se debe realizar cualquier análisis jurídico.

Cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. Convención Americana de los Derechos del Hombre y Convención de los Derechos del Niño.

Los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación: “...Los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes...”. La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir una deducción. De todos modos, queda clara y explícita en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así, se alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte.

Con relación a los tratados internacionales, cabe señalar que todos los que ha suscripto el país y resultan obligatorios, deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso.

## **¿Qué se entiende por interés superior del niño/a y adolescente?**

¿Qué se entiende por el interés superior de July? La confluencia con otros derechos esenciales.

La jurisprudencia nacional ha concebido al interés superior del niño como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto (...)”. Una definición aproximativa



caracteriza al interés del niño como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un niño dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto.

Al respecto, hemos sostenido que el interés superior del niño excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (del voto del Dr. Pettigiani,).

En esa línea de pensamiento –del mismo modo– importantes maestros del derecho, han dicho que el concepto de interés superior del niño se conecta con la idea de bienestar “en la más amplia acepción del vocablo, y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida”.

La ley 26.061 dice, al respecto, en su art. 3: “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar:

- a. Su condición de sujeto de derecho;
- b. El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c. El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d. Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e. El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f. Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

Habiendo esbozado el concepto, considero que en el caso concreto de July, su mejor interés se sintetiza en: a) reconocer y garantizar su derecho a mantener

los dos padres que en la vida personal (íntima y familiar) tiene y disfruta; b) reconocer que es un derecho de Juli “filiarse” como hija de Jorge por el vínculo afectivo y legal que los ensambla, e hija de Roberto por el vínculo biológico y afectivo que también los ensambla; c) proteger la familia de July en la forma que está conformada y los vínculos jurídicos-biológico-afectivos que los ubica en esa relación paterno/filial; d) abstener al Estado de cualquier injerencia ilícita en su vida privada so pretexto de aplicar normas internas en vigencia que impliquen transgredir el máximo bienestar de la niña, y en consecuencia vulnerar los estándares convencionales dominantes.

Todo aquello no es más que revalidar y consolidar en el marco de este proceso judicial el régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales de Juli. Y tal como lo establece la CADH (Pacto de San José de Costa Rica), reconocer que los derechos esenciales de la niña (identidad, protección de su nombre, protección de su familia y de los lazos parentales existentes) no nacen del hecho de ser nacional de nuestra República Argentina, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno.

## **La importancia del derecho a ser oído**

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y a que su opinión sea tenida primordialmente en cuenta en todo procedimiento judicial y administrativo que los afecte es un principio general que pareciera (o debería) ser conocido por todos. Tales derechos, como es sabido, fueron consagrados a nivel normativo por la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) y han sido incorporados a nuestro ordenamiento legal con la sanción de la ley nacional 26.061 que expresamente recepta el derecho de los niños a ser oídos, e incluso lo hace con un alcance mayor que el estipulado en el art. 12 de la CDN. En efecto, varios de sus preceptos postulan tal derecho. Además, esos postulados han sido recogidos por el nuevo Código Civil y Comercial que los fortaleció a partir de conjugarlos en un plexo normativo acorde a un enfoque de derechos humanos.

No obstante, si bien desde el punto de vista teórico-normativo es indudable que la escucha de los niños está expresamente reconocida en nuestro ordenamiento

legal, en el nivel de las prácticas concretas se presentan situaciones disímiles y se plantean diferentes interrogantes relativos a las modalidades en que los agentes judiciales y administrativos deben garantizar ese derecho, y también a la manera en que unos y otros los interpretan. En particular en los juicios de familia en los que los niños carecen de la calidad de “parte” (la que en general es detentada por padres, madres, abuelos, tíos o representantes de organismos públicos o privados, entre otros) el respeto del derecho de los niños y niñas a ser escuchados y a la debida consideración de su opinión, abre un abanico de cuestiones vinculadas a las condiciones, carácter, modalidades y oportunidad procesal del acto dirigido a oír la opinión del niño.

Las principales modalidades que adquiere el derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes en el marco de un proceso judicial, se vislumbran mediante sus dos expresiones: el derecho del niño a ser oído y a contar con la asistencia y patrocinio de un letrado de su confianza, Abogado del Niño. En este caso fue fundamental escuchar a July y que su palabra sea tenida en cuenta al momento de decidir sobre su filiación.

## **El rol del Abogado del Niño, Niña y Adolescente**

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula lo siguiente:

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

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (“la Convención”) es una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos; apunta a la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto, pero, por el otro, es sujeto de derechos. En el párrafo 1 se garantiza a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose

debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. El párrafo 2 afirma, en particular, que debe otorgarse al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño (“el Comité”) ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.

Desde que se aprobó la Convención en 1989, se ha logrado progresar notablemente a nivel local, nacional, regional y mundial en la elaboración de leyes, políticas y metodologías destinadas a promover la aplicación del artículo 12. En los últimos años se ha ido extendiendo una práctica que se ha conceptualizado en sentido amplio como “participación”, aunque este término no aparece propiamente en el texto del artículo 12. Este término ha evolucionado y actualmente se utiliza por lo general para describir procesos permanentes, como intercambios de información y diálogos entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo, en que los niños puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de esos procesos.

Los Estados partes reafirmaron su compromiso respecto del cumplimiento del artículo 12 en el vigésimo séptimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, celebrado en el 2022, sin embargo, el Comité observa que, en la mayoría de las sociedades del mundo, la observancia del derecho del niño a expresar su opinión sobre la amplia gama de cuestiones que lo afectan y a que esa opinión se tenga debidamente en cuenta sigue viéndose obstaculizada por muchas prácticas y actitudes atravesadas por barreras políticas y económicas. Si bien muchos niños experimentan dificultades, el Comité reconoce especialmente que determinados grupos de niños, sobre todo los niños y niñas más pequeños, así como los niños que pertenecen a grupos más vulnerables, enfrentan obstáculos particulares en la realización de ese derecho. El Comité también sigue estando preocupado sobre la calidad de muchas de las prácticas que sí se están realizando. Es necesario comprender mejor lo que implica el artículo 12 y cómo se puede aplicar plenamente para todos los niños.

5. En 2006 el Comité celebró un día de debate general sobre el derecho el niño a ser escuchado para estudiar el significado y la importancia del artículo 12, su vinculación con otros artículos y las lagunas, buenas prácticas y cuestiones prioritarias que debían abordarse para fomentar el disfrute de ese derecho. La observación general es resultado del intercambio de información que tuvo lugar ese día con participación de niños, la experiencia acumulada del Comité en el examen de los informes de los Estados partes y el considerable volumen de conocimientos y experiencia sobre la puesta en práctica del derecho consagrado en el artículo 12 por parte de gobiernos, organizaciones no gubernamentales (ONG), organizaciones comunitarias, organismos de desarrollo y los propios niños.

El objetivo principal de la observación general es apoyar a los Estados partes en la aplicación efectiva del artículo 12. En virtud de ese propósito pretende:

- Aumentar la comprensión del significado del artículo 12 y sus consecuencias para los gobiernos, las partes interesadas, las ONG y la sociedad en general;
- Abundar en el alcance de las leyes, las políticas y las prácticas necesarias para lograr la plena aplicación del artículo 12;
- Destacar los enfoques positivos en la aplicación del artículo 12, teniendo presente la experiencia del Comité en las labores de seguimiento;
- Proponer los requisitos básicos que deben cumplir los métodos adoptados para que se tengan debidamente en cuenta las opiniones de los niños en todos los asuntos que los afecten.

Indudablemente, el niño es una persona humana, a la cual le corresponden todos los derechos y garantías básicas que tanto la Constitución de un Estado como las Convenciones Internacionales confieren a cualquier persona, sin distinción de edad, al considerarla digna. A pesar de posibles interpretaciones restrictivas de la Convención, los niños son titulares del derecho de defensa, en todo proceso administrativo o judicial que los afecte, por tajantes disposiciones de la Constitución Nacional.

En este sentido, en la opinión consultiva 17 de la Corte Interamericana se señaló que en los procesos judiciales o administrativos que involucren a los niños se deben observar los principios y normas del debido proceso legal, atendiendo a las particularidades que se derivan de su situación específica, y que se proyectan razonablemente sobre la intervención personal en dichos procedimientos.

No obstante, no se desconoce que la titularidad de un derecho no implica su inmediata operatividad. En este sentido, es bienvenida la ley 26.061 de Protección

Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes ya que especifica las garantías reconocidas, extendiendo el derecho de defensa técnica a todo proceso administrativo o judicial que involucre al niño.

Así el artículo 27 inciso c de la ley 26.061 reconoce a todo niño, niña y adolescente el derecho a ser asistido por un letrado especializado en niñez y adolescencia, en todo proceso administrativo o judicial –sea civil, penal, laboral, administrativo– que lo afecte. Tal abogado deberá ser proporcionado gratuitamente por el Estado, en caso de que el niño, niña o adolescente carezca de recursos.

No deberá soslayarse el derecho de defensa técnica de los niños en los procesos administrativos, máxime cuando los mismos tienen potencialidad de ser restrictivos de derechos, como sucede en el caso de las medidas excepcionales de separación del medio familiar.

De modo evidente, el ingreso del abogado del niño al derecho nacional debe constituir una sugerente y fecunda manifestación que, como nuevo componente refuerce el proceso constitucional.

Siguiendo esta línea argumental, de nada valdría el derecho a ser oído sino se lo puede ejercer de un modo útil y eficaz. En este sentido, la defensa técnica contribuirá a que las manifestaciones del niño no adquieran para el intérprete cualquier sentido, sino solo aquel tendiente a la irrestricta defensa sus intereses particulares.

En este juicio la posibilidad de escuchar a July, de que su voz sea tenida en cuenta, fue fundamental para la decisión de la Jueza. El rol del Abogado del niño permitió a July poder expresarse hasta frente a las autoridades del Registro Civil.

## **Declara inconstitucionalidad del artículo 558**

Para poder avanzar con la doble filiación paterna de July fue necesario que la Jueza pida la inconstitucionalidad del art. 558 del CCCN en el párrafo que dice “...Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

El Código Civil deja afuera las familias pluriparentales, es decir, aquellas familias cuyos niños poseen más de dos filiaciones. En este caso en particular este artículo altera el principio de progresividad cimentado en el Art 75. Inc.) 22 de la Constitución Nacional que incorpora los Tratados de Derechos Humanos.

## Conclusión

No es una sentencia más donde se dirime los derechos a la identidad de una niña de 9 años a la que llamamos “July”, que vive en una localidad de Tucumán, que va a la escuela en su pueblo y le gustan las matemáticas y sueña con ser maestra.

A July al momento de nacer la reconoció como hija la pareja de su madre, Jorge, y así figura en su partida de nacimiento, pero ella siempre tuvo relación con su padre biológico al que llamaremos Roberto y quien fue que inicio el juicio de impugnación de la paternidad contra Jorge.

Ella tiene una excelente relación con sus “dos papas” así los llama ella, a una le dice “papito” y al otro “papa” y pasa algunos días con cada uno. (Vale aclarar que la mamá de July vive en otra ciudad) y que la niña se relaciona con toda su familia ampliada hermanos, tíos, abuelos, primos.

El juicio se desarrolló en la localidad de Monteros, ante el tribunal de familia y sucesiones a cargo de la Dra. Mariana Rey Galindo, quien en un fallo más humano que jurídico, escucho a Julio. Interpreto su “derecho a ser oído” ante el tribunal y se preguntó “¿Qué tanto poder tiene el Estado para disponer cuál de los dos señores es el verdadero padre? ¿El legal o el biológico”.

Y con palabras simple pero claras, hasta cambia el tipo de letra a comic sans para hacer sus palabras más amigables le dedica parte su sentencia a hablar con July: “...tenés razón cuando decís que ‘no querés elegir entre tus dos papás’. Tenés derecho a conservar a los dos, al papá Roberto y al papito Jorge. También tenés razón al no permitir a los grandes –y admiro tanta valentía– que te exijan ese tipo de elección. No hay nada que elegir. Vos no tenés que elegir entre Jorge y Roberto. Porque según lo que hablamos y me hiciste saber, es que sentís que los dos son tus papás. Listo eso es lo importante. Y así lo voy a escribir en esta sentencia. Te anticipo que voy a reconocer legalmente ese derecho a tener a tus papás en los papeles (a los dos) y a reconocer el derecho a vivir de esa forma y en familia. Esto quiere decir, que voy a hacer que el Estado registre en tu acta de nacimiento a Roberto además de Jorge y Lucía. A los tres: con lo cual vos vas a tener en los papeles (acta) dos papás y una mamá. Y con eso, ellos tres tienen los mismos derechos y obligaciones (ellos con vos y vos con ellos). Básicamente las obligaciones de ellos tres son: cuidarte, acompañarte en la vida, y asegurar tu bienestar físico y económico (alimentos, vivienda, estudios, etc.). Entre ellos deben organizarse para cuidar de vos (autorizaciones reciprocas cuando vos salgas de viaje fuera del

país o si decidieras casarte antes de los 18 años, derechos de comunicación con vos, cuidados personales...”.

Por qué este fallo es tan novedoso como humanitario, porque distingue muy bien entre identidad estática y dinámica, porque aporta la diversidad en la familia, pero sobre todo respeta un derecho fundamental de los niños y adolescentes a SER OIDO uno de los pilares del sistema de protección integral de derechos.

Se reconoce que July tiene una familia integrada por dos papas y una mamá y se ordena al registro civil a modificar su partida de nacimiento y que lleve los dos apellidos e invita a July y sus padres a charlar con ella para explicarle los alcances de su decisión.

Una sentencia increíble, donde se respeta los Derechos del Niño, donde se escucha a July, donde se acepta una forma de familia, basada en el amor y no en estereotipos.

Muchas veces en mi trabajo, veo como los jueces no tienen en cuenta la voz de los niños y adolescentes y fallos como este rectifican que estamos por el camino correcto. Una justicia real para niños reales.



## Bibliografía consultada

- (1989) *Convención de los Derechos del Niño*.
- (1948) *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*.
- Saint-Exupéry, A. d. (2014). *El principito*. Editorial Salamandra.
- Española, R. A. (2015, 6 enero). *Diccionario de la lengua Española RAE 23a. Edición, 1 vol.* Planeta Publishing.
- Machado, M. S., Española, R. A. & Judicial, D. P. (2016). *Diccionario del español jurídico* (edición en español). Ed. Espasa.
- Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. (2017). *Garantía de derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*. OEA.
- Feldman, G. E. (2002). *El pacto de San José de Costa Rica*. Rubinzal-Culzoni.
- Argentina. (2013). *Constitución de la Nación Argentina: incluye los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional*. Alianza Editorial.
- Tucumán, Argentina. (2010). *Ley 8293: Ley de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*.
- <http://www.saij.gob.ar/mario-masciotra-funcion-social-juez-codigo-civil-comercial-nacion-Argentina>. (2012). Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.
- Martínez Bedini, Adriana. (2020). “El amor por encima del Código”. Diario *Clarín*.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (2019). Resolución 74/133.
- Ballarin, Silvia. (2019). El derecho las familias como derecho del otro en condiciones de vulnerabilidad, *Revista de Derechos Familia y de las Personas* N° 11. Thomson Reuter.
- De La Torre, Natalia y Silva, Sabrina A. (2017). *Ampliando el campo de la pluriparentalidad: poliamor, socio afectividad y biología*. Publicado en: RDF: 2017-VI, 13/12/2017, 310. Cita Online: AR/DOC/4218/2017.

# Aportes de la psicología forense en un caso de abuso sexual a niño con condición de trastorno del espectro autista y discapacidad intelectual severa. Psicología forense y derechos humanos

*Claudia Alejandra González Bascur<sup>1</sup>*

## **Antecedentes**

### **Conceptualización de discapacidad**

De acuerdo con el preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, letra f, *discapacidad<sup>2</sup> es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

---

<sup>1</sup> Psicóloga, Magíster y Especialista en Psicología Jurídica y Forense (Universidad de La Frontera), Diplomada en Derecho Internacional de los DDHH y Diplomada en DDHH, Niñez y Políticas Públicas. Se ha desempeñado en salud mental pública, DAM y PRM (Servicio Nacional de Menores), URAVIT (Ministerio Público), CAVAS (Policía de Investigaciones de Chile), Unidad de Psiquiatría Infanto-Juvenil (Servicio Médico Legal) y Unidad de Protección de Derechos (Instituto Nacional de Derechos Humanos).

<sup>2</sup> Naciones Unidas. “Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. Consultado el 18 de septiembre de 2022. <https://acnudh.org/hoja-informativa-convencion-internacional-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad/>

## Magnitud del problema a nivel mundial

El Informe Mundial sobre la Discapacidad (OMS, 2011)<sup>3</sup>, señala que más de mil millones de personas viven con algún tipo de discapacidad (15% de la población mundial). Según la Encuesta Mundial de Salud (2011)<sup>4</sup>, cerca de 785 millones de personas (15,6%) de 15 años y más viven con una discapacidad. El proyecto sobre la Carga Mundial de Morbilidad estima una cifra próxima a los 975 millones (19,4%). Este último, mide las discapacidades infantiles (0-14 años), estimando que de 95 millones (5,1%) de niños, niñas y adolescentes (NNA), 13 millones de estos (0,7%) tienen “discapacidad grave”.

El Estado Mundial de la Infancia, Niños y Niñas con Discapacidad (2013)<sup>5</sup> señala que estos son entre tres y cuatro veces más propensos a ser víctimas de violencia. Las estimaciones sobre la prevalencia de la violencia contra los NNA con discapacidad eran de un 26,7% para las modalidades combinadas de violencia, de un 20,4% para la violencia física, y de un 13,7% para la violencia sexual. Las evaluaciones de riesgo dieron cuenta que NNA con discapacidad eran 2,9 veces más tendientes al flagelo de la violencia sexual.

El mismo estudio señala que NNA con discapacidades intelectuales, presentaban 4,6 veces más probabilidades de ser víctimas de la violencia sexual que sus compañeros que no se encontraban en dicha situación de discapacidad. Asimismo, plantea que, la vulnerabilidad de sufrir violencia, se da principalmente por: la obligación de atender a un NNA con discapacidad puede suponer una carga extraordinaria para los progenitores, con lo que aumenta el riesgo de que sufra malos tratos. Las cifras de NNA con discapacidad que ingresan a instituciones siguen siendo elevadas, siendo esto un importante factor de riesgo de agresión sexual y física. Y, por último, pueden ser especialmente vulnerables a los malos tratos, considerando su escaso desarrollo del lenguaje hablado.

---

<sup>3</sup> Organización Mundial de la Salud. Informe Mundial sobre la Discapacidad. Consultado el 18 de septiembre de 2022. <https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/302>

<sup>4</sup> Organización Mundial de la Salud. Encuesta Mundial de Salud. Consultado el 18 de septiembre de 2022. <https://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/documentos/discapacidad/DESTACADOS/ResumenInformeMundial.pdf>

<sup>5</sup> UNICEF. Estado Mundial de la Infancia. Consultado el 18 de septiembre de 2022. <https://www.senadis.gob.cl/descarga/i/1472/documento>

Finalmente, demostró que la violencia es un problema grave que afecta a NNA con discapacidad, en donde se observó la escasez de estudios en los países de ingresos medianos y bajos, que generalmente muestran índices poblacionales de discapacidad mayores.

## **Magnitud del problema a nivel nacional**

En Chile, 229.904 NNA, entre 2 y 17 años, se encuentran en situación de discapacidad (5,8%),<sup>6</sup> (SENADIS, 2015). La infografía obtenida, detalla que de estos NNA, un 7,2% son hombres y un 4,4% son mujeres. Se distribuyen geográficamente en un 6,1% en zonas urbanas, y en un 4,1% en zonas rurales. El primer quintil registra un mayor porcentaje con un 7,5%, en comparación a los otros quintiles. En hogares con menores ingresos se evidencia una mayor prevalencia de personas con discapacidad. No se hallaron diferencias significativas entre los/las NNA en situación de discapacidad, pertenecientes o no, a un pueblo indígena.

El mismo estudio da cuenta que, en relación con el tipo de déficit en salud, se aprecia que el 21,5% presenta dificultad mental o intelectual, un 15,6% presenta mudez o dificultad del habla, un 9,6% presenta dificultad física y/o de movilidad, un 3,6% presenta dificultad psiquiátrica, un 2,8% presenta ceguera o dificultad para ver aun usando lentes, y un 2,2% presenta sordera o dificultad para oír aun usando audífonos.

## **Prevalencia de delitos sexuales a NNA en Chile**

En el primer trimestre de 2021, la Policía de Investigaciones de Chile<sup>7</sup> registró un total de 1.686 víctimas y denunciantes en casos de delitos sexuales, cifra que

---

<sup>6</sup> Servicio Nacional de la Discapacidad. II Estudio Nacional de la Discapacidad. Consultado el 18 de septiembre de 2022. [https://www.senadis.gob.cl/pag/355/1197/ii\\_estudio\\_nacional\\_de\\_discapacidad](https://www.senadis.gob.cl/pag/355/1197/ii_estudio_nacional_de_discapacidad)

<sup>7</sup> Policía de Investigaciones de Chile. Delitos sexuales: balance primer trimestre 2021. Consultado el 18 de septiembre de 2022. <https://www.pdichile.cl/centro-de-prensa/detalle-prensa/2021/05/12/delitos-sexuales-balance-primer-trimestre-2021>

representa un 5% de aumento respecto a los 1.598 casos que se presentaron en 2020, en el mismo período.

Respecto de estas cifras entregadas por el organismo policial, se señala que el delito más frecuente es el de abuso sexual contra niños y niñas menores de 14 años, con 589 casos en 2020 y 691 en 2021. Si bien esto es un 17% más alto, el delito con mayor porcentaje de aumento (113%) fue el “abuso sexual de mayor de 14 años por sorpresa y/o sin consentimiento”, pasando de 75 víctimas a 160 de ellas.

Por su parte, el “abuso sexual impropio de menor de 14 años” es el tercer delito con más registros en el primer semestre de este año, con 135 casos, y un 15% de aumento respecto de igual período del año anterior.

Considerando tanto el primer trimestre de 2021 como del 2020, la mayor cantidad de víctimas se ubican en el rango de 0-13 años (781 casos); seguido por el de 14 a 17 (642). De acuerdo con el género, un 85% son mujeres.

Se buscaron datos de prevalencia en NNA con discapacidad mental o autismo en Chile, no hallándose resultados en la materia desde lo público en nuestro país.

## **Efectos de la violencia sexual en NNA con discapacidad mental**

De acuerdo con el estudio exploratorio llevado a cabo por la ONG Paicabí (2007)<sup>8</sup> acerca de indicadores de abuso sexual en NNA con discapacidad mental, dicho estudio señaló que estos/estas presentan mayores posibilidades de exteriorizar sus experiencias por medio de la conducta, considerando lo mermado de sus funciones cognitivas, lo cual les imposibilita llevar a cabo una integración de los significados de los eventos cotidianos que experimentan, en donde además existe un escaso desarrollo del lenguaje hablado, siendo la conducta la mejor forma de comunicación para transmitir lo que les sucede y lo que sienten. Por tanto, uno de los indicadores de mayor relevancia, son aquellos referidos a las alteraciones comportamentales, en donde destacan: las actividades sexuales

---

<sup>8</sup> ONG Paicabí. Estudio exploratorio descriptivo de las características de niños, niñas y adolescentes con discapacidad mental, que son percibidos como indicadores de abuso sexual por operadores psicosocioeducativos. Consultado el 18 de septiembre de 2022. [https://www.academia.edu/28506793/04\\_Violencia\\_Sexual\\_Infantil\\_Reflexiones\\_y\\_Debates\\_ONG\\_Paicabi\\_pdf](https://www.academia.edu/28506793/04_Violencia_Sexual_Infantil_Reflexiones_y_Debates_ONG_Paicabi_pdf)

compulsivas, las prácticas de seducción, la curiosidad sexual exacerbada y las conductas exhibicionistas.

Por tanto, se estima que es esperable que en la expresión de su sexualidad se aprecie: (a) mayor frecuencia de juegos sexuales públicamente, (b) conductas masturbatorias públicas, (c) conductas relativas a curiosidad sexual (observación o contacto físico generalizado con otros NNA o personas), (d) imitación de patrones conductuales observados en su entorno que los llevan a ensayar conductas sexuales, y (e) exploración corporal no intencionada hacia lo sexual, en el proceso de exploración y descubrimiento sensorial.

El mismo estudio plantea que, en estos casos, se observan elementos de agresividad y conductas autolesivas, como manifestación de sentimientos de rabia, tanto contra sí mismo como hacia su entorno más cercano, replicando el patrón abusivo del agresor, expresando de esta forma la repetición del trauma, con el consiguiente deterioro de su autoimagen y autoestima. Las prácticas de autoagresión podrían ser realizadas en zonas genitales (expresando sentimientos de dañar a través de romper, deteriorar, destruir u omitir dichas zonas corporales), produciéndose entonces una alteración con su propio cuerpo y con ello la imposibilidad de vivir adaptativamente, propiciándose entonces sentimientos de soledad expresados en retraimiento social. Asimismo, se observó ansiedad corporal (preocupación y angustia frente a la exposición del propio cuerpo), labilidad emocional, irritabilidad, pérdida de motivación y sentimientos de culpa y vergüenza.

## **Efectos de la violencia sexual en NNA con TEA**

En este caso, la escritora Claire Delano<sup>9</sup>, en su artículo en el cual aborda el estrés post-traumático en NNA con condición de TEA, señala que estos/estas podrían presentar juegos repetitivos, retraimiento social, ansiedad intensa, problemas de sueño, entre otros. A su vez, podrían observarse conductas regresivas (perder habilidades –como las verbales, sociales o motoras– que se dominaban anteriormente). Asimismo,

---

<sup>9</sup> Autism Parenting Magazine. The Relationship between Autism and PTSD. Consultado el 18 de septiembre de 2022. <https://www.autismparentingmagazine.com/autism-ptsd-relationship/>

podría darse un empeoramiento de problemas sensoriales (ser más propensos a la sobrecarga sensorial y a sobresaltarse más fácilmente). La evitación del tacto, es otro indicador, en donde la pérdida del gusto por el contacto físico, así como el desagrado y evitación de ciertas personas es una señal de alarma frente a la violencia sexual. Los síntomas físicos tales como dolores de cabeza o de estómago podrían aparecer como forma de afrontamiento de la violencia y el estrés. Las conductas autolesivas son también un eje a considerar.

## Marco jurídico

### 1. A nivel internacional

#### a. Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>10</sup>

La Convención sobre los Derechos del Niño, es el primer tratado internacional que incluye una referencia específica a la discapacidad; el Artículo 2 se refiere a la no discriminación de los NNA con discapacidad.

Del mismo modo, su artículo 23, aborda el derecho específico en materia de niñez y discapacidad: “Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a valerse por sí mismo y faciliten la participación activa del menor en la comunidad”.

#### b. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD)<sup>11</sup>

Este instrumento internacional tiene como propósito “proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (Art. N° 1, CRPD).

La CRPD, entonces, se refiere a la participación de dicho grupo de especial protección, en la formulación de políticas y acciones que les impliquen, definiendo a las personas con discapacidad como “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con

---

<sup>10</sup> Naciones Unidas. Convención de los Derechos del Niño. Consultado el 18 de septiembre de 2022. [https://www.unicef.cl/archivos\\_documento/112/Convencion.pdf](https://www.unicef.cl/archivos_documento/112/Convencion.pdf)

<sup>11</sup> Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Consultado el 18 de septiembre de 2022. <https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/crpd/pages/disabilitiesconvention.aspx>

diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2006<sup>a</sup>, artículo 1<sup>o</sup>). Por tanto, Discapacidad no es solo el enfoque biomédico, sino que plantea la restricción de la participación plena provocada por las barreras sociales. Al respecto, cabe consignar que Chile ratificó la CRPD y su Protocolo Facultativo el 29 de julio de 2008.

La adopción de esta Convención, como instrumento jurídico vinculante, obliga al Estado de Chile a promover, proteger y garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad y asegurar que gocen de plena igualdad ante la ley. Además, y muy principalmente, obliga a adaptar sus ordenamientos jurídicos para que las personas con discapacidad puedan acceder a sus derechos.

En su Artículo 13 se aborda el Acceso a la Justicia, el cual señala:

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

En su Artículo 7, se refiere especialmente a niños y niñas con discapacidad, estableciendo lo siguiente:

1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.

3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.



## 2. A nivel nacional

### a. Constitución Política de la República de Chile<sup>12</sup>

La normativa interna en nuestro país, se refiere a las personas en situación de discapacidad, primeramente en la Constitución Política de la República de Chile, la cual consagra en su artículo 1° la igualdad de las personas en dignidad y derechos, y en su artículo 19 numerales 2° y 3° asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, de forma que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”, a la vez que reconoce “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

De esta forma, la Carta Fundamental, enfatiza respecto del bien común, la igualdad y no discriminación respecto de todas las personas que habitan en nuestro país, incluyendo a las personas con discapacidad.

Asimismo, consigna que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantía que esta constitución establece”.

### b. Ley N° 20.422: Establece Normas Sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad

Esta ley fue promulgada el 3 de febrero de 2010 y publicada el 10 de febrero de 2010, y en su artículo N° 1 establece que “su objeto es asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin de obtener su plena inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad”.

El artículo 5 de la Ley N°20.422 define a la persona con discapacidad como “aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presenten en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

---

<sup>12</sup> Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. Constitución Política de Chile. (1980). Consultado el 18 de septiembre de 2022. <https://www.bcn.cl/formacioncivica/constitucion.html>

De este modo, define igualdad de oportunidades como la ausencia de discriminación por razón de discapacidad y la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social.

Simultáneamente, esta ley establece la creación del Servicio Nacional de la Discapacidad, SENADIS, el Comité de Ministros para la Discapacidad –que posteriormente, y en virtud de la ley 20.530 se implementa a través del Comité Interministerial de Desarrollo Social– y el Consejo Consultivo de la Discapacidad, organismos que trabajarán para abordar los desafíos que genera la plena inclusión social de las personas con discapacidad.

## **Acceso a la Justicia en Chile de las Personas con Discapacidad**

La Política Nacional para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad 2013-2020<sup>13</sup>, en materia de acceso a la justicia, tiene por objeto velar por el efectivo acceso a la justicia de las personas con discapacidad, e informarles sobre sus derechos. Para la consecución de este fin se deberán desarrollar programas de capacitación, en conjunto con el Poder Judicial, para quienes trabajan en la administración de justicia, sea del sector privado o público, incluido el personal policial y penitenciario.

En lo que concierne a sus lineamientos estratégicos señala que el acceso a la justicia no debe ser entendido solo como una oportunidad formal, sino como la inserción de estrategias activas. El nuevo paradigma sobre discapacidad se centra en las habilidades (más que en las deficiencias) y en la eliminación de los obstáculos del entorno, propiciando de ese modo el acceso y la inclusión activa en el sistema general de la sociedad, lo que incluye obviamente el acceso a la justicia.

---

<sup>13</sup> Servicio Nacional de la Discapacidad (2013). Política Nacional para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad 2013-2020. Consultado el 18 de septiembre de 2022 [https://www.senadis.gob.cl/sala\\_prensa/d/noticias/3552/presidente-pinera-presenta-la-politica-nacional-para-la-inclusion-social-de-las-personas-con-discapacidad](https://www.senadis.gob.cl/sala_prensa/d/noticias/3552/presidente-pinera-presenta-la-politica-nacional-para-la-inclusion-social-de-las-personas-con-discapacidad)

Congruentemente, el Estado debe velar porque la administración de justicia esté debidamente preparada tanto a nivel de concienciación y capacitación de sus funcionarios/as, como a nivel de la accesibilidad de su infraestructura, comunicaciones y procedimientos, para que las personas con discapacidad puedan recurrir, en igualdad de condiciones con los demás, a las instancias judiciales que requieran.

Además, las políticas y estrategias del Estado han de procurar que la oferta pública y privada de asesoría jurídica y defensoría de derechos, sin crear instancias paralelas o especiales, logre el grado de conocimiento y especialización que permita a las personas con discapacidad obtener la ayuda en sus problemas de relevancia jurídica, acorde con sus necesidades, especialmente si sus derechos han sido vulnerados o han sido discriminados arbitrariamente por su discapacidad.

Es así como, en el ámbito de acceso a la justicia, se han definido los siguientes lineamientos estratégicos:

- Promover y difundir los derechos de las personas con discapacidad
- Promover la formación y capacitación en materia de discapacidad, de los/las funcionarios/as y magistrados de la administración de justicia, con pleno respeto a la autonomía de dicho Poder del Estado
- Procurar que se generen las adecuaciones a los procedimientos y la gestión de la administración de la justicia, a efectos de resguardar su accesibilidad para cualquier persona con discapacidad que haya de intervenir en cualquier calidad en un procedimiento judicial, en colaboración con el Poder Judicial
- Colaborar en el fortalecimiento del modelo de intervención jurídica para los casos en que las personas con discapacidad sean vulneradas en sus derechos o sean discriminadas arbitrariamente por su discapacidad
- Incorporar la variable discapacidad en las políticas de seguridad ciudadana, tanto en su diseño como en su ejecución, en la formación, capacitación y protocolos de acción de las policías y encargados/as penitenciarios/as
- Fomentar el desarrollo de conocimiento jurídico en materia de derecho y discapacidad, apuntando hacia el respeto efectivo de la autonomía e independencia de las personas con discapacidad, como supuesto básico a través del cual ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás, y que sirva de base para el desarrollo de un proceso de adecuación normativa.

## **Evaluación pericial psicológica**

### **Antecedentes del caso**

Se recepciona por parte de un organismo pericial estatal, una solicitud del Ministerio Público, la cual ordena: “pericia psicológica del niño, determinando si existen antecedentes de alguna agresión sexual de la cual haya sido víctima”.

De este modo, la perito psicóloga a cargo de dicha evaluación, realiza como parte de la preparación del caso, una lectura y análisis forense exhaustivo de la carpeta investigativa, con el objeto de plantear las hipótesis en torno a la posible ocurrencia del caso, así como del eventual daño psicológico asociado a los hechos bajo investigación. Todo lo anterior con el propósito de diseñar la estrategia de recolección de información, por parte del niño, como por parte de su madre, y las técnicas a utilizar en el examen pericial.

Dicha carpeta contenía antecedentes tales como: que el niño cuenta con 10 años, presenta diagnóstico de trastorno del espectro autista y discapacidad intelectual severa (72,5%). La denuncia fue efectuada por la madre del niño, tras haber sorprendido a su esposo – y padrastro del niño– efectuando tocaciones en la zona glútea del niño. Luego de ello, el niño habría develado a su madre que habría sido víctima de agresiones sexuales reiteradas en su zona glútea con el pene del denunciado. El niño previamente habría tenido conductas de tocar a otros compañeros en la zona genital, por lo cual el establecimiento educacional en donde el niño asistía y en donde ocurrieron estas tocaciones entre niños, también apoyó la denuncia de la progenitora, determinándose, por parte del tribunal, la salida inmediata del denunciado del hogar común, con el objeto de asegurar la debida protección del niño y así interrumpir la presunta violencia sexual. El niño se encontraba con apoyo farmacológico de Ritalín, con el propósito de controlar sus conductas disruptivas (rabietas), asociado esto último al diagnóstico de TEA. Cabe consignar que el imputado tenía antecedentes penales por una causa similar de violencia sexual.

### **Ajustes y apoyos implementados en la evaluación pericial psicológica**

De este modo, y a partir del estudio de la situación de NNA con discapacidad mental y su derecho al acceso a la justicia, es que se tuvo en consideración que dicho niño pudiera participar de la diligencia investigativa encomendada por la

fiscal a cargo del caso, y de este modo indagar cuáles serían los ajustes y apoyos que el niño debería recibir a causa de su situación de discapacidad.

Entre ellos, se pensó en una sala de entrevista con la menor cantidad de estímulos que pudieran estresarlo y/o distraerlo, por lo cual se adaptó una sala que contuviese una mesa y dos sillas, contando con temperatura ambiente adecuada para la realización de la entrevista pericial. Del mismo modo, se atendió al niño y su madre de manera puntual, sin hacerlos esperar para el ingreso a la sala de entrevista, y de este modo, no propiciar que el niño se desconcentrara. Se le pidió a la madre previamente, que llevase algún tipo de alimentación y líquido al niño para que no presentara desatenciones por falta de comida o agua. La sala de espera, por su parte, se encontraba acondicionada con mesa y sillas para niños/as y con televisión en donde pasaban dibujos animados. Se les mostró dónde estaba el baño, y se le señaló al niño que, en caso de desear ir, lo haría solo junto a su madre, a quien podría llamar cuando él quisiera. Respecto del consentimiento informado, se le explicó al niño que se encontraba allí para hablar de lo que le había ocurrido, y que podía irse cuando él quisiera.

Se hizo pasar a la madre y al niño, saludando al niño con actitud cercana y respetuosa, a través de una sonrisa, voz suave y lenguaje cercano. De este modo, fue posible por parte de esta perito observar al niño en su comunicación con la madre, quien entendía perfectamente lo que el niño trataba de decirle, así como él, entendía muy bien lo señalado por su madre. Esta observación, permitió comprender que, si bien el niño contaba con un lenguaje básico y rudimentario, era posible dialogar con él, sobre la base de frases cortas. Así también, el niño exploró la sala, tocando la persiana de la ventana, mirando por la ventana de la sala, y caminando por esta, tocando también el mouse y el teclado del computador en donde se toman notas de la entrevista.

Se entrevistó a la madre y al niño respecto de los antecedentes del desarrollo y experiencias vitales, observándose un retraso importante en lo que se refiere a la adquisición del lenguaje, control urinario y anal tardío, escasos vínculos con pares y adultos externos a la familia, y escasa comunicación con personas ajenas a su familia. Sin embargo, con su madre y abuelos maternos, el niño mantenía una propicia comunicación, de acuerdo con el relato de la madre, observándose esto como una oportunidad en lo que se refiere a la realización del peritaje.

Tras la primera parte de la entrevista conjunta al niño y su madre, se entrevistó a la madre de manera individual, quedándose el niño en la sala de espera a

cargo de las administrativas del Centro Pericial, con el objeto de indagar sobre el vínculo entre el imputado y el niño, el inicio de la causa judicial, y especialmente en relación con la conductas protectoras de la madre y familia extensa (abuelos maternos), credibilidad al niño sobre los hechos bajo investigación, aspectos de la develación y eventuales cambios psicológicos en el niño, así como también respecto de cualquier otro antecedente en torno a la protección del niño. Obtenida esta información, se observó que la madre y el resto de la familia creían en lo mencionado por el niño, habiendo el padrastro sido expulsado de la casa en donde la madre vivía con el niño, pese a las dificultades económicas que habrían devenido de ella, pero con actitud responsable y apoyadora de su hijo, estando la madre en activa búsqueda de trabajo para paliar las dificultades económicas que habrían surgido como consecuencia de la demanda al ya no estar más en pareja con el padrastro del niño. En torno a los presuntos cambios del niño, la madre señaló que el niño habría efectuado tocaciones en sus genitales a otro niño en la escuela especial en donde asistía, presentando sentimientos de rabia e irritabilidad, así como desánimo.

Tras finalizar la entrevista con la madre, se efectuó entrevista al niño, registrándose esta en audio, con el permiso de la madre y el niño –previamente– en donde se dedicaron aproximadamente 20 minutos en el establecimiento del vínculo pericial, con el objeto de que el niño se sintiera cómodo con la perito, por lo cual se hablaron tópicos tales como sus actividades favoritas, sus dibujos animados preferidos, el colegio, sus compañeros de curso, su familia (madre y abuelos maternos), las partes del cuerpo, lugares tales como arriba-abajo, izquierda-derecha, logrando precisar todos los ámbitos indagados. Para ello, se concentró la atención primeramente en comprender su lenguaje hablado, el cual ya había sido observado –inicialmente– al entrevistar a su madre y a él en conjunto.

El niño dio cuenta en sesión de la naturaleza de la acción transgresora en la esfera de la sexualidad de la cual había sido víctima, identificando a su agresor, quien era su padrastro. Fue posible observar que su capacidad de simbolización, no se encontraba presente, por lo cual no se indagó respecto del daño psicológico, considerando que para efectuar dicho proceso psicológico, se debe usar la mentalización. Considerando las mermadas capacidades cognitivas del niño, no se le consultó por su autopercepción del daño, qué síntomas ha presentado o desde cuándo, ya que dichas indagaciones no tendrían una respuesta por parte del niño, debido a su escasa capacidad de análisis y reflexión, necesarios para dicha tarea.

Sin embargo, la entrevista con la madre, había dado luces acerca del impacto tras las afectaciones ya mencionadas, las cuales fueron certificadas además con informes escolares del niño, así como también con informes del proceso terapéutico del niño, que daban cuenta del daño psicológico observado por profesionales especializados en violencia sexual hacia la niñez. De este modo, se estableció consistencia entre la entrevista realizada a la madre y los informes emitidos por otros profesionales asociados al caso.

En cuanto a la metodología implementada, se utilizó el Análisis de la validez de las declaraciones (SVA), sin efectuar análisis de credibilidad de testimonio a través del análisis de contenido o análisis criterial, toda vez que pudo establecerse validez del procedimiento a través de los tópicos analizados.

## **El informe pericial psicológico**

Las conclusiones del informe pericial dieron cuenta de los antecedentes de anamnesis del niño, descripción de su funcionamiento psicológico, en donde se expuso al tribunal que presentaba un desarrollo disarmónico entre sus áreas cognitiva, afectiva e interpersonal, un pensamiento de tipo preoperacional, con interferencias importantes en su memoria, análisis y reflexión, no contando con capacidad de simbolización, no logrando referirse a sus afectos a través de la identificación y etiqueta de estos, no logrando distinguir verdad de mentira, no pudiéndose descartar si era o no sugestionable.

Respecto de los hechos bajo investigación, se informó que el niño dijo en la pericia una frase breve y reiterativa durante gran parte de la entrevista, no siendo capaz de ampliar la información al ser consultado, dado el funcionamiento psicológico recién descrito (“papá, eh poto eh pene”). Sin embargo, se consideró la conducta analógica del niño, en donde indicaba con su dedo su zona genital y glútea. Se expusieron los criterios de validez del procedimiento, y se explicó cómo se analizó el descarte o confirmación de las hipótesis.

Acerca del daño psicológico, se sostuvo la consistencia entre los informes escolares y del centro especializado con la entrevista de la madre, explicándose por qué no se indagó esto con el niño.

Finalmente, se expuso que, se estimaba que las breves referencias otorgadas por el niño, eran consistentes con la vivencia de agresión sexual bajo investigación.

## La audiencia de juicio oral

Se presentaron antecedentes de la individualización del niño, edad y nivel escolar. Se mencionó la solicitud específica del Ministerio Público, la metodología implementada, los antecedentes diagnósticos de trastorno del espectro autista y discapacidad intelectual severa, así como los hitos del desarrollo, y lo tardío de algunos de ellos.

Se informó al tribunal de los resultados obtenidos de la entrevista con la madre, y el despliegue de la entrevista pericial, con los ajustes y apoyos implementados para un caso como este, de un niño en situación de discapacidad mental.

Al respecto, se citó la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus artículos 7 y 13, sobre NNA con discapacidad y acceso a la justicia, respectivamente, dando cuenta del funcionamiento psicológico del niño, y su debilitada capacidad de simbolización y sus dificultades para llevar a cabo procesos mentales tales como el análisis y la reflexión.

Se contestaron las preguntas de la Fiscalía y las de la Defensoría Penal Pública, no habiendo consultas del parte de los jueces/as del tribunal.

La fiscal a cargo del caso, informó a esta perito que el caso había concluido en una condena en contra del imputado, recibiendo felicitaciones y agradecimientos de parte de la fiscal, en torno a la metodología implementada para un niño con discapacidad.

## Conclusiones

La fenomenología de las agresiones sexuales implica conocer a autores clásicos en la materia tales como Perrone y Nanini, Finkelhor, Echeburúa, entre otros; y son la base de todo psicólogo/a forense que trabaje en delitos sexuales. Sin embargo, en materia de discapacidad, muchas veces, se tiende a dejar estos casos de lado, pensando que, desde la víctima, no se obtendrá la declaración necesaria. Sin embargo, este caso, nos invita a reflexionar acerca de las metodologías que se emplean de manera estándar, sin ajustarlas a las necesidades de NNA con discapacidad.

De esta manera, al conocer además, la normativa internacional de los DDHH, y no solo la normativa interna de nuestros países en materia penal, logramos conocer aquello a lo que estamos llamados: dar respuesta especializada a los



operadores del sistema judicial, considerando nuestras competencias y conocimientos técnicos en diversas materias que atañen a la niñez.

La escasez de artículos a nivel nacional en materia de niñez, discapacidad y violencia sexual, observada en la búsqueda de material que pudiera aportar a la ilustración de este caso, e inclusive en su preparación, fue motivación para sacar adelante la tarea encomendada por el Ministerio Público.

De esta manera, se cumplió con la normativa internacional de los DDHH y con aquella interna, en materia de delitos sexuales y protección a la niñez.

En virtud de lo precedentemente expuesto, es necesario comprender que, en relación con la merma de capacidades psicológicas de los/las niños y niñas víctimas de violencia con discapacidad, el actuar de quienes operan el sistema judicial no implica descartar o desechar ciertas causas; sino más bien, identificar a peritos psicólogos que no solo manejen la técnica de la evaluación pericial, sino también, que puedan efectuar peritajes a la luz de los DDHH.

Por cierto, resulta fundamental en materia de investigación penal: poner el foco investigativo también en otras instancias, tales como en los informes policiales que tengan declaraciones de testigos presenciales, testigos de oídas, análisis del sitio del suceso, análisis de fichas médicas, análisis de historial escolar, pericias criminalísticas, pericias bioquímicas, que permitan obtener evidencia científica respecto de la participación o no de ciertas personas en los hechos investigados, entre otras.

Considerando esto, la protección de las víctimas se vuelve fundamental por parte del sistema judicial. El llamado está, entonces, en mejorar los estándares de investigación de los sucesos violentos en contra de NNA con discapacidad intelectual y, en paralelo, generar estrategias adecuadas y pertinentes para la protección de estas víctimas con todos los ajustes necesarios para su debida implementación, tal como lo exige la CDN y la CRPD.

Se observa como fundamental, que quienes los abordan desde el ámbito pericial, deben mantenerse capacitados en el trato especial que deben tener los NNA en situación de discapacidad, otorgando tiempo y espacio para conocer su lenguaje, recurrir a personas que conozcan y faciliten su expresión verbal, efectuar una observación clínica de su conducta analógica, y analizar los cambios emocionales o conductuales que los NNA han presentado en el tiempo, con el objeto de poder vincularlos o no, a los hechos bajo investigación. Es por ello, que resulta importante, formarse como peritos en materia de DDHH y las normativas existentes para grupos de especial protección.

## Recomendaciones

En virtud de lo recientemente expuesto, se recomienda para casos de NNA en situación de discapacidad, lo siguiente:

- Fomentar y asegurar la participación de los/las niños y niñas con discapacidad en el proceso judicial que se inicia en pos de su protección e interrupción del maltrato. Esto implica que deben tener acceso a todas las diligencias que el sistema judicial tenga para esclarecer los hechos vulneratorios y/o constitutivos de delitos en lo que concierne a la investigación de los hechos transgresores.
- Reconocer, de modo igualitario, a NNA con discapacidad ante la ley. Para ello se deberán efectuar las modificaciones necesarias en materias civiles, penales y procesales. De este modo, podrán participar en los procesos judiciales que les atañen.
- Capacitar permanentemente a los/las funcionarios/as públicas en materias de niñez y discapacidad, con el objeto que los/las operadores/as del sistema judicial cuenten con formación técnica especializada no solo en materias jurídicas propias de su especialidad, sino también en adquirir herramientas técnicas que les permitan abordar y tratar a los/las niños y niñas con discapacidad en instancias tan comunes como lo es el saludarse y establecer un encuadre mínimo con el/la niño/niña, sin perjuicio que estos/as deban actuar junto a un/a facilitador/a
- Contar con profesionales facilitadores/as en temáticas de niñez y discapacidad en todos los organismos judiciales, que permitan acceder a la información analógica y conductual de los/las niños y niñas en instancias de diligencias de un proceso de investigación. Esto es en las policías, Ministerio Público, Servicio Médico Legal, Servicio Mejor Niñez, y sus organismos colaboradores, centros de salud de carácter público, etc. Estos facilitadores también son de suma importancia en el acceso de los/las niños y niñas ante instancias tales como audiencias de juicio
- Efectuar peritajes psicológicos especializados a niños y niñas con discapacidad, de manera tal que sean los/las peritos quienes determinen su funcionamiento psicológico, capacidades testimoniales, análisis de elementos de relevancia clínico-forense; para lo cual estos/estas peritos deberán acreditar formación técnica especializada en materia de disca-

pacidad. En este sentido, cabe relevar la importante función profesional ejercida por funcionarios/as de los organismos acreditados para ello tales como el Servicio Médico Legal, el Centro de Atención a Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS) de la Policía de Investigaciones de Chile, y los Centros de Diagnóstico Ambulatorios (DAM) dependientes del Servicio Mejor Niñez, y los peritos acreditados por el Poder Judicial.

- A lo anterior se suma la nueva diligencia de Entrevista Videgrabada, en donde quienes la realicen, es decir funcionarios/as de la Policía de Investigaciones de Chile, Carabineros de Chile y el Ministerio Público deberán contar con capacitación no solo en temáticas de Psicología Forense, sino también con competencias para el abordaje técnico de NNA con discapacidad intelectual. Lo mismo por parte de los funcionarios/as del Poder Judicial a través de jueces/juezas y funcionarios/as acreditados/as que pudieran ser elegidos/as como intermediarios/as en la declaración judicial. Esto también aplica para los/las entrevistadores/as que deberá proveer el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en caso de ser los anteriores, insuficientes
- Las tomas de declaraciones ante efectivos policiales o Ministerio público serán efectuadas con profesionales idóneos para dichos fines, es decir, con acreditación en la materia. De lo contrario, no se aplicarán dichas diligencias, lo cual será comunicado al Fiscal a cargo de la investigación
- Eliminar todas aquellas barreras de acceso a la justicia, en los/las operadores/as del sistema; esto es, impartiendo capacitaciones en materia de derechos humanos de personas con discapacidad
- Educar en materia de discapacidad, por parte de universidades, de las Escuelas de Medicina, Derecho y Psicología, quienes deberán efectuar propuestas técnicas a los operadores judiciales y a la comunidad desde un enfoque de diversidad
- Otorgar accesibilidad, por parte del sistema judicial, a las personas con discapacidad, de manera tal que estos/as puedan comprender las diversas instancias del proceso judicial, esto es, que conozcan sus derechos y garantías, y el modo de tramitación de estos

## Bibliografía

- Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. Constitución Política de Chile. (1980). Recuperado desde <https://www.bcn.cl/formacioncivica/constitucion.html>
- Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. Ley 20.422. Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. (2010). Recuperado desde <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1010903&idParte=>
- Naciones Unidas. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad -CRPD (2008). Recuperado desde <https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/crpd/pages/disabilitiesconvention.aspx>
- Organización Mundial de la Salud (2019). Discapacidad. Recuperado desde <https://www.who.int/topics/disabilities/es/>
- Organización Mundial de la Salud (2019). Informe Mundial de la Salud. Recuperado desde [https://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/summary\\_es.pdf](https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/summary_es.pdf)
- ONG Paicabí (2017). Estudio exploratorio descriptivo de las características de niños, niñas y adolescentes con discapacidad mental, que son percibidos como indicadores de abuso sexual por operadores psicosocioeducativos. Consultado el 18 de septiembre de 2022. Recuperado desde [https://www.academia.edu/28506793/04\\_Violencia\\_Sexual\\_Infantil\\_Reflexiones\\_y\\_Debates\\_ONG\\_Paicabi\\_pdf](https://www.academia.edu/28506793/04_Violencia_Sexual_Infantil_Reflexiones_y_Debates_ONG_Paicabi_pdf)
- Policía de Investigaciones de Chile. Delitos sexuales: balance primer trimestre de 2021. Recuperado desde <https://www.pdichile.cl/centro-de-prensa/detalle-prensa/2021/05/12/delitos-sexuales-balance-primer-trimestre-2021>
- Servicio Nacional de la Discapacidad – SENADIS (2013). Estado Mundial de la Infancia, Niños y Niñas con Discapacidad. Recuperado desde <https://www.senadis.gob.cl/descarga/i/1472/documento>
- Servicio Nacional de la Discapacidad (2013). Política Nacional para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad 2013-2020 Recuperado desde [https://www.senadis.gob.cl/sala\\_prensa/d/noticias/3552/presidente-pinera-presenta-la-politica-nacional-para-la-inclusion-social-de-las-personas-con-discapacidad](https://www.senadis.gob.cl/sala_prensa/d/noticias/3552/presidente-pinera-presenta-la-politica-nacional-para-la-inclusion-social-de-las-personas-con-discapacidad)
- Servicio Nacional de la Discapacidad -SENADIS (2015). II Estudio Nacional de la Discapacidad. Recuperado desde <http://endisc.senadis.cl/infografianinos/>
- UNICEF. Convención de los Derechos del Niño. (1989). Extraído desde [https://www.unicef.cl/archivos\\_documento/112/Convencion.pdf](https://www.unicef.cl/archivos_documento/112/Convencion.pdf)

# Análisis epistemológico del trastorno del espectro autista y los derechos constitucionales niños, niñas y adolescentes en el Ecuador

*Iliana López Ruiz<sup>1</sup>*  
*Amparo Verónica Burbano Coral<sup>2</sup>*  
*Juan Fernando Jaramillo Mantilla<sup>3</sup>*

## Introducción

En la actualidad muchos son los criterios que rondan sobre la crítica razonada referente al Trastorno del Espectro Autista (TEA), más allá de analizar fundamentos, conceptos y condiciones clínicas de esta condición, que a todas luces es igual de importante, resulta inminente examinar este fenómeno desde sus alcances dentro del contexto jurídico de un Estado Constitucional de derechos como lo es el Ecuador. Dilucidar las implicaciones que representa el TEA frente al reconocimiento de derechos constitucionales de las personas que lo padecen, sobre todo si se trata de niños, niñas y adolescentes, es uno de los comienzos para contextualizar si realmente existen o no vulneraciones de derechos a estos grupos vulnerables.

---

<sup>1</sup> Universidad De Otavalo [ilopez@uotavalo.edu.ec](mailto:ilopez@uotavalo.edu.ec)

<sup>2</sup> Universidad De Otavalo [fridaverito@live.com](mailto:fridaverito@live.com)

<sup>3</sup> Universidad De Otavalo [juanfjpsico@hotmail.com](mailto:juanfjpsico@hotmail.com)

La protección y tutela a los derechos fundamentales y constitucionales de las personas con TEA se manifiestan desde los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos hasta la normativa interna, específicamente en el caso del Ecuador y sus mecanismos de protección de derechos. Sin embargo, de ello, cuando se habla de tutelar derechos, el contexto se complejiza bastante sobre todo cuando se analizan los medidos normativos e institucionales concebidos para tales fines.

Como se analizará más adelante uno de los elementos más contradictorios que presenta el TEA, es precisamente su diagnóstico, de ahí que el objetivo esencial sea analizar de manera crítica y a la luz de un caso concreto la incidencia directa que tiene una adecuada actuación de tutela de derechos por parte del Estado frente a las vulneraciones de derechos de las personas que padecen TEA, especialmente los niños, niñas y adolescentes, cuya situación de dependencia por su edad los coloca en una situación de doble vulnerabilidad.

La investigación realizada es de tipo cualitativa descriptiva, bajo el diseño documental. Donde se utiliza de manera inicial el método cualitativo de investigación científica. Esencialmente en lo que se refiere a la recolección de información. La problemática se analiza descomponiéndola en sus elementos más relevantes; en un primer momento se estudia las definiciones y elementos más relevantes del diagnóstico del TEA, posteriormente se realiza un examen de los derechos constitucionales reconocidos a las personas con discapacidad, especialmente si se trata de niños, niñas y adolescentes con TEA. Es así como se va construyendo un esbozo para llegar a establecer cómo se evidencian las vulneraciones de derechos desde el punto de vista institucional en lo referente a derechos como el de igualdad y no discriminación, derecho a la salud derecho a la educación, desde una perspectiva inclusiva para los niños, niñas y adolescentes con TEA.

## **Trastornos del espectro autista: antecedentes y definiciones**

Durante el último siglo, el Autismo ha enfrentado varios periodos dentro de la discusión de la clasificación y descripción de esta enfermedad, así como en los manuales diagnósticos de las enfermedades mentales, especialmente los que han mostrado consolidación en los últimos 40 años, como es el caso del *Manual*

*Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM)* y la *Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE)*, donde se ha podido identificar ciertas confusiones.

La Organización de Naciones Unidas (ONU), luego de la Segunda Guerra Mundial, encarga a la Organización Mundial de la Salud (OMS) la revisión de ediciones posteriores a las propuestas por la Bureau de la Santé de la Société des Nations (SDN); así surge la CIE-5 como la primera edición revisada de la Clasificación Internacional de las Enfermedades publicada por la OMS, donde el autismo solo encontraba su lugar dentro del capítulo consagrado a las psicosis esquizofrénicas del adulto (Garrabé de Lara, J., 2012), identificando que la referida clasificación en su séptima edición incluye un apartado específico donde se considera a las enfermedades mentales. Desde aquí han transcurrido más de cuatro décadas de discusiones de diversa índole sobre el autismo hasta que ha sido incorporado a los manuales diagnósticos; sin embargo, la nosológica del autismo, ha estado todavía lejos de ser consolidada como definitiva.

Se les atribuye a las publicaciones de Leo Kanner (1943) y Hans Asperger (1944), los primeros postulados de lo que ahora conocemos como Trastornos del Espectro Autista (TEA), siendo importante resaltar que personas con características descritas por ellos, han existido a lo largo de la historia de la humanidad, logrando identificarse algunos escritos como los de: Martin Lutero (1483-1546); Johannes Mathesius (1504-1565); Dr. Jean Itard (1970); Harlan Lane (1976); Carl Gustav Jung (1923). Por otra parte, podemos mencionar aproximaciones conceptuales como: esquizofrenia de inicio precoz, síndromes parecidos a la esquizofrenia o cuadros regresivos en la infancia; relacionadas con lo que posteriormente Leo Kanner llamaría Autismo en el artículo “*Autistic disturbances of affective contact*”.

Esta obra describe el comportamiento similar de 11 niños (8 hombre y 3 mujeres), con las siguientes características: 1) incapacidad para establecer relaciones; 2) alteraciones en el lenguaje, sobre todo como vehículo de comunicación social, aunque en 8 de ellos el nivel formal de lenguaje era normal o solo ligeramente retrasado; 3) insistencia obsesiva en mantener el ambiente sin cambios; 4) aparición, en ocasiones, de habilidades especiales; 5) buen potencial cognitivo, pero limitado a sus centros de interés; 6) aspecto físico normal y “fisonomía inteligente” y 7) aparición de los primeros síntomas desde el nacimiento. Aquí define el autismo como “alteración autista innata del contacto afectivo” (Kanner,

1943); donde además se puede resaltar la capacidad que tuvo para intuir que el autismo es un trastorno del neuro-desarrollo.

Otros autores también han brindado importantes aportes en la descripción del autismo, como es el caso de Hans Asperger quien utilizó el término de psicopatía autista, describiendo niños con un patrón de conducta caracterizado por: falta de empatía, ingenuidad, poca habilidad para hacer amigos, lenguaje pedante o repetitivo, pobre comunicación no verbal, interés desmesurado por ciertos temas y torpeza motora y mala coordinación. Por otra parte, Lorna Wing, a quien se atribuye el término síndrome de Asperger y además habría traducido al inglés la literatura de H. Asperger e incorporado el término Trastorno del Espectro Autista (TEA).

## **Protección de los niños, niñas y adolescentes con Trastorno del Espectro Autista desde el contexto internacional de protección de derechos humanos**

Cuando se habla de las personas con Trastorno del Espectro Autista, es necesario plantear como principal interrogante el porqué es necesario hablar y sobre todo reflexionar sobre el reconocimiento de derechos. A todas luces el conocimiento de los derechos presume y materializa la base para concebir un compromiso por parte de la sociedad y el Estado que permita sistematizar un modelo que garantice la integración y sobre todo la protección de las personas con Trastorno del Espectro Autista, sobre todo si se trata de niños niñas y adolescentes.

En tal sentido en el contexto normativo internacional en la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948, desde ahí se hablaba, aunque de manera general que “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948). Esto es un contexto general, donde la idea se centraba en lograr que desde el propio estado se garantice la aplicación directa y eficaz de los derechos humanos; sin embargo, no fue hasta el año 2006 que se publica la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006), donde en su artículo 3 quedan establecidos los principios sobre los cuales se funda esta Convención, donde se indica que:



*Artículo 3. Los principios de la presente Convención serán:*

*a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;*

*b) La no discriminación;*

*c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;*

*d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;*

*e) La igualdad de oportunidades;*

*f) La accesibilidad;*

*g) La igualdad entre el hombre y la mujer;*

*h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006)*

Este documento supone un gran avance en materia de Derechos humanos, sobre todo por visibiliza de una manera más clara lo que supone el reconocimiento y alcance de los derechos humanos, sobre todo cuando se trata de personas con discapacidad, pues no es solo el hecho de realizar por parte de cada estado un amplio enunciado de un inaplicado catálogo de derechos, sino crear los mecanismos jurídicos e institucionales que permitan su aplicación directa.

Es así como en el año 1992 es presentada a la luz del Cuarto Congreso Autismo-Europa celebrado en La Haya, el 10 de mayo de 1992 la Carta de derechos de las personas con Autismo. Posteriormente en el año 1996 se adopta esta por el Parlamento Europeo. Este es un documento que realiza y llamado de reflexión para reconocer e instituir los derechos de las personas con autismo. Se puede decir que por primera vez las voces de estas personas eran escuchadas, y aunque la carta tiene un carácter

declarativo y no surte efectos vinculantes u otros desde el punto de vista jurídico, constituye el único documento destinado a proclamar derechos concretamente a las personas con Trastorno del Espectro Autista. Según este documento “las personas con autismo tienen el derecho a llevar una vida independiente y a desarrollarse en la medida de sus posibilidades” (Carta de derechos de las personas con Autismo, 1992). Estos derechos debían ser protegidos y puestos en práctica a través de los diferentes mecanismos internos y la legislación apropiada en cada Estado.

La problemática sobre el reconocimiento y materialización de derechos de las personas con Trastorno del Espectro Autista, se hace más compleja cuando se trata de niños, niñas y adolescentes. En este sentido la Observación general n° 7 (2005), referida a la realización de los derechos del niño en la primera infancia tiene como uno de sus principales objetivos el de “reforzar la comprensión de los derechos humanos de todos los niños pequeños y señalar a la atención de los Estados Partes sus obligaciones para con los niños en la primera infancia” (p.2). El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas manifiesta en esta observación que en la mayoría de los casos los informes que aportan los Estados parte, solo se han limitado a tratar temas relacionados con la mortalidad infantil, estadísticas de nacimiento y a la atención de la salud, temas que, aunque son de vital importancia no deben ser los únicos que lleven un contexto de análisis. Sin embargo, de ello, a pesar de que se debaten diversos temas relevantes en esta Observación General no se va más allá de elementos conceptuales y relacionados con el reconocimiento de derechos de los niños pequeños, pero fue la antesala para que un año después el tema de discapacidad en niños, niñas y adolescentes fuera objeto de especial análisis.

En el año 2006 el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en su Observación General N° 9 (2006) referida a los derechos de los niños con discapacidad, reconoce:

La mayoría de los niños con discapacidad en los países en desarrollo no están escolarizados y son completamente analfabetos. Está reconocido que la mayor parte de las causas de la discapacidad, tales como la guerra, las enfermedades y la pobreza, se pueden prevenir, lo cual a su vez previene y/o reduce las repercusiones secundarias de las discapacidades, con frecuencia causadas por la falta de una intervención temprana u oportuna. Por consiguiente, hay que adoptar más

medidas para movilizar la voluntad política necesaria y lograr un compromiso auténtico de investigar y llevar a la práctica las medidas más eficaces para prevenir las discapacidades con la participación de todas las capas de la sociedad (Observación General N° 9, 2006)

Era entonces una realidad latente que en la gran mayoría de los Estados partes debían encaminar su política interna para solventar y erradicar la situación de los niños, niñas y adolescentes con capacidad. Lo relevante de la problemática que engloba el Trastorno del Espectro Autista, es que según ha indicado la Organización Mundial de la Salud en marzo del presente año 2022 las capacidades y las necesidades de las personas con autismo varían y pueden evolucionar con el tiempo. Aunque algunas personas con autismo pueden vivir de manera independiente, hay otras con discapacidades graves que necesitan constante atención y apoyo durante toda su vida. Por tal motivo si el Trastorno del Espectro Autista es considerado como una discapacidad, sobre todo desde el punto de vista social. Estos instrumentos internacionales de protección y tutela para niños, niñas y adolescentes con discapacidad deben servir de base para que el Estado propicie al niño, niña o adolescente con autismo y a su familia información, atención y el espacio pertinente, de acuerdo con sus necesidades y requerimientos.

De igual manera la Organización Mundial de la Salud en mayo del año 2014 establece un Plan de acción mundial sobre discapacidad 2014-2021: mejor salud para todas las personas con discapacidad. En este plan se declara que se ha experimentado un crecimiento a escala mundial sobre el número de niños, niñas y adolescentes diagnosticados con trastornos del espectro autista; sobre todo porque los niños, niñas y adolescentes con autismo se afrontan problemas como la estigmatización social, la discriminación. En virtud de ello, la Asamblea mundial de la salud, insta a sus estados miembros, entre los que se encuentra el Estado ecuatoriano desde el año 1930, a que:

Reconozcan debidamente las necesidades específicas de las personas afectadas por trastornos del espectro autista y otros trastornos del desarrollo en los programas y políticas relacionados con el desarrollo en la primera infancia y la adolescencia, como parte de un enfoque integral para abordar los problemas de salud mental y los trastornos del desarrollo en la infancia y la adolescencia (p. 15)

De este modo desde la perspectiva internacional la protección de los niños, niñas y adolescentes con Trastorno del Espectro Autista se hace presente a escala internacional. Sin embargo, surge la interrogante respecto de nuestro ordenamiento jurídico y constitucional ecuatoriano, qué ha hecho el Ecuador para brindar protección y asegurar que los derechos fundamentales y constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, que padecen Trastorno del Espectro Autista tenga asegurado un lugar y un respeto dentro de la colectividad. Es un tema muy poco debatido y analizado sobre todo desde el punto de vista constitucional, se habla de personas con discapacidad, de grupos de atención prioritarios, de niños, niñas y adolescentes en situación de doble vulnerabilidad, pero estas categorías como se analizará más adelante no han sido lo suficientemente eficaces para brindar directrices y lineamientos claros para asegurar la protección de niños, niñas y adolescentes con Trastorno del Espectro Autista.

## **Derechos constitucionales reconocidos las personas con Trastorno del Espectro Autista en el Ecuador**

Ecuador establece en su Constitución en Art. 11 numeral 2 que todas las personas son iguales y gozaran de derechos, por ende las personas que se encuentran dentro del diagnóstico del espectro autista poseen derechos que de acuerdo con la Convención de las Discapacidades deben estar basados en “el respeto de su dignidad, su voluntad y toma de decisiones, exigiendo a los poderes públicos y agentes privados ajustes razonables para que todas las personas puedan desarrollarse y relacionarse en igualdad” ( Desarrollos normativos derivados de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en España, 2021, p.49). En este orden, la Ley Orgánica de Discapacidades (2014) establece en el Art. 6 que son consideradas personas con discapacidad

A toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria (p. 02)

De ahí que establece que los tipos de discapacidad están caracterizados como auditivas, físicas, intelectuales, sensoriales entre otras que pueden manifestarse de distintas formas y niveles.

Sobre este contexto, el Reglamento de la Ley Orgánica de Discapacidades (2017) en el Art. 1, define que se entenderá por persona con discapacidad:

Aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en una proporción equivalente al treinta por ciento (30%) de discapacidad, debidamente calificada por la autoridad sanitaria nacional (p. 30).

Consecuentemente, la autoridad sanitaria nacional califica el tipo de discapacidad y correspondiente certificación, de acuerdo con los tipos de discapacidad: discapacidad auditiva; Discapacidad visual; Discapacidad de lenguaje; Discapacidad física; Discapacidad intelectual; Discapacidad psicosocial; y, Discapacidad múltiple, que es la presencia de dos o más discapacidades. Es decir, dentro del ordenamiento jurídico nacional se reconoce al TEA como una discapacidad, de ahí que las personas que padecen este diagnóstico tienen los mismos derechos que las personas con discapacidad en relación con su condición, de acuerdo con el Art. 47 de la Constitución del 2008 vigente en Ecuador.

Es importante señalar lo establecido por la Asociación Americana Del Habla, Lenguaje y Audición que resumen de una manera magistral que es lo que persigue en última instancia el sistema de comunicación aumentativa y alternativa: “todas las personas, independientemente del alcance o la gravedad de su discapacidad, tienen el derecho básico a incidir, a través de la comunicación, en las condiciones de su propia existencia”.

Sin embargo de ello, la realidad a la que se enfrentan las personas con TEA, sobre todo los niños niñas y adolescentes es un poco más complicada, y seguramente va más allá de la tipificación de un elaborado catálogo de derechos en la norma fundamental. La interrogante en este sentido sería que tan efectiva está resultando la tutela de los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes que padecen TEA y si existen vulneraciones de este tipo de postulados

normativos. Seguidamente se analiza esta problemática desde una perspectiva objetiva más allá del contexto normativo de referencia.

## **Vulneración de derechos constitucionales a las personas con trastorno del espectro autista en el Ecuador, especial referencia a NNA**

Como se ha analizado en apartados anteriores, existen una serie de derechos reconocidos por nuestra Ley Fundamental a las personas con discapacidad, en el caso concreto de las personas que padecen TEA, es relativamente novedoso en lo que ha temas de inclusión y reconocimiento de derechos se refiere, precisamente por lo que se abordó sobre lo complejo de su diagnóstico. No obstante, sobre todo en el caso de niños, niñas y adolescentes que padecen esta discapacidad, se puede decir que los alcances de la protección a sus derechos constitucionales se ven en ocasiones seriamente comprometidos, no precisamente desde el punto de vista normativo, sino desde el ámbito institucional.

Uno de los derechos que se deben analizar con especial cuidado es el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes, además, con soporte en mandatos como el interés superior del niño y en instrumentos de derecho internacional, pues son sujetos de especial protección constitucional, sus derechos prevalecen sobre las prerrogativas de los demás, por ende, deben ser tratados con preferencia. Esta protección debe incrementarse cuando un niño padece discapacidad como en el caso de los niños, niñas con TEA de acuerdo con el Art. 35 de la Constitución (2008) presentan doble vulnerabilidad.

Así, le corresponde al Estado adelantar políticas públicas tendientes a buscar su rehabilitación e integración social y, de esa manera, es su deber brindarles la atención especializada que requieran. De esta manera a las personas con TEA, se les debe prodigar la totalidad del componente médico, para su condición, a fin de que vivan en dignidad

La Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, señaló:

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta

cuatro dimensiones superpuestas: i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población. iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaigan una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos (p. 4).

En este orden de ideas, una vez diagnosticado el autismo, es importante que se les ofrezca al niño, niña o adolescente con autismo y a su familia información y servicios pertinentes, derivación a especialistas y ayudas prácticas de acuerdo con sus necesidades y preferencias y con la evolución de estas.

Dicho de otro modo, las necesidades de atención de salud de las personas con TEA son muchas y requieren una serie de servicios que debe ir acompañada de medidas en el ámbito comunitario, institucional y social para lograr mayor accesibilidad, inclusividad y apoyo. Así mismo otro de los derechos al que se debe prestar especial atención es al derecho de igualdad y no discriminación. Para ello se debe señalar que La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), en su artículo 2 establece que por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá:

(...) cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico (p. 2)

En tal sentido cualquier discriminación por motivos de discapacidad, queda prohibida. Existen grupos de personas particularmente vulnerables, entre otros los niños, niñas y adolescentes, más aún por su condición de TEA, es evidente que para este grupo deben adoptarse las medidas para eliminar todo tipo de discriminaciones y, en consecuencia, contribuir al logro de su interés superior.

Así Devandas (2020) relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, establece:

Se necesita más inversión en servicios e investigación sobre la eliminación de las barreras sociales y las ideas equivocadas sobre el autismo. Las personas autistas deben ser reconocidas como los principales expertos sobre el autismo y sus propias necesidades, y fondos deberían ser asignados a proyectos de apoyo entre pares dirigidos por y para las personas autistas (...). Se trata también de asegurar igualdad de oportunidades, acceso a la educación inclusiva y empleo en el mercado abierto, para lograr la igualdad y el disfrute de los derechos de las personas autistas. Se trata de promover su independencia y el respeto de su dignidad. Las personas autistas deben ser respetadas, aceptadas y valoradas en nuestras sociedades, y esto solo se puede lograr mediante el respeto, la protección y la realización de sus derechos y libertades fundamentales (párr. 6)

Además, en los espacios públicos y privados es deber del Estado, admitir sin discriminaciones a personas que tienen TEA, e insertar en todos los programas públicos. De esta manera la Convención de los Derechos del Niño (1990) en su Art. 2, establece la no discriminación arbitraria; y en su Art. 3 el principio del interés superior del NNA, en otras palabras, busca el mejor interés del NNA y de la eliminación de toda forma de discriminación arbitraria. Así lo aborda un Estudio sobre la situación de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad en Latinoamérica elaborado por la UNICEF, donde se expone:

Las personas con TEA, al igual que otras personas con discapacidad, todavía hoy sufren numerosas discriminaciones, solo por señalar algunos ejemplos: Muchas personas con TEA no reciben un diagnóstico en el sistema público de salud a una edad temprana



(con las implicaciones que puede tener esta situación en las posibles intervenciones y apoyos y en su evolución futura, además de la problemática que supone para la familia). La inclusión educativa, aunque se reconozca como derecho, no siempre se lleva a cabo o se produce únicamente a nivel formal, sin contar con los recursos y apoyos necesarios (UNICEF, 2014)

La falta de reconocimiento de la discapacidad que presentan las personas con TEA provoca que en numerosos lugares públicos y privados sean discriminadas, sin que puedan tener una vida digna. Por lo que, Convención de los Derechos del Niño y la doctrina establecen garantizar el principio del interés superior del NNA, más aún en el caso de los NNA con TEA. Así Ravetllat y Pinochet (2015), determina:

*El legislador poco incide en el contenido particular de dicho principio, el que se configura como un concepto jurídico indeterminado, con remisión, para su delimitación efectiva, al tiempo y a la persona que deba aplicar el precepto correspondiente y, por lo tanto, el concepto, con la necesaria adecuación del mandato legal a cada caso determinado, a la diversa variedad de personas implicadas y a las situaciones que pudieran generarse (p. 916).*

Por lo anterior se concluye que existe vulneración de su derecho a la igualdad y no discriminación, pues su diagnóstico es invisibilizado dentro de la sociedad, sin que puedan acceder a servicios públicos de acuerdo con su condición con el uso de sistemas alternativo de comunicación (SAAC), además que el estado no ha desarrollado políticas públicas de sensibilización del autismo que permitan integrarlos a los NNA a la sociedad y sin discriminación.

Otro de los derechos que se ve exponencialmente afectado en este contexto es el derecho a la educación. El Art. 24 de la Convención de las personas con Discapacidad (2006) reconoce el derecho a la educación de las personas con discapacidad sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades.

En lo que respecta al acceso y la experiencia educativa, se encontró que el 48 % de los niños tuvo una experiencia escolar negativa, ya sea por la falta de conocimiento del autismo, o porque los niños han sufrido aislamiento, rechazo o incompreensión del entorno. De hecho, el 46 % de padres ha tenido que cambiar

a su hijo continuamente de institución educativa. Según los profesores, 3 de cada 4 niños autistas evidenciaba problemas de tipo conductual; el 67 % no respetaba las reglas; y los demás tenían problemas de tipo académico o de relacionamiento. (Cuestionario del Estado de la Situación del Autismo, 2016)

A pesar de la legislación que apoya la defensa de los derechos de las personas con TEA, no existe una política de inclusión que mejore la calidad de vida de las personas con TEA y la promoción de sus derechos, especialmente de los niños, niñas y adolescentes que padecen esta discapacidad. Esto se evidencia en varias esferas a nivel educativo, incluso en la adolescencia cuando se interesan por ingresar a instituciones de educación superior.

## Conclusiones

Del análisis se puede concluir que los trastornos del Espectro Autista (TEA), son problemas de salud mental que a lo largo de la historia han presentado dificultades en su detección, caracterización y abordaje. A lo anterior hay que añadir que su etiología responde a una afectación cerebral compleja a considerar (diversas áreas) y se justifican por múltiples anomalías cerebrales, funcionales y/o estructurales, que no siempre son estas, además de la importancia de considerar los factores genéticos y algunos posibles factores ambientales que dan lugar a alteraciones cerebrales muy tempranas.

Así mismo se evidencia que al ser el TEA considerado como cuadros que califican para una discapacidad psicosocial, por las limitaciones sociales que los caracteriza, el desconocimiento de su abordaje y comprensión de sus características, pone en permanente riesgo de vulneración de sus derechos, siendo el escenario de la desigualdad y la discriminación uno de los principales problemas que estas personas y sus familias deben enfrentar.

Aunado a ello, y con independencia de la protección que los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos y la norma constitucional les brinda a las personas diagnosticadas con TEA, son evidentes las vulneraciones de derechos, entre los que se puede mencionar el derecho a la salud, el derecho a la educación y el derecho a la igualdad y no discriminación.

En virtud de ello no existe en el Ecuador una política de inclusión que mejore la calidad de vida de las personas con TEA y la promoción de sus derechos,

especialmente de los niños, niñas y adolescentes que lo padecen. Estas transgresiones de derechos son palpables a nivel institucional y social, sobre todo por la falta de conocimiento sobre esta discapacidad y la falta de mecanismos eficaces de inclusión de acuerdo con las necesidades de las personas con TEA, para lo cual se deben prever políticas inclusivas desde el ámbito social y educativo, que permitan que el desarrollo integral de estos niños, niñas y adolescentes deje de ser un reto y se convierta en una realidad que represente la diversidad que tanto proclamamos en nuestra Carta Magna.

## Referencias bibliográficas

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1990). Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr>
- Asamblea General de las Naciones Unidas [ONU]. (2008). Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. <https://www.corteidh.or.cr>
- Asociación Estadounidense de Psiquiatría (2014). Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, Quinta edición (DSM-5. Madrid: Editorial Médica Panamericana.
- Atención Primaria. Ministerio de Ciencia e Innovación, (2009). Estilo Estu Graf Impresores, S.L. Pol. Ind. Los Huertecillos, nave 13 - 28350 CIEMPOZUELOS (Madrid).
- Artigas-Pallarès, J., Paula, I. (2012). El autismo 70 años después de Leo Kanner y Hans Asperger. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 32(115), 567-587.
- Devandas, C. (2020). Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/SRDisabilities/Pages/SRDisabilitiesIndex.aspx>
- Carta de derechos de las personas con Autismo, 1992. Presentada en el 4º congreso Autismo-Europa en La Haya, el 10 de Mayo de 1992. Adoptada por el Parlamento Europeo, bajo la forma de declaración escrita, el 9 de Mayo de 1996. Recuperado de: [http://autismocastillayleon.com/wpcontent/uploads/2016/06/carta\\_derechos\\_personas\\_con\\_autismo.pdf](http://autismocastillayleon.com/wpcontent/uploads/2016/06/carta_derechos_personas_con_autismo.pdf)
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006). Recuperado de: [https://www.acnur.org/publications/pub\\_prot/5b6cb1524/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad.html?gclid=CjwKCAjw-8qVBhANEiwAfjXLrrirnszXCjH63Fqw8-3HtTkxCscHczemGC1faid29AgMPazPoLojyxoCPRsQAvD\\_BwE](https://www.acnur.org/publications/pub_prot/5b6cb1524/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad.html?gclid=CjwKCAjw-8qVBhANEiwAfjXLrrirnszXCjH63Fqw8-3HtTkxCscHczemGC1faid29AgMPazPoLojyxoCPRsQAvD_BwE)
- Constitución de la República del Ecuador (2008). Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008. Última modificación: 25-ene.-2021. Recuperado de [https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador\\_act\\_ene-2021.pdf](https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf)
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948. Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Recuperado de

[https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

- Garrabé de Lara, J. (2012). El autismo: Historia y clasificaciones. *Salud mental*, 35(3), 257-261.
- Lalvay, E.M. (2016). Trabajo Social en la Inclusión Laboral de las Personas con Discapacidad (Tesis de Grado). Universidad de Cuenca. Ecuador
- Ley Orgánica de Discapacidades [L.O.D]. (2014). (1° ed.). Lexis. Registro Oficial N° 79, 25 de septiembre del 2012. Recuperado de. [https://www.consejodiscapacidades.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2014/02/ley\\_organica\\_discapacidades.pdf](https://www.consejodiscapacidades.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2014/02/ley_organica_discapacidades.pdf)
- Lores, J. (2014). Derecho a la educación: su contenido esencial en el derecho chileno. *Estudios Constitucionales*, v. 12, n. 2, p. 109-136, 2014. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000200005>
- López-Chávez, C.; Larrea-Castelo, M. L. (2017). Autismo en Ecuador: Un grupo social en espera de atención. *Revista Ecuatoriana de Neurología*, 26(3), 203-214. Recuperado en 20 de junio de 2022, de [http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2631-25812017000200203&lng=es&tlng=es](http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2631-25812017000200203&lng=es&tlng=es).
- Manual. Ministerio de Salud Pública, (2018). Calificación de la discapacidad. Dirección Nacional de Normatización, Dirección Nacional de Discapacidades- Ministerio de Salud Pública del Ecuador, (2018).
- Observación General N° 9, 2006. Comité de los Derechos Del Niño 43° período de sesiones Ginebra, 11 a 29 de septiembre de 2006: [http://repositoriodcpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/762/Inf\\_NU\\_ObservacionDerechosNi%C3%B1osDiscapacidad\\_2006.pdf?sequence=1](http://repositoriodcpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/762/Inf_NU_ObservacionDerechosNi%C3%B1osDiscapacidad_2006.pdf?sequence=1)
- Organización Mundial de la Salud (2022). “Autismo”. Recuperado de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/autism-spectrum-disorders#:~:text=Se%20caracterizan%20por%20alg%C3%BAAn%20grado,poco%20habituales%20a%20las%20sensaciones>.
- Organización Mundial de la Salud. La 67.ª Asamblea Mundial de la Salud. “Plan de acción mundial sobre discapacidad 2014-2021: mejor salud para todas las personas con discapacidad”. Recuperado de [https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf\\_files/WHA67-REC1/A67\\_2014\\_REC1-sp.pdf#page=35](https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA67-REC1/A67_2014_REC1-sp.pdf#page=35)
- Organización de Naciones Unidas [ONU] (2006). Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades. <https://www.un.org/esa>

- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2021). Desarrollos normativos derivados de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en España. [https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.autismo.org.es/sites/default/files/2022\\_informe\\_desarrollos\\_normativos\\_convencion\\_autismoespana.pdf&ved=2ahUKEwiqqTSqLj4AhU1mYQIHdaRAHEQFnoECAQQAQ&usg=AOvVaw1SFdJARmNo7aoTtc5BPfAc](https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.autismo.org.es/sites/default/files/2022_informe_desarrollos_normativos_convencion_autismoespana.pdf&ved=2ahUKEwiqqTSqLj4AhU1mYQIHdaRAHEQFnoECAQQAQ&usg=AOvVaw1SFdJARmNo7aoTtc5BPfAc)
- Organización Paho. (2014). Niños con autismo. [https://www3.paho.org/ecu/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1155:marzo-12-2014&Itemid=972](https://www3.paho.org/ecu/index.php?option=com_content&view=article&id=1155:marzo-12-2014&Itemid=972)
- Organización de Naciones Unidas [ONU] (2000) Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales <https://www.refworld.org/es/docid/47ebcc492.html>
- Pascual, M. B. O.; Marrades, J. B. (2020). Guía de Práctica Clínica para el Manejo de Pacientes con Trastornos del Espectro Autista en Atención Primaria de Salud. *Revista Científica Estudiantil UNIMED*, 2(3), 317-327.
- Ravetllat, I., Pinochet, R. (2015). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno. *Revista Chilena de Derecho*, v. 42, n. 3, p. 903-934, 2015. doi: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007>
- Sentencia de caso No. 17250202100144 por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia De Pichincha.

# Niñez, adolescencia y discapacidad: la mediación como herramienta de acceso a la justicia. El caso de la mediación prejudicial obligatoria en la provincia de la pampa

*Ivana Cajigal Cánepa<sup>1</sup>*

## **La mediación en la provincia de La Pampa**

Desde la sanción en 1995 de la ley nacional de mediación y conciliación N° 24.573, la mediación se ha ido abriendo paso como una herramienta que permite la solución pacífica de conflictos de diversa índole. Poco a poco, las distintas provincias del país también se han ido haciendo eco de esta idea y han ido incorporando –con mayor o menor amplitud– la mediación como estrategia de abordaje de diversas situaciones que se generan en el seno de la sociedad.

---

<sup>1</sup> CICJ – FCEyJ- UNLPam, Abogada, Profesora Universitaria en Ciencias Jurídicas, Maestrando en Derecho Privado, Diplomada en Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Profesora Adjunta de Fundamentos de Derecho Privado y Teoría del Acto Jurídico, Ayudante de primera de Derecho Civil y de los talleres de Lectura y de Escritura Académica y docente del Seminario de Derecho Civil y de los Talleres de lectura y escritura de la FCEyJ de la UNLPam. Coordinadora de la Comisión de Derecho de la Salud y Derechos Humanos del Observatorio Universitario de Derechos Humanos (FCEyJ-UNLPam). Miembro del Consejo Provincial de Bioética (Ministerio de Salud, Provincia de La Pampa). Es autora de ponencias en Congresos nacionales e internacionales, artículos y capítulos de obras colectivas. E-mail: ivanacajigal@yahoo.com.ar

La provincia de La Pampa, si bien ha sido una de las últimas provincias en instalar la mediación, en diciembre de 2012 dictó la Ley N° 2699, que al menos de su letra, denota la intención del legislador de proponer un sistema integral, que abarcase no solo la mediación prejudicial obligatoria, sino también la voluntaria escolar y la voluntaria extrajudicial. En este sentido propone su artículo 2°:

A los fines de la presente Ley entiéndase a la Mediación como un método de resolución alternativa de conflictos dirigido por uno o más mediadores con título habilitante, quien/es promoverá/n la comunicación directa entre las partes.

La Mediación puede ser voluntaria extrajudicial, voluntaria escolar u obligatoria judicial.

Luego de la sanción de la ley, el Poder Ejecutivo provincial procedió a reglamentar parcialmente la norma, mediante el dictado del decreto n° 223/2013, referido a las mediaciones voluntarias extrajudicial y escolar, respecto de las cuales es autoridad de aplicación, a través de los Ministerios de Gobierno, Justicia y Seguridad y de Cultura y Educación, respectivamente. Pero lo cierto es que transcurridos casi diez años, el Centro Público de Mediación y Resolución Alternativa de Conflictos Extrajudicial, donde debían matricularse lo/as mediadore/as y co-mediadore/as para actuar en los ámbitos comunitario y escolar, pese a algunos intentos de conformación, no ha llegado a implementarse, y con ello, aún hoy no es una realidad efectiva la mediación en estos ámbitos.<sup>2</sup>

Diferente fue la suerte de la mediación prejudicial obligatoria, reglamentada en mayo de 2014 por Acuerdo N° 3277 del Superior Tribunal de Justicia de la provincia, en su carácter de autoridad de aplicación de la norma, ya que a los pocos meses, más precisamente en noviembre de ese mismo año, se implementó

---

<sup>2</sup> Ello sin perjuicio de que por iniciativa de sus directivo/as de instituciones escolares, particularmente de nivel medio, hacia el interior de algunos establecimientos educativos, se han generado espacios donde se proponen sistemas basados en los principios de la mediación para resolver diversas situaciones de conflicto que se generan entre los diversos miembros de la comunidad educativa.



un programa piloto en la Primera Circunscripción Judicial, para luego ir incorporándose las restantes circunscripciones hasta abarcar toda la provincia.

Desde aquel momento a la actualidad, salvo los supuestos expresamente excluidos por la ley provincial<sup>3</sup>, con carácter previo a todo proceso judicial debe iniciarse la mediación prejudicial, donde el sistema de la Receptoría General de Expedientes procede a sortear un/a mediador/a matriculado/a ante el registro creado por la autoridad de aplicación y el juzgado donde tramitará la causa, en caso de que en ella se habilite la vía judicial. Esto último puede ocurrir con motivo de no llegarse a un acuerdo en mediación, o bien por incomparecencia a la audiencia fijada por la parte requerida.

Ahora bien, en las causas vinculadas a cuestiones familiares, el Acuerdo n° 3277 antes mencionado, exige la realización de una entrevista con cada una de las partes intervinientes para “conocer el alcance, complejidad y demás circunstancias del caso” y “determinar su admisión como cuestión mediable” (artículo 30).

Esta entrevista, que se denomina “de admisión”, es de vital importancia para el/la mediador/a, en virtud de que le permite conocer, al menos en sus aspectos centrales, la conformación de esa familia y las relaciones entre sus miembros, como así también las diversas conflictivas que han llevado a uno o varios de sus miembros a iniciar el proceso. Es realizada por el/la profesional a cargo de la mediación y se efectúa de manera privada, es decir, por separado con cada una de las partes, y siempre en presencia del abogado/a que lo asista, ya que en esta instancia el patrocinio letrado es obligatorio.

Esta entrevista inicial constituye un instrumento de vital importancia para el desarrollo posterior de la mediación, ya que permite al/a la mediador/a conocer al menos un relato general inicial de cada una de las partes, los que muchas veces distan entre sí respecto de una misma conflictiva familiar. Incluso, es en este momento donde suele advertirse la existencia de terceras personas cuyos

---

<sup>3</sup> Ellos son, conforme el art. 2 de la ley provincial n° 2699: causas penales, acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad (con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de ellas), procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación, causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte, procesos de amparo, hábeas corpus e interdictos, medidas cautelares, diligencias preliminares y prueba anticipada, juicios sucesorios y voluntarios, concursos preventivos y quiebras y procesos laborales.

derechos o intereses pudieren verse afectados por las decisiones que eventualmente se adopten en el marco de la audiencia de mediación. En particular, es en esta oportunidad donde en la gran mayoría de los casos, se evidencia ante el/la mediador/a que se conversará sobre temas que alcanzarán también a niños, niñas o adolescentes, quienes probablemente no formen parte de la mediación, que ha sido formalizada entre miembros adultos de la familia, en general, sus progenitores.

Finalmente, resulta de interés, en lo referido al abordaje normativo, destacar que el artículo 61 de la ley provincial, exige que cuando haya intereses tanto de personas menores de edad como “incapaces”<sup>4</sup> la homologación judicial de todo acuerdo al que pudiera arribarse en esta instancia prejudicial.

## ¿De qué hablamos cuando referimos a la mediación?

La mediación, como método autocompositivo<sup>5</sup> de resolución de conflictos, supone la intervención de una tercera persona neutral e imparcial<sup>6</sup>, que se erige como una herramienta que procura facilitar la comunicación entre las partes en conflicto de forma tal que puedan encontrar ellas mismas posibles soluciones.

---

<sup>4</sup> Término que entendemos debe adecuarse a las actuales disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación y de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y referir también –y sobre todo– a aquellas personas que pudieran resultar restringidas en su capacidad.

<sup>5</sup> Preferimos esta denominación que pone su énfasis en que son las partes quienes tienen “el poder” de encontrar la que entiendan mejor forma de solucionar sus conflictos diseñando su propio acuerdo. Ello así por oposición a la clásica referencia a “métodos alternativos” de resolución de conflictos, que claramente denota la idea de que “el” método en principio sería la heterocomposición en manos de la autoridad judicial, siendo la mediación –entre otros– una “segunda opción” cuando por diversas razones “la primera” no fuere la opción idónea.

<sup>6</sup> Por nuestra parte, preferimos distinguir estos términos, que en muchas ocasiones son utilizados indistintamente. En este punto, entendemos la imparcialidad como la actitud que quien está actuando como mediador/a evitando “tomar partido” hacia alguna de las partes; en otros términos, se le exige al profesional una actuación despojada de prejuicios, valores, ideología o sentimientos de afectividad o aversión que pudiere general la posición o situación en la que se encuentren las partes. Por su parte, la neutralidad, es vista en la relación entre el/la mediador/a y el proceso; en otros términos, el mediador no debe tener intereses propios involucrados.

Nótese en este punto un aspecto central distintivo del proceso judicial propiamente dicho, donde en definitiva la situación conflictiva será resuelta por un/a juez/a, quien a través de una sentencia emitirá una decisión vinculante para las partes, aun cuando quizás no satisfaga el interés genuino de ninguna de ellas.

En este sentido, deben destacarse dos principios fundamentales de la mediación, tales como la “comunicación directa entre las partes” y la “satisfactoria composición de intereses”<sup>7</sup>, que redundan en definitiva en la voluntariedad que todo proceso de mediación supone. Queremos con ello decir, que en una audiencia de mediación, nada es decidido por terceras personas; sino que, por el contrario son las partes –y solo pueden ser ellas– quienes luego de intercambiar vivencias sobre lo acontecido y focalizando la mirada hacia el futuro, piensan y diseñan el “marco normativo” en el cual deciden llevar adelante sus relaciones familiares, al que denominamos comúnmente acuerdo o convenio. Ello con la asistencia técnica permanente del/de la letrado que las acompaña.

Cabe destacarse, a efectos de evitar confusiones terminológicas, que cuando la ley y su reglamentación refieren al carácter obligatorio de la mediación, lo hacen únicamente en el sentido de que es requisito previo a la iniciación de todo proceso judicial acudir a esta instancia, y de hacerlo con patrocinio letrado. Por ello, la manda legal queda cumplida concurriendo a un primer encuentro con el mentado patrocinio, sin que pueda exigírsele completar el proceso y, menos aún, llegar a un acuerdo. La imposibilidad de formalizar un convenio solo traerá como consecuencia que se habilitará la vía judicial y será en su caso un/a juez/a quien resolverá con carácter vinculante la cuestión sobre la cual las partes no han podido convenir.

Compartimos la idea de que la voluntariedad no se agota en que una persona esté presente y dispuesta a colaborar en el proceso de mediación, sino que exige en que se sienta protagonista de esa situación conflictiva, es decir, que se considere “autor, agente de las acciones que se desarrollan y de los discursos y narrativas que se construyen”, que se sienta responsable del proceso y de un eventual acuerdo, tanto en relación con sus consecuencias positivas como negativas (Suares, 31).

---

<sup>7</sup> Regulados, respectivamente en los incisos f) e i) de la ley provincial n° 2699.

Se trata pues de generar un ámbito de confianza en el proceso de mediación como herramienta de posible solución del conflicto, confianza que ha de permanecer durante todo el proceso. Al respecto, Serrano (2008) reconoce que:

Sin duda el que los usuarios de la mediación tengan confianza en esta, acudan con convicción y estén motivados es muy importante para un resultado positivo. Pero la motivación y la confianza no deben darse solo al comienzo del proceso: por supuesto, si este es el punto de partida las cosas se facilitan. Pero no es menos importante el mantenimiento de la confianza a lo largo de todo el proceso (p. 57).

## La mediación familiar y los intereses de NNA

Si bien los intereses de NNA no solo se presentan en conflictos familiares, lo cierto es que es en este ámbito donde se evidencian con mayor frecuencia. Es más, en la casuística, en la mayoría de los legajos de mediación que se inician en el ámbito de lo que comúnmente denominamos bajo el alcance del “derecho de las familias” hay intereses de NNA directa o indirectamente involucrados.

Un momento propicio para que el/la mediador/a advierta la presencia de tales intereses, es la mentada entrevista de previa o de admisión, donde de alguna manera conoce en la voz de las partes requirente y requerida los motivos que las han llevado a esta instancia, sin perjuicio de que muchas veces escuche relatos que no sean coincidentes.

Y en este punto se presenta al/a la profesional interviniente una primera disyuntiva: ¿es conveniente citar a la audiencia a eso/as NNA cuyos intereses resultarían afectados por un eventual acuerdo? Y si la respuesta fuera afirmativa, ¿es necesaria su comparecencia personal o puede ser suplida por otras estrategias, como v.g. un informe técnico de un/a psicólogo/a, un/a trabajador/a social, un organismo público que haya intervenido<sup>8</sup> o esté interviniendo en esa conflictiva familiar, entre otras?

---

<sup>8</sup> En el caso de la provincia de La Pampa, es habitual que haya intervenciones previas o concomitantes de la Defensoría de los Derechos de NNA (organismo dependiente del Poder Legislativo) o bien de la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (organismo dependiente del Ministerio de Desarrollo Social).

Más allá de ello, es propicio resaltar, que lo/as mediadore/as cuentan con una estrategia a la que echan mano en la mayoría de los casos en los que advierten la presencia de intereses de personas que no forman parte formalmente de la mesa de mediación, como el caso que nos ocupa de lo/as NNA: la pregunta circular reflexiva.

La pregunta, en las diversas formas que puede asumir, es la herramienta fundamental con la que cuenta el profesional en mediación para propiciar estrategias comunicacionales que permitan el desenvolvimiento de las audiencias. Hay diferentes tipos que se utilizan y combinan conforme la hipótesis de trabajo y los objetivos que se proponga en cada momento del encuentro:

- Pregunta cerrada: a través de ella se busca confirmar una idea o tener certeza de algo, pretenden obtener una respuesta afirmativa o negativa (ejemplo: ¿entonces Ud. el mes pasado viajó con su hija?“).
- Pregunta abierta: pretenden explorar, conocer, introducirse en definitiva en el universo de las partes (ejemplo: cuénteme entonces cómo transcurre un fin de semana en su hogar).
- Preguntas circulares: se trata de preguntas reflexivas, que persiguen el objetivo de provocar un desplazamiento en la persona a quien se dirigen, de algún modo “sacarlas” de una posición unilateral, que olvida las necesidades de las demás personas que pudieren estar involucradas, y a la vez cristalizada, es decir, generalmente estancada en una mirada focalizada en el pasado que impide poder pensar un nuevo esquema futuro. Estas preguntas implican una invitación al receptor a clocarse en el lugar de otra persona, tiempo o lugar (Caram, Eilbaum, Risolía, 2017, p. 326 y ss.).

Por ello, decíamos que suelen ser empleadas como una herramienta para “traer” de manera indirecta a NNA a una audiencia de mediación. Se procura a través de estas preguntas lograr que las personas adultas entre quienes se desarrolla la mediación, de algún modo se coloquen en el lugar de eso/as NNA y puedan reflexionar “en el lugar” de ello/as (ejemplo, ¿cómo cree Ud. que su hija se sentiría si tuviera encuentros más frecuentes con su familia paterna/materna?“).

En el caso, no se escucha directamente a ese NNA pero se trata de que quienes mejor lo conocen puedan detenerse a pensar, aún con la subjetividad que ello implica, desde el lugar de ese/a NNA, en definitiva, de ponerse de algún modo “en sus zapatos”.

Ahora bien, más allá de la frecuente utilización de la “pregunta circular” como herramienta, la cuestión que nos ocupa exige repreguntarnos—como anticipábamos—sobre si es necesario y/o conveniente la presencia personal de los NNA en la audiencia.

Por nuestra parte, entendemos que se vuelve necesario deslindar cuál es el tipo de interés de los NNA involucrados. Quizás *prima facie* pueda considerarse conveniente que no sean parte de un proceso donde están en juegos intereses económicos, como los alimentos; pero resultará de importancia conocer sus intereses y deseos respecto, por ejemplo, de actividades a realizar, las que también redundan en aspectos económicos.

Más clara es, a nuestro criterio, la conveniencia de poder escucharlo/as de manera directa cuando se trata de aspectos vinculares. ¿Cómo puede acordarse un régimen comunicacional sin considerar los deseos de un/a NNA? ¿Qué sentido tendría que sus progenitores convengan un sistema más o menos abierto si luego lo/as NNA no estuvieran dispuestos a aceptarlo, al menos en los términos convenidos? Se volvería, sin dudas, letra muerta en un papel.

Volviendo nuestra mirada en el aspecto normativo, el artículo 31 del Acuerdo 3277 del Superior Tribunal de Justicia del que hemos referido, reza:

En el proceso de mediación familiar debe privilegiarse el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Cuando hubiere menores involucrados o la mediación tratase sobre cuestiones que los afecten, pueden ser escuchados por el mediador familiar y/o por el profesional capacitado convocado, siempre que medie acuerdo de las partes, salvo que por su edad, grado de madurez o circunstancias especiales no resultara posible o conveniente.

Como se observa, y en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral N° 26061, la reglamentación de la ley enmarca la posible intervención directa de los NNA bajo el paraguas de considerar primordialmente su interés superior.

En particular, como observamos, la normativa admite la comparecencia personal de lo/as NNA pero exigen como condición de procedencia—en principio—que exista “acuerdo de partes”, es decir, que si se tratara de un/a NNA con doble vínculo filial sería necesario contar con el consentimiento expreso de ambos; caso contrario, no podrían ser convocados a la mesa de mediación.

A su vez, la norma expresa que aun existiendo dicha conformidad no podría participar de la audiencia cuando ello no fuere posible o conveniente, por su edad, grado de madurez u otras circunstancias especiales. Respecto a estas últimas la norma no precisa cuáles podrían ser, quedando su consideración a criterio del/ de la mediador/a interviniente.

Otra cuestión que se plantean lo/as mediadore/as es si pueden las personas menores de edad participar de una mediación sin contar con la presencia de un/a letrado/a, que asista técnicamente a lo/as NNA en la defensa sus derechos, y de un/a Asesor/a de Niños, Niñas y Adolescentes.<sup>9</sup>

En el ámbito específico de la mediación, no se encuentra en la provincia de La Pampa prevista la intervención de tales profesionales. En el caso del abogado/a del niño/a no es una figura que goce de recepción legislativa local; y respecto del Asesor/a debe decirse que es una figura dependiente del Procurador General y que en la práctica se han negado sistemáticamente en todas las circunscripciones judiciales a asistir a las audiencias, por entender que su función se encuentra reducida al ámbito de la justicia de familia

Lo cierto es que, en la práctica, son pocas las mediaciones en las que se convoca a NNA, aun cuando cuentan con edad y grado de madurez suficiente; y cuando ello se produce se realiza con la expresa conformidad de sus progenitores y al “solo efecto” de conocer su opinión sobre los temas en debate, sin que exista una contención profesional específica que pueda abordar las diversas aristas que pudieren ponerse sobre la mesa.

Lo expuesto, nos obliga a volver nuestra mirada sobre los alcances de escuchar la opinión del/de la NNA. En este sentido, el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño proclama su derecho a expresar su opinión. Por su parte, la Ley 26.061 en su artículo 24, reconoce su derecho a opinar y a ser oído. Es propicio también enmarcar la cuestión en la Observación General N° 12 emitida por el Comité de los Derechos del Niño, órgano de interpretación de la Convención, donde se avoca a analizar el sentido y los alcances de este derecho que denomina “el derecho del niño a ser escuchado”.

---

<sup>9</sup> Denominación que en la provincia de La Pampa asume el Ministerio Público.

Por nuestra parte, y así lo reflejamos en el presente trabajo, no se trata de oír, sino de escuchar; entendiendo la primera acción como una mera percepción involuntaria de sonidos a través del oído, en tanto que la segunda implica una acción voluntaria y deliberada, llevada a cabo con intencionalidad y edificada sobre la base de funciones cognitivas tales como el atender, el recordar, el pensar, el razonar, y –en definitiva– el interpretar.

La escucha a la que referimos es, pues, una escucha subjetivamente, que parta de considerar a todo/a NNA como un sujeto de derechos, y no un mero objeto de protección. ¿Cómo puede la mediación apartarse de esta idea sin vulnerar sus derechos?

Dicho ello, nos introducimos en otra cuestión: ¿cómo escuchamos a un/a NNA en la mesa de mediación? En este punto, si bien propiciamos la intervención directa de los NNA, entendemos que en salvaguarda especialmente sus derechos esta debe darse en condiciones idóneas y por profesionales que más allá de su formación en mediación familiar, cuenten con debida capacitación en escucha de NNA. Sin dudas, se impone en este punto, al menos la co-mediación de un mediador/a formado en psicología de la niñez. Solo así puede entenderse que esa escucha directa de lo/as NNA se lleva a cabo en consonancia con una debida consideración de su interés superior.

## **Niñez, adolescencia y discapacidad en la mesa de mediación**

Ahora bien, si bien –como apuntábamos– la presencia física de lo/as NNA en las audiencias de mediación, que se encuentra prevista en la normativa vigente, se vuelve compleja en su aplicación práctica, y por tanto, poco frecuente, es evidente vislumbrar que, si eso/as NNA son personas con discapacidad, la situación se vuelve aun de mayor complejidad.

En el plano de la normativa específica en materia de mediación no hay ninguna disposición específica que refiera al tema, a lo que debe sumarse el dato de que no se han efectivizado a la fecha, y luego de casi diez años de mediaciones prejudiciales obligatorias, casos en los que NNA con discapacidad hayan intervenido personalmente en mediaciones. Es sin dudas, una gran cuenta pendiente.

Ahora bien, en el contexto normativo vigente, cabe preguntarnos si es ello posible. Por nuestra parte, entendemos que no cabe realizar distinción alguna con la situación general de los NNA que hemos apuntado. Su intervención debe



propiciarse y ser garantizada; caso contrario, caeríamos en una doble vulneración: por su situación de NNA y de persona con discapacidad.

Y en este sentido, entendemos que no bastaría con el dictado de una norma que proclamara su intervención, sino que se requiere de políticas públicas que la garanticen. Se trata de reconocer que tienen pleno derecho de participar, de ser escuchado/as, pero la efectivización de sus derechos exige que se realicen los ajustes necesarios para poder garantizar la intervención conforme cada persona en particular y su discapacidad.

Quizás en una provincia “pequeña” como La Pampa, y en particular en algunas de sus circunscripciones “poco pobladas” pueda resultar antieconómico contar con un equipo técnico de carácter permanente específico para las mediaciones. Pero consideramos que cuando se presente un caso en que los intereses o derechos de un/a NNA con discapacidad puedan encontrarse afectados, el personal capacitado que se desempeña, por ejemplo en los juzgados de familia, bien pueden acudir en garantía de poder diseñar las estrategias más adecuadas en cada caso para garantizar una intervención real.

Enfatizamos en este punto en el entendimiento de que la intervención de los NNA con discapacidad debe regularse normativamente pero, a la vez, efectivizarse en el diseño de políticas públicas que garanticen que esa escucha en definitiva redundará en proteger primordialmente a ese/a NNA. No se trata de traer NNA con discapacidad a una mediación, sino de generar un ámbito adecuado de intervención, con especial cuidado de que lo/as profesionales intervinientes se encuentren especialmente capacitados para poder realizar el abordaje que la situación requiera y que pueda contener a ese/a NNA a partir de lo que pudiera suceder en la mediación. De lo contrario, lejos se está de considerar primordialmente su interés superior en los términos de la Convención de los Derechos del Niño se estaría contribuyendo a una doble vulneración de derechos.

## **Palabras finales**

En esta ponencia, hemos tratado de reivindicar el derecho de todo/a NNA a ser escuchado, en el entendimiento de que ello se trata, justamente de un derecho, y que por tanto, no puede nunca ser entendido como una obligación. No podría exigírsele que manifieste su opinión cuando ese/a NNA no desee expresarse. Ello sin

perjuicio de reiterar, como alguna vez hemos expresado junto a la licenciada en psicología Ana Belén Phagouapé, que deben distinguirse dos situaciones diversas:

*Una cosa es no obligar a un NNA a emitir una opinión, y otra diferente es no crear los ámbitos adecuados para que pueda expresarse respecto a todo asunto que le concierna. Es el Estado, es cada operador, quien debe garantizar las condiciones necesarias para que este derecho pueda efectivizarse; y ello en un ambiente de diálogo que, por otra parte, solo puede concebirse cuando se enmarque en un lenguaje apropiado a la edad, al grado de madurez y a las circunstancias particulares de cada NNA (2016, p. 4).*

Trasladada esta idea a la mesa de mediación, y sobre la base de entenderlo como un proceso en que las partes involucradas en un conflicto asumen un rol protagónico en este diseñando posibles vías de solución, cuando en dicho conflicto de manera directa o indirecta se encuentran involucrados derechos o intereses de NNA, resulta necesario poder conocer su perspectiva, cómo ello/as viven la situación que atraviesan y cómo piensan a futuro pueden ser las consecuencias de lo que se converse.

Conocer la mentada perspectiva exige, en nuestra opinión, escuchar a ese/a NNA. No basta con oír, es preciso –reiteramos– escuchar. La escucha a la que referimos es, pues, una escucha subjetivamente, que reconozca al/a NNA como sujeto de derechos, y no lo considere un mero objeto de protección, en un esquema de protección integral de sus derechos, del que la mediación no puede resultar ajeno.

En esta línea de ideas, entendemos que no se cumple con la Convención de los Derechos del Niño ni de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad solo con garantizar la participación personal en la audiencia de mediación de un/a NNA con discapacidad, sino de generar políticas públicas que efectivamente garanticen una intervención “cuidada”, donde su interés superior sea el eje en derredor del cual gire todo el sistema.

En este punto, y tratándose de NNA en general, y más aún con discapacidad, pensamos que solo puede hablarse de un real acceso a justicia, diseñándose estrategias, herramientas y espacios diversos que de algún modo complementen, faciliten y en definitiva permitan efectivizar los acuerdos “cuidados” –como solemos denominarlos– que puedan arribarse en la instancia de mediación.

Reconocer los límites de la formación profesional de cada profesional intervinientes y las ventajas de un abordaje en el que confluyan diferentes miradas, incluso con la intervención de los organismos públicos existentes, es el primer desafío. Atreverse a llevarlo a cabo, el segundo.

*Significa enriquecer la mirada no solo con información sobre las otras disciplinas sino con una formación, que pasando por el cuerpo, por las emociones y sentimientos nos permita afrontar la tarea no solo desde el plano de lo intelectual sino desde la integridad del sentir, pensar, hacer y decir (Bustelo Eliçabe-Urriol, 1995, p.85).*

Ojalá que hacia allá nos encaminemos...

## Bibliografía

- Bustelo Eliçabe-Urriol, D. J. (1995): *La mediación familiar interdisciplinaria*. Madrid: Ensayo.
- Caram, M. E., Eilbaum, D. T., Risolía, M. (2017): *Mediación: diseño de una práctica*. Buenos Aires: Astrea.
- Cajigal Cánepa, I., Phagouapé, A. B., “Del discurso al efectivo reconocimiento del derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes”, I Congreso Nacional de Derecho”, (2016) FCEyJ, UNLPam.
- Highton, E. I., Álvarez, G. S. (2004): *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Serrano, G.: “Eficacia y Mediación Familiar”. Boletín de Psicología, No. 92 (marzo 2008): 51-63. Disponible en <https://www.uv.es/seoane/boletin/previos/N92-3.pdf>
- Suárez, M. (2011): *Mediando en sistemas familiares*. Buenos Aires: Paidós.

# Derecho a la salud mental de niñas, niños y adolescentes convivientes en Centros Residenciales, de la ciudad de Rosario

*Noelia Ada Diéguez<sup>1</sup>*

## **Introducción**

El proyecto de investigación que aquí se presenta, tuvo por objetivo general analizar indicadores que permitan determinar si en el período que se extiende entre marzo 2020 y marzo 2021; las niñas, niños y adolescentes que se encuentran conviviendo temporalmente en Centros Residenciales de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, con medida de protección excepcional de derechos, han tenido acceso a la atención y/o abordaje a la salud mental.

Dicha investigación se inició a comienzos del mes de diciembre de 2020, tras realizar la segunda entrega del Taller de Apoyo del Trabajo Final de la Especialización en Infancias y Juventudes CLACSO. La distancia entre la devolución y/o corrección académica del proyecto de investigación y del inicio de esta produjo cierta incertidumbre en relación con los aciertos o desaciertos en las líneas de investigación y metodología propuestas; no obstante mi interés por el

---

<sup>1</sup> Abogada. Especialista en Infancias y Juventudes. Docente- Investigadora. Integrante del Centro de Investigaciones en Derecho de Infancias y Adolescencias. Facultad de Derecho UNR. Correo: noelia\_dieguez@hotmail.com

tema a abordar nunca fue malogrado; fortaleciéndose luego, con las sugerencias realizadas por el equipo de coordinación de la especialización.

El plan de trabajo de investigación se centró en observar y describir las interacciones y/o articulaciones entre los diferentes organismos administrativos dependientes del ministerio de Desarrollo Social y de Salud de la Provincia de Santa Fe. Se buscó determinar cuáles son las demandas a la administración pública para que los niños, niñas y adolescentes ejerzan y gocen del derecho a la salud mental y en definitiva cómo se efectiviza y; por último, se intentó relevar experiencias que den cuenta si la opinión del niño, niña o adolescente ha sido tenida en consideración para el acceso a dicho derecho.

Para alcanzar estos objetivos se llevaron a cabo una serie de tareas, tales como:

1. Identificación de los Centros Residenciales oficiales y con convenios de la ciudad de Rosario, para luego realizar la georeferencia con los efectores de atención primaria de la salud municipales y provinciales de la misma ciudad, y mapeo de los organismos administrativos provinciales vinculados al tema de abordaje.
2. Confección de encuestas de tipo semiabiertas mediante formulario google drive a los y las responsables de Centros Residenciales, las preguntas como fuentes de información fueron: ¿Cuál es la cantidad de niñas, niños y adolescentes alojados en Centros Residenciales, que actualmente se encuentran con tratamiento psicológico y/o psiquiátrico? ¿En qué efectores reciben dicho tratamiento? ¿Cuál es la frecuencia del tratamiento? Debido al actual escenario sanitario, ¿han surgido modificaciones en el tratamiento?, ¿cuáles? ¿Cuál es la modalidad de atención? ¿Cuenta el Centro Residencial con profesionales de salud mental? ¿Qué recursos considera necesarios incorporar?
3. Para luego, enfrenar el campo a indagar y su posterior análisis con la teoría enmarcada principalmente en las nuevas normas generales y específicas, otras investigaciones realizadas de niñas, niños y adolescentes y salud mental, que transforman el modo de vinculación del Estado con el tema de la niñez, y su capacidad de regular las políticas y las prácticas sociales<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> BARCALA, A. (2020) Clase N° 10 Infancia en tiempos de pandemia y derechos humanos: las desigualdades y violencias hacia los niños y las niñas en condición de vulnerabilidad social

Otra consideración metodológica, que tomó preciso situar tiene que ver con las voces y la participación de las niñas, niños y adolescentes como sujetos activos vinculadas a efectivizar el acceso a la atención de la salud mental, en términos de la hermenéutica ontológica política que busca hacer audibles y visibles las voces y expresiones invisibilizadas en sistemas políticos hegemónicos de la modernidad<sup>3</sup>, con la intención de interpelar y contrarrestar, pues así, los esquemas de pensamiento adultocéntricos que sobresalen en las investigaciones en que solemos caer quienes intentamos transitar el camino de la investigación.

A los fines de organizar el trabajo de esta investigación se proponen las siguientes secciones:

- En pandemia (como huella que imprime la investigación)
- Consideraciones preliminares: hacia el fortalecimiento de la red interinstitucional
- Acerca de las demandas.
- Las voces.
- Algunos aspectos para seguir trabajando a modo de conclusión.

## En pandemia

A comienzos de este año (2020) la Organización Mundial de la Salud anunciaba que el Coronavirus (COVID-19) podía definirse como una pandemia. A partir de dicha declaración, diversos Estados dispusieron diferentes medidas con el fin de prevenir y reducir sus efectos. Argentina, no estuvo exenta, y por medio del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/20, el presidente de la Nación Dr. Alberto Fernández el 12 de marzo decreta la Emergencia Sanitaria por el plazo de un año y con ello el posterior Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO). Empero con el tiempo, el aislamiento se convirtió en distanciamiento social, obligatorio y preventivo, quedando bajo la competencia de las provincias mediante atribución de funciones consagradas en la Constitución Nacional, la regulación de las actividades permitidas<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> ALVARADO SALGADO, S. – PATIÑO LÓPEZ, J. (2020) Clase 1 Desplazamientos epistémicos y metodológicos de los estudios de niñez y juventud: profundizaciones en la hermenéutica ontológica política en Curso Internacional de Infancias y Juventudes. Clacso.

<sup>4</sup> Al momento de finalizar este trabajo, la ciudad de Rosario, se encuentra en fase 1.

Por lo que esta investigación puede ser leída, con expresiones de la coyuntura en que fue enunciada, es decir en pandemia (siendo el período abordado, coincidente con el estado de vigencia de la pandemia a nivel mundial), como enfoque histórico y situado para comprender los dispositivos y dinámicas de producción y reproducción de desigualdades<sup>5</sup> que ella genere en la universalidad que buscan las políticas sociales y la consecuente construcción de ciudadanía y acceso a los derechos de las infancias y adolescencias, agudizando incluso las desigualdades ya existentes en la calidad de servicios de la salud mental, como estratificación históricamente concentrada<sup>6</sup>. En definitiva, tal interrogante solo se podrá zanjar mediante investigaciones comparativas, de momento no contempladas.

## **Consideraciones preliminares: hacia el fortalecimiento de la red interinstitucional**

La provincia de Santa Fe, sanciona en el año 2009 la Ley N° 12.967 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, adhiriendo a la Ley Nacional N° 26.061 (2006) que hace operativo los derechos y garantías consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Con esta ley provincial, y luego con la sanción del Código Civil y Comercial (2015) se coronó por completo el nuevo cambio de paradigma que afirma a los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derecho por sobre la idea de “objeto” propia del modelo tutelar<sup>7</sup>. Es así que la protección integral de las niñas, niños y adolescentes se termina de imponer por completo en la legislación argentina.

Se crean organismos estatales, políticas públicas, medidas de protección integral y excepcionales como categorías nuevas introducidas por el Paradigma

---

<sup>5</sup> ARPINI, E. - DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. I (2020) en foro Clase 2: Las infancias y juventudes en la encrucijada económica y sociopolítica de América Latina y el Caribe.

<sup>6</sup> PÉREZ SÁINZ, J. P (2009) *Estado y Mercado en América Latina: una mirada desde las desigualdades*. Revista Nueva Sociedad N° 221.

<sup>7</sup> GILARDONI, V. (2017) *La autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes a la luz del nuevo código civil y comercial. Un fallo novedoso: sobre cirugía de trasplante de médula ósea*. Thomson Reuters, RDF 81.



de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, dejando atrás definitivamente la Doctrina de la Situación Irregular, y cuyos elementos conforman el Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos.

Es en este sentido, que existen situaciones en la que las niñas, niños y adolescentes, ante el agotamiento, insuficiencia o porque simplemente no son adecuadas las medidas de protección integral son separados (mediante disposición administrativa de medida de protección excepcional de derechos firmada por la autoridad de aplicación de la ley 12.967 (2009)) de su centro de vida o grupo familiar, ingresando para su permanencia temporal, cuando no exista familia ampliada, de la comunidad o del programa de acogimiento familiar a Centros Residenciales dependientes del Sistema de Protección Integral, hasta tanto se pueda revertir el goce y ejercicio de los derechos vulnerados.

Las transformaciones socioeconómicas, junto con los cambios culturales y la fragilización de las instituciones propias de la modernidad, en especial la familia, generaron cada vez más niñas y niños en situación de vulnerabilidad social<sup>8</sup> y con ello cuestiones subjetivas a abordar en el marco de “la huella” de “lo vivido”, y el posible trauma de esa misma excepcionalidad que conlleva a la separación de la niña, niño o adolescente de su grupo familiar.

Por otra parte, ambas leyes mencionan que en cuanto al Derecho a la Salud los niños/as y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud. Siendo los organismos del Estado garantes del acceso universal e igualitario a los servicios de salud.

Es así que, los servicios de salud mental<sup>9</sup>, son convocados por los equipos interdisciplinarios del organismo administrativo de niñez (respondiendo a

---

<sup>8</sup> BARCALA, A. y LUCIANI CONDE, L. (2015) *Salud Mental y Niñez en Argentina. Legislaciones, políticas y prácticas*. Buenos Aires. Teseo.

<sup>9</sup> Por servicios de Salud Mental se comparte la definición que introduce el Dec. reglamentario N° 603/2013 de la ley 26.657 en su artículo 4 en cuanto a darle un sentido no restrictivo, a toda propuesta o alternativa de abordaje tendiente a la promoción de la salud mental, prevención del padecimiento, intervención temprana, tratamiento, rehabilitación, y/o inclusión social,

las estrategias diseñadas para la revinculación –en principio– de la niña, niño o adolescente con su grupo familiar del que fue separado/a), a fin de generar espacios terapéuticos ambulatorios y apropiados de contención, fortalecimiento, generando prácticas con intención subjetivante de los profesionales en las trayectorias de vida de estos niños, niñas y adolescentes, conforme a la ley Provincial 10.772 (1991) y Nacional 26.657 (2010), dándose el entrecruzamiento necesario entre el campo de las infancias y adolescencias con el de la salud mental.

Empero, el trabajo mancomunado o al menos la mirada transversal que se pretende en este tipo de construcciones, desde la sanción de la ley provincial de niñez y en consonancia con las leyes de salud mental, alejan la perspectiva de un abordaje integral en términos de salud general. Esto es debido a que, la puerta de entrada al sistema de salud se produce a partir del primer contacto que tiene la niña, niño o adolescente con su psicólogo/a y/o psiquiatra, generando cierta objetualización de estos que conllevan a la etiquetación y/o estigmas con sus cuidadores y pares convivientes, propiciando en algunas situaciones prácticas institucionales expulsivas.

Se ha podido constatar mediante el Decreto Provincial N° 304/19 que dentro de la órbita del Ministerio de Desarrollo Social y la Secretaría de Niñez y Adolescencia, se crea la Subsecretaría de Salud y Trayectorias Educativas de Niñas, Niños y Adolescentes con una Dirección Provincial, quienes intentan encontrar una mejor comunicación entre los distintos organismos (niñez y salud), en la búsqueda de fortalecer procesos de gestión integrada tendiente a profundizar los abordajes territoriales de atención primaria de salud, en sintonía con las Direcciones a nivel municipal y provincial de Salud Mental, posibilitando de este modo el acceso a un diagnóstico precoz y tratamiento oportuno y evitando prácticas fragmentadas de intervención estatal.

Estos organismos se esfuerzan en la búsqueda de articulación, reconociendo las tensiones existentes entre niñez y salud mental a fin de destrabar los obstáculos presentados entre las diferentes áreas, ya que estas tradicionalmente han funcionado independientemente y hoy se piensa desde una perspectiva de

---

reducción de daños evitables o cualquier otro objetivo de apoyo o acompañamiento que se desarrolle en los ámbitos públicos o privados.

derechos a modo integrador, que deja atrás la idea de que el derecho a la salud sea competencia natural y originaria de los efectores de salud, como transferencia de responsabilidades en la atención de niñas, niños y adolescentes con padecimientos mentales<sup>10</sup>.

## **Acerca de las demandas**

La posibilidad de una lectura rigurosa de las demandas acerca de la salud mental de las niñas, niños y adolescentes convivientes en Centros Residenciales, permite advertir acerca de la brecha de desigualdades persistentes; y respecto de ella, interpelar también las prácticas.

Pensar en demandas de salud mental, como categoría aislada de la salud, atenta contra la intención de pensar a la salud mental de manera integral. Se puede advertir a priori una división arbitraria, que pone en riesgo la mirada de la integralidad de las políticas sociales en relación con las y los sujetos destinatarios: niñas, niños y adolescentes.

Sin embargo, y atendiendo al nuevo paradigma la salud mental debe ser considerada tal como lo establece el Artículo 3 de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657, como aquella que "... reconoce un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas". Desde esta perspectiva la Salud mental ya no puede ser entendida como un estado, sino que en la idea de proceso subyace el trabajo del acompañamiento, de las condiciones del entorno, sin reducir la persona a su padecimiento.

De las encuestas realizadas, en el corto tiempo que duró este proyecto, en la pesquisa de determinar cuáles son las demandas que requieren las niñas, niños o adolescentes sin cuidados parentales y que se encuentran conviviendo

---

<sup>10</sup> RAFFO, P. (2017) *Niños, Niñas y Adolescentes consumidores de drogas ¿Entre la protección especial y la garantía de derechos?* RDF N°82 Thomson Reuters.

temporalmente en Centros Residenciales, pudieron haber diferido al momento de escribir este trabajo, agudizando la tan compleja problemática el continuo contexto vigente de pandemia. No obstante, las considero suficientes para dar cuenta de algunas cuestiones preliminares que por su importancia merecen ser destacadas, ya que nos permiten avanzar en el comienzo de nuevas miradas hacia el tema.

En este camino, surge como dato que dos de cada tres niños, niñas o adolescentes que conviven en los residenciales, se encuentran con atención psicológica y/o psiquiátrica, con una frecuencia del tratamiento de manera semanal, siendo atendidos y atendidas por profesionales de la atención primaria de la salud tanto a nivel municipal como provincial y Hospitales. Sin embargo, un gran porcentaje de niños, niñas y adolescentes que se encuentran conviviendo en los Centros Residenciales con convenios (asociación civil) son atendidos de manera particular. En este sentido, Barcalá con buen atino y coincidente con lo mencionado sostiene que, las políticas de salud mental, enmarcadas dentro de una poderosa política neoliberal constructora de subjetividades, colaboraron en la deconstrucción de la condición de ciudadano como sujeto de derecho para convertirla en otra la de consumidor/cliente y el acceso a los cuidados pasó a ser una mercancía, posible de comprar según cada hogar.

A su vez, se ha podido observar que las demandas de los efectores públicos, comprenden las gestiones necesarias para el acceso y/o continuidad a las prestaciones en lo referente a las consultas profesionales (psicología, psiquiatría, acompañamiento terapéutico entre otras), tratamientos ambulatorios, internación-externación, medicamentos.

En relación con estos puntos, otra vez corresponde introducir la pregunta por los efectos de la pandemia, como causal posible en el inicio o modificación de la continuidad del tratamiento psicológico/psiquiátrico, por lo que a través de algunos relatos se puede desprender lo siguiente:

“(...) turnos irregulares por disposición de los profesionales y por aislamiento preventivo del adolescente (...)” (CPT)

“(...) en tres situaciones se encuentran suspendidos los tratamientos debido a que el efector de salud se encuentra abocado a atender COVID-19 (...)” “(...) a les niñas no les resulta cómoda la atención remota (...)” (Casa de la Niña)

“(…) los tratamientos que se desarrollaban en forma presencial han sido reemplazados por llamadas quincenales y hasta mensuales, a veces no sostenidas por les niñes, perdiendo cierto hilo del tratamiento farmacológico (…)” (Casa Puente)

“(…) las primeras solicitudes, se encontraban con la respuesta de la “atención para la urgencia”, repliegue de especialidades en pos de evitar circulación y abocarse a la tarea de contención / atención de COVID-19 (…)” (Casa Puente)

(…) han surgido modificaciones, ya que la asistencia se da con menor frecuencia y en forma virtual en muchas ocasiones (…)

“(…) debido a la situación sanitaria actual no se ha podido concretar el tratamiento presencial en el centro de salud (…)

(Bujías)

Estos fragmentos nos muestran la lectura que realizan algunos de los y las responsables de los Centros Residenciales, centrándose en el malestar que produce la pandemia debido al contexto sanitario, y que trae como emergentes la falta de recursos humanos e infraestructura suficiente para la atención en el marco de las estrategias dispuestas por los equipos interdisciplinarios de las niñas, niños o adolescentes.

Otro punto que surge y cómo ya se ha dicho, es aquel vinculado a las internaciones de niñas, niños y adolescentes por aducir razones de compromiso de la Salud Mental, sea en Hospitales Generales como en Comunidades Terapéuticas, es preciso tener presente el Artículo 14 de la ya citada Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657. Allí se sitúan las internaciones como un “último recurso terapéutico” y “de carácter restrictivo ante situaciones en que se advierta riesgo cierto o inminente para sí o para terceros”, debiendo en su caso cumplir ciertos procedimientos: acreditar criterios de evaluación, diagnóstico interdisciplinario y motivos que la justifiquen, promover el mantenimiento de los vínculos, ser lo más breve posible.

El hecho de hacer explícitos estos reparos, además de poner de manifiesto la distancia con la historia de segregación y abusos consumados en nombre de la Salud Mental, forma parte de un cuerpo sensible de prácticas agenciadas, por

atender y garantizar. Sin lugar a dudas, en este agenciamiento se traza parte de la injerencia<sup>11</sup> de la articulación que los organismos administrativos deben darse, como se mencionaba en una de las secciones de este trabajo.

Por un lado, se da la necesidad de las y los actores intervinientes de precisar un diagnóstico, y por el otro la larga duración de las internaciones prolongadas, quienes aún con el alta médica no tienen donde regresar, ya que se produce en varias ocasiones la causal de la expulsión no solo del Centro Residencial que lo debería “alojar” tras su externación de los hospitales generales, sino también en lo que respecta a la categoría niñez, así se ponen de manifiesto:

“(...) los profesionales informan que el niño presenta sintomatología a fin a una estructura psíquica compleja y grave que no hacen posible la convivencia de (...) con otros niños menores, generando situaciones de impulsividad agresiva que ponen en riesgo la integridad física y emocional de (...) y los demás niños convivientes (...)”

” (...) la institución se encuentra excedida en cuanto a sus posibilidades de contención (...)”

“(...) se solicita que los organismos correspondientes decidan otra alternativa de alojamiento (...)”

“(...) se decide informar la imposibilidad de reingreso y permanencia de (...) a la institución”

“(...) se recuerda que la institución (...) no cuenta con recursos suficientes para abordar personas en esta situación de descompensación permanente (...)”<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Informe Análisis de la demanda de la Dirección Provincial de Salud y Trayectorias Educativas de Niñas, Niños y Adolescentes 2020-2021 de la Provincia de Santa Fe, elaboración de informe a cargo de BARRILLI, Celina.

<sup>12</sup> Fragmentos sustraídos de informe Análisis de la demanda de la Dirección Provincial de Salud y Trayectorias Educativas de Niñas, Niños y Adolescentes 2020-2021 de la Provincia de

De este modo, en vez de que el diagnóstico se constituya en una herramienta terapéutica, se traduce en una metáfora de muerte social y destrucción de su subjetividad<sup>13</sup>, produciéndose la estigmatización como una variable de exclusión en la pérdida de la inclusión social, aglomerando a las niñas, niños o adolescentes en lo que Barcala denomina la práctica de la derivación<sup>14</sup>, en estos supuestos a otras instituciones y/o centros residenciales con “atención especializada”, continuando con la lógica de los viejos paradigmas tutelares, y como carencia de las instituciones propias del sistema de protección integral de niñez y adolescencia en la que puedan ser cuidados no pudiendo exigir su derecho de ciudadanía.

## Las voces

Desde la “sociología de las ausencias”, que propone Boaventura De Sousa Santos, las voces de las niñas, niños y adolescentes con problemáticas en salud mental han sido por muchos años invisibilizadas como operación del poder opresor, conformando una “monocultura de naturalización de las diferencias”. Inclusive esta invisibilización ha llevado a que la “voz infantil”<sup>15</sup> sea uno de los mayores retos para historiadores como para investigadores, siempre captadas y manufacturadas por un mundo adulto que en su mayoría han buscado determinar las experiencias de los niños, niñas y adolescentes y no el agenciamiento de sus voces.

Las infancias y adolescencias en cuanto a categorías epistemológicas no acabadas por el constante dinamismo que le adjudica el ser considerados sujetos activos sociales y políticos, buscan apropiarse desde abajo de las nuevas (re) significaciones pudiendo así gozar y ejercer fehacientemente sus derechos, como lo es el derecho de participación y que su opinión sea tenida en cuenta. Esto en consonancia con la sociología de las emergencias, que busca el potenciamiento

---

Santa Fe, elaboración de informe a cargo de BARRILLI, Celina.

<sup>13</sup> BARCALA, A. La medicalización de la niñez: prácticas en salud mental y subjetividad de niñas, niños y adolescentes con sufrimiento psicosocial.

<sup>14</sup> Ibidem, pág. 86.

<sup>15</sup> SOSENSKI, S. Introducción al libro Nuevas Miradas. Clase N° 6 Curso Internacional de Infancias y Juventudes. Clacso.

y la potencia de lo que ya está, de lo que es irrenunciable negar, de lo que es imposible silenciar.

En las voces, hay trayectorias de vida, hay memoria, hay construcción de subjetividades y de ciudadanía. En ellas, hay protagonismo y participación activa desde una perspectiva respetuosa de la diversidad cultural, de género, filiación y de las identidades propias que portan, reconociendo las realidades existentes de cada uno y una de ellas, con la finalidad de transformarlas, jerarquizarlas.

Los niños, niñas y adolescentes como ciudadanos y ciudadanas deben formar parte de los procesos de toma de decisiones para transformar su realidad social<sup>16</sup>, como parte de la construcción de ciudadanía atendiendo a todos los asuntos que les conciernen, no siendo la salud mental ajena a ello.

El ordenamiento jurídico vigente enmarcado en los derechos humanos, tanto a nivel internacional, nacional y provincial en materia de infancias y adolescencias como de salud subrayan el hecho de otorgar voz a los niños, niñas y adolescentes e introducen la categoría de autonomía progresiva de estas y estos sujetos. La capacidad ya no será ponderada sobre la base de criterios etarios fijos, sino que más bien pone de resalto para el ejercicio de esa capacidad aptitudes psíquicas, psicológicas, sociales, culturales, económicas entre otras<sup>17</sup>, teniendo en cuenta el grado de madurez y desarrollo progresivo para valorar a cada quien. Darles a las niñas, niños y adolescentes la posibilidad de desarrollar su autonomía en colaboración con las y los adultos de su entorno como referentes del mundo adulto que tienen por responsabilidad indeclinable la identificación y acompañamiento en la gestión del acceso a los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la trama de la política pública de protección, pone de manifiesto la participación activa de estas y estos.

En la búsqueda de intentar plasmar las voces de las demandas en cuanto a la atención de la salud mental de niñas, niños y adolescentes, se repliegan

---

<sup>16</sup> LLANOS ERAZO, D. (2020) *Las ciudadanías infanto-juveniles en contextos de vulneración de derechos*. Clase N° 2 Seminario Infancias y Juventudes; hegemonías, violencias y prácticas culturales. Clacso.

<sup>17</sup> GILARDONI, V. (2017) *La autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes a la luz del nuevo código civil y comercial. Un fallo novedoso: sobre cirugía de trasplante de médula ósea*. Thomson Reuters, RDF 81.



asiduamente la de las y los actores institucionales a cargo de las situaciones, mediando de algún modo las necesidades de quienes sean sus cuidadores, a modo de ejemplo, propongo algunas:

“(…) empezó a manifestar severos desbordes emocionales, con notable violencia y agresividad, atentando y lastimándose a sí misma, a sus pares y cuidadores, rompiendo intencionalmente objetos o parte del mobiliario de la institución (sillas, ventanas, cortinas, puertas) y exponiéndose a graves peligros (intentando, por ej., arrancar cables). En esas situaciones el personal intenta permanentemente contenerla y calmarla en principio desde la palabra, y en ocasiones intentando abrazarla para que no se lastime a sí misma, a otros niños o rompa objetos, frente a lo cual... reacciona con mayor agresividad intentando soltarse o defenderse de alguna manera. Por ello rasguña, muerde, pega patadas o golpes de puño a sus cuidadores”.

“(…) se encuentra alojado desde que se tomó la MPE, noviembre del 2019 (...) manifiesta dificultad en expresar sus emociones. Motivo por el cual se cree necesario una oportuna intervención de ustedes para poder efectivizar el pedido de atención para el pequeño”.

“(…) ingresó en agosto de 2019 (...) Al día de hoy no es claro cuánto sabe (...) de lo que sucedió y a cuánto de lo acontecido estuvo expuesta. Por dibujos y relatos (un tanto confusos) que realizó al poco tiempo de su ingreso sospechamos que algún conocimiento tiene pero aún no fue puesto en palabras. (...) es una niña distraída, generalmente se dificulta sostener una conversación. En el espacio institucional no surgió nada en relación con lo sucedido ni la toma de medida, como tampoco se lo contó a ninguno de sus cuidadores (...). Consideramos necesario un espacio de escucha individual y por fuera de la residencia, para brindar contención y trabajar lo sucedido”.

“(…) el adolescente pasará a Programa Autonomía Progresiva (...) se trabaja en una resolución definitiva, ya que no hay posibilidad de retorno al centro de vida y el adolescente no quiere volver. Que con el equipo técnico CPT se acordó que una vez establecido el espacio terapéutico para el adolescente, el ETI 3 le informará dicha situación”<sup>18</sup>

Lo cierto es que, si bien se brinda una escucha atenta a las problemáticas en el espacio de la vida diaria con los actores territoriales, las demandas son desde un mundo adulto al que le cabe preguntarse por las voces de las niñas, niños o adolescentes como derecho a la participación y a que su opinión sea tenida en cuenta, ¿se busca la palabra de la niña, niño o adolescente en cuanto a lo sucedido? se le pregunta ¿qué podrían necesitar en adelante?, ¿cómo pueden ser acompañados?, ¿se le consulta acerca de la búsqueda y en definitiva de su decisión de asistir a un espacio de contención que pueda alojar lo que le viene sucediendo o lo que sucederá?, son interrogantes que se introducen a fin de evitar la patologización de las infancias y juventudes, posibilitando desplegar ciertos mecanismos que permitan acompañar a los niños, niñas y adolescentes y a quienes cuidan de estas y estos en la difícil tarea de identificar y evaluar esos procesos.

## **Algunos aspectos para seguir trabajando a modo de conclusión**

Luego de analizar el Sistema de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, con su marco teórico conceptual y las categorías introducidas como nuevas, con la transversalidad puesta en el campo de la salud mental, posibilita arribar a diversas reflexiones, ubicadas en el contexto de pandemia.

Si bien la legislación es una herramienta que otorga un marco regulatorio a la situación planteada, no debe ser la única herramienta válida, sino que debe complementarse e integrarse constantemente a los contextos actuales –pandemia–, considerando la mirada transdisciplinar como una perspectiva crítica, de

---

<sup>18</sup> Fragmentos sustraídos del informe Análisis de la demanda de la Dirección Provincial de Salud y Trayectorias Educativas de Niñas, Niños y Adolescentes 2020-2021 de la Provincia de Santa Fe, elaboración de informe a cargo de BARRILLI, Celina.

manera que el abordaje a estas situaciones (nunca vividas), faciliten un andar y una mirada integral y singular en las trayectorias de vida de cada niño, niña o adolescente, que requieran concretas y diversas intervenciones, generando pues así, procesos subjetivantes donde lo propio, lo particular de cada Sujeto se inscriba en cada proceso del que le concierne.

A partir de la problematización con la que se inicia esta incipiente investigación, y como logro para las infancias y adolescencias en lo que respecta a la creación de nuevos organismos administrativos que contemplan estas problemáticas situadas, es posible pensar que la deconstrucción y construcción de procesos vinculados a las infancias y adolescencias asociadas a los padecimientos psíquicos, deben generar mecanismos de apoyo para favorecer la accesibilidad, evitar la expulsión de las niñas, niños y adolescentes del sistema de promoción y protección integral, contribuir a mejorar la calidad en la atención de los servicios y las buenas prácticas de las y los profesionales intervinientes, a través de la optimización de los recursos existentes, el multiagenciamiento de propuestas y orientaciones para la formulación de políticas públicas, hoy con el sello del término de la época.

La red de atención primaria de la salud (APS) visibiliza el desborde que trae la pandemia en cuanto a la atención de salud- salud mental, más allá de la trama de posibilidades, esfuerzos y voluntades de quienes se encuentran en la trincherita. Sin embargo, el anclaje en la atención primaria de la salud no pasó de ser más que un discurso bien intencionado (Barcala, 2015) del nuevo paradigma en salud mental, debido a que las respuestas demuestran que se sigue recurriendo en mayor porcentaje a los Efectores de 3er Nivel (hospitales), acrecentando lo mismo el actual escenario sanitario.

Se repara además, el desprendimiento abrupto de los servicios de atención de salud primaria correspondientes a los domicilios de las familias de origen de los niños, niñas y adolescentes, que genera una sobre saturación de los efectores de salud georeferenciados a los residenciales.

La intersectorialidad como desafío persistente, más allá de la multiplicidad de actores institucionales existentes en el abordaje y atención, jerarquizando la articulación en pos de la salud - salud mental de las niñas, niños y adolescentes.

Otro desafío aún por cumplir, incluso para dar continuidad a esta investigación, es recuperar el eje de la subjetividad y las voces de las niñas, niños y adolescentes que hacen a la singularidad de cada situación a abordar. En términos de

Efron (2017) “Escuchar a un niño no es meramente el ejercicio pasivo de registrar sus vocalizaciones, sino que implica un compromiso profundo con su palabra y su contexto”; es un acto de hospitalidad, que solo es posible desde una posición de desamparo de nuestras certezas que apunta particularmente a la distinción de la escucha hacia un niño: “Un niño es un extranjero que formula su pregunta desde un territorio del que hemos sido desterrados, en una lengua que olvidamos. Por ello hospedarlo, escucharlo, requiere un particular despojamiento”, esto es, una disponibilidad particular (Stolkiner, 2013).

Finalmente, pero no por último menos importante, son las condiciones de alojamiento en Centros Residenciales –como marco del acompañamiento de la salud mental de las niñas, niños y adolescentes alojados–, que deja al descubierto esta investigación. Si las infancias son históricamente construidas (Sosenski, 2020), ¿qué marcas de valoraciones colectivas hegemónicas de esta época están presentes en los Centros Residenciales, que podrían ser consideradas socialmente inclusivas? ¿Con qué operaciones del lenguaje –del habla, lo gestual, las corporalidades, lo sensorial– tiene lugar la construcción de las infancias en Centros Residenciales? ¿Están presentes en las prácticas y condiciones de los Centros Residenciales las materialidades con que se identifican hoy las infancias?<sup>19</sup> Y por supuesto, teniendo en cuenta el contexto particular del período de referencia, cómo y con qué se construyeron las infancias durante el tiempo de pandemia.

Estamos en una época de las relaciones democráticas, de la despatologización de la identidad sexual, de la desinstitucionalización de la pobreza, de derechos humanos. De formación continua para los trabajadores. Una época que concibe la separación de las niñas, niños y adolescentes de sus familias de origen en tanto Medida de Excepción, por lo que apela en primer lugar a Medidas Integrales, y en su caso, insta a todo un sistema de actores institucionales a entamar prácticas tendientes a la restitución de los derechos vulnerados, y de manera diligente.

La pandemia vino a interpelar todo esto, y tal vez más también; ¿o acaso con la idea de excepcionalidad se apela meramente al espacio de alojamiento, sin reparos de prioridad, por ejemplo, en lo relativo a las condiciones para acompañar la salud

---

<sup>19</sup> Interrogantes tomados del informe Análisis de la demanda de la Dirección Provincial de Salud y Trayectorias Educativas de Niñas, Niños y Adolescentes 2020-2021 de la Provincia de Santa Fe, elaboración de informe a cargo de BARRILLI, Celina.

mental: acceso a tratamientos, a espacios de socialización, incluso a recursos de movilidad?<sup>20</sup>

Convencida de que se presentan nuevos desafíos, en el que académicos/as, investigadores/as, profesionales, funcionarios/as, ciudadanos/as, niños/as, jóvenes, tenemos el deber en el lugar y/o rol que ocupemos y a fin de evitar que se produzcan retrocesos en el cumplimiento efectivo de los derechos, diseñar e implementar políticas públicas, acompañarlas de herramientas teórico– metodológicas, analizando posicionamientos y ubicando o construyendo nuevas categorías epistemológicas que generen otras prácticas de intervención.

---

<sup>20</sup> Interrogantes tomados del informe Análisis de la demanda de la Dirección Provincial de Salud y Trayectorias Educativas de Niñas, Niños y Adolescentes 2020-2021 de la Provincia de Santa Fe, elaboración de informe a cargo de BARRILLI, Celina.

## Referencias bibliográficas

- Acosta, A. (2020) *Políticas de infancias y adolescencias. Los claros y oscuros en las políticas públicas de infancias en América Latina*. Clase N° 5 en Seminario de Epistemologías, metodologías y políticas en infancias y juventudes. Clacso.
- Alvarado Salgado, S. y Patiño López, J. (2020) Clase 1 *Desplazamientos epistémicos y metodológicos de los estudios de niñez y juventud: profundizaciones en la hermenéutica ontológica política* en Curso Internacional de Infancias y Juventudes. Clacso.
- Barcala, A. (2020) Clase N° 10 *Infancia en tiempos de pandemia y derechos humanos: las desigualdades y violencias hacia los niños y las niñas en condición de vulnerabilidad social* en Curso Internacional de Infancias y Juventudes. Clacso.
- Barcala, A. y Luciani Conde, L. (2015) *Salud Mental y Niñez en Argentina. Legislaciones, políticas y prácticas*. Buenos Aires, Teseo.
- Barrilli, C. Informe de solicitudes/demandas (2020/2021) presentados a la administración pública DPSyTE.
- Fama, M. V. y Herrera, M. Crónica de una ley anunciada.
- Gilardoni, V. (2017) *La autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes a la luz del nuevo código civil y comercial. Un fallo novedoso: sobre cirugía de trasplante de médula ósea*. Thomson Reuters, RDF 81.
- Llanos Erazo, D. (2020) *Las ciudadanías infanto-juveniles en contextos de vulneración de derechos*. Clase N° 2 Seminario Infancias y Juventudes; hegemonías, violencias y prácticas culturales. Clacso.
- Llobet, V. (2013) Sentidos de exclusión social. Beneficiarios, necesidades y prácticas en políticas sociales. Bs. As., Biblos.
- Pérez Sáinz, J. P (2009) *Estado y Mercado en América Latina: una mirada desde las desigualdades*. Revista Nueva Sociedad N° 221.
- Raffo, P. (2017) *Niños, Niñas y Adolescentes consumidores de drogas ¿Entre la protección especial y la garantía de derechos?* RDF N°82 Thomson Reuters.
- Rey Galindo, M. (2020) *Los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de derecho* en Seminario Epistemologías, metodologías y políticas en infancias y juventudes, Clase 6. Clacso.

Sosenski, S. y Jackson Albarrán, E. (coord.) (2012) *Nuevas Miradas a la historia de la Infancia en América Latina: entre prácticas y representaciones*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas.

Stolkiner, A. La interdisciplina: entre la epistemología y las prácticas disponible en <http://www.campopsi.com.ar/lecturas/stolkiner.htm>

# La intervención del órgano administrativo de protección de derechos durante la internación y tras el alta<sup>1</sup>

*Ángela Gabriela Fernández<sup>2</sup>  
Esteban Caride<sup>3</sup>*

## **Algunas ideas centrales sobre el derecho a la salud mental**

El derecho a la salud, la correlativa obligación del Estado de garantizar a los NNyA su disfrute al más alto nivel posible y las pautas a seguir por las autoridades públicas, surgen de diversa normativa internacional, nacional y local, como son la Constitución Nacional (artículo 75, inc. 22); Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24.1); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; ley 26.061 (art. 14), ley 26.657, ley 114 CABA (art. 23), ley 448 CABA.

---

<sup>1</sup> Esta ponencia responde a la opinión personal de los autores; no debe considerarse una postura institucional del organismo en el que se desempeñan.

<sup>2</sup> Abogada (UBA). Docente de Principios de Derechos Humanos y Derecho Constitucional (CBC, UBA). Empleado del Ministerio Público de la Defensa. Ex integrante del Equipo Público de Abogados/as del Niño/a de la Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. [angelagfernandez@yahoo.com.ar](mailto:angelagfernandez@yahoo.com.ar)

<sup>3</sup> Abogado (UCA). Especialista en Derecho de Familia (USAL). Funcionario del Ministerio Público de la Defensa. Ex Tutor Público. Ex Cotitular de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de NNyA de la Defensoría General de la Nación. [escaride@gmail.com](mailto:escaride@gmail.com)



No consideramos preciso, en el ámbito de este Congreso, extenderse en explicaciones en cuanto a que la internación psiquiátrica o el padecimiento mental no implican necesariamente discapacidad, sino que las normativas son complementarias y dan congruencia a los estándares mínimos exigibles al Estado. Además de que, en la realidad, muchas veces convergen ambas condiciones de vulnerabilidad.

Conforme el art. 3 de la ley 26.657, la salud mental se reconoce como un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.

Esta ley reconoce, entre otros, los derechos de las personas con padecimientos mentales a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud; a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria; a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe, teniendo en cuenta para ello –conforme al art. 9 de la misma ley–, que el proceso de atención debe realizarse preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario y en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial, basado en los principios de la atención primaria de la salud. Y este deberá orientarse al reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales.

La Corte Interamericana tiene dicho que todo tratamiento de personas que padecen discapacidades mentales debe estar dirigido al mejor interés del paciente, debe tener como objetivo preservar su dignidad y su autonomía, reducir el impacto de la enfermedad y mejorar su calidad de vida (Corte IDH, 2006, punto 109).

Cabe recordar que el mismo tribunal, al condenar a Argentina en el caso Furlan, dijo que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos,

sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (Corte IDH, 2012, párr. 134).

Tenemos hasta aquí estos conceptos básicos: *la salud mental es un proceso; su atención debe estar ordenada a reducir el impacto de la enfermedad; las obligaciones del Estado se determinan en función de las necesidades particulares del sujeto.*

## **El proceso de control judicial de la internación por salud mental**

Repasemos a continuación en qué consiste hoy día un típico control judicial de la Justicia Nacional de la internación psiquiátrica ocurrida en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y si su contenido es suficiente para responder a esas tres ideas.

Producida una internación por salud mental de un NNnA, actualmente la intervención judicial se limita al tiempo que aquella dure. En el marco procesal, interviene los abogados que ejercen la defensa especial establecida en el artículo 22 de la LNSM, se requieren informes periódicos al lugar de internación y se archiva el expediente al ser informada el alta de internación. Trabaja fundamentalmente sobre dos ejes, que responden al ideario de base de dicha ley: que la internación tenga la menor duración posible y controlar el accionar de las instituciones y profesionales de salud mental en ese lapso. Pero poco se ocupa de lo que pasará con esa persona desde el momento en que egrese de la institución, cómo y dónde seguirá su atención ambulatoria, si volverá al mismo entorno familiar o social donde vivía al momento de evaluarse necesaria la internación.

La Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad (art. 22 ley 26.657) que integra el Ministerio Público de la Defensa de la Nación –es justo destacarlo– despliega una intensa actividad que incluye la articulación con organismos y efectores varios, para encauzar de la mejor manera posible la derivación y continuidad del tratamiento de sus asistidos una vez que egresen del lugar de internación. Ahora bien, esa intervención más allá del mero control del tiempo de permanencia en el hospital o clínica, a menudo encuentra obstáculo en la ausencia de normativa procesal que regule esos aspectos y asigne roles

específicos. Es que sin perjuicio de la operatividad de los derechos reconocidos en instrumentos internacionales sobre la materia, siempre es conveniente que una norma local baje dichos enunciados en el ámbito práctico. Es decir, ya no la idea de un “Estado parte” obligado a garantizar derechos, sino organismos, dependencias, y funcionarios últimos responsables, a quienes requerir recursos de atención de la salud mental y a quienes exigir judicialmente el cumplimiento cuando la respuesta a ese pedido sea “no hay”.

Con ello en mente, esta ponencia busca establecer un marco temporal concreto, tomando como referencia el inicio de la internación, para una eficaz y eficiente intervención del órgano administrativo de protección de derechos.

## **La persona afectada y su entorno**

A nadie escapa que el entorno en que se desarrolla la vida de una persona tiene directa relación con su estado de salud en general y con su equilibrio psíquico en particular. De allí que parece indispensable trabajar con quienes están fuera del hospital o clínica mientras su hijo, hermano o nieto cursa la internación. Porque de ese entorno viene el paciente y a ese entorno habrá de volver en la mayoría de los casos. Mediarlo, estabilizarlo e indicarle un tratamiento ambulatorio no es suficiente, entonces, para garantizar un cambio en la vida del NNoA y mejores condiciones en su existencia cotidiana para que no se repita la crisis y el problema se torne cíclico.

En el conjunto de contextos posibles, es particularmente grave el de aquellos NNoA que presentan consumo problemático de drogas y se ven inmersos en un circuito que los ve pasar una y otra vez por áreas de competencia de la salud, de protección de la niñez y del sistema judicial tanto civil como penal. En este último caso, ingresando también a centros de régimen cerrado. Tal como describe Folgar (2016, p. 85-86), los períodos de permanencia en las comunidades terapéuticas suelen ser muy breves, con poca adherencia a las indicaciones y finalizan por abandono más que por alta médica. El paso por un dispositivo de salud se traduce entonces en una oportunidad perdida, por la virtualmente nula continuidad del tratamiento, que lleva a su vez al retorno a la llamada “situación de calle” y a retomar el consumo de sustancias, con todas las implicancias en cuanto a la vulneración de otros derechos aparte de la salud.

Si durante la internación no se obtienen logros paulatinos en el contexto sociofamiliar y en la obtención del recurso terapéutico adecuado, la consecuencia previsible es una prolongación innecesaria de aquella, manteniéndose por consiguiente la vulneración de una serie de derechos (a la libertad personal, a la convivencia familiar, a la escolarización y esparcimiento con sus pares en la comunidad, etc.) y la exposición a riesgos para la integridad física y psíquica que emana de la misma privación de libertad.

Denominada en el ambiente “internación social” o “por razones sociales” pero descripta como la verificación reiterada de actos, hechos u omisiones estatales, que afectan a una pluralidad de personas, algunos autores consideran que el colectivo reúne las características de “clase” en los términos del fallo “Halabi” y plantean la procedencia de un remedio colectivo (Maestri, Molina Chavez, Freije, 2016, p. 3).

## **Implementación de asistencia y de recursos**

Por nuestra parte, la propuesta es que el órgano que tiene entre sus funciones principales garantizar el ejercicio de los derechos y remover los obstáculos que pudieran presentarse para lograr ese cometido, deba participar activamente durante el período de internación articulando con el equipo tratante, trabajando en el contexto familiar, poniendo en juego los recursos terapéuticos, sociales, económicos y humanos necesarios para que la familia del paciente comprenda la situación de este, modifique aquellas conductas o actitudes que pudieran resultar perjudiciales para la salud psíquica del NNoA y pueda operar como un ambiente contenedor y de cuidado. Familia que también sabrá, en adelante, qué recursos son los más adecuados para la atención ambulatoria y cuente con vías de comunicación ágiles con el organismo de protección para reclamar administrativa o judicialmente al nivel y área de gobierno que correspondan la colaboración que el NNoA precise para sostener los tratamientos y evitar así –dentro de lo posible– que se repitan las crisis e internaciones.

También habrán de buscarse estrategias novedosas y superadoras para los casos de niños y jóvenes con consumo problemático y habitual, pues queda claro que el abordaje actual es insuficiente y deficitario (Folgar, 2016, p. 86).

Es cierto que en muchos casos demandará articular con otras jurisdicciones, como es el caso de la Provincia de Buenos Aires, de la que proviene buena parte de los NNyA que transitan internaciones psiquiátricas en los hospitales de la Ciudad Autónoma. Pero las dificultades que puedan encontrarse para ello no pueden erigirse en barreras infranqueables, del mismo modo que una delimitación territorial dentro de la República no puede constituir un límite para la vigencia de los derechos de una NNoA.

## **Buscando nuevo y mejor sentido a la intervención judicial**

También se procura evitar que el juez disponga el archivo de las actuaciones ante la sola comunicación del alta. Es que si bien estrictamente ha cesado la internación sobre la cual la ley 26.657 pretende un estricto control, no es menos cierto que el Estado y en particular el Poder Judicial en tanto custodio último de los derechos, no puede dejar librada a su suerte a una persona altamente vulnerable, como es un NNoA, con discapacidad o –cuando menos– con una compleja problemática de salud mental.

Viene al caso recordar aquí lo dicho en la sentencia “Furlan vs. Argentina” ya citada, en el sentido de la situación de vulnerabilidad agravada que envuelve a una persona menor de edad con padecimientos mentales y el deber del Estado de adoptar todas las medidas adecuadas y necesarias para enfrentar dicha situación (Corte IDH, 2012, párr. 269). En el contexto que nos ocupa, ello se traduce en que, aplicando el principio de la protección judicial, el juez verifique que se han implementado los recursos, ayudas y apoyos necesarios para garantizar un tratamiento adecuado y de calidad tras la internación. El proceso judicial de control de internación puede interactuar inteligentemente con las restantes intervenciones estatales a favor de la persona (Freije, 2020, p. 57).

Partiendo de esta idea, consideramos que la labor del juez culminará cuando la persona menor de edad tenga acceso a un tratamiento de las características que haya indicado su equipo tratante, en un efector de salud que idealmente deberá estar próximo a su domicilio. Y operará, en todo caso, como un refuerzo de la necesaria articulación interjurisdiccional que primariamente corresponde al órgano de protección de derechos, en beneficio de la persona cuyos derechos se pretenden garantizar.

## La propuesta

Por todo lo expuesto, se propone de *lege ferenda*:

El órgano administrativo de protección de derechos, al producirse en su jurisdicción la internación por salud mental de una persona menor de edad, deberá tomar intervención activa en el caso, la que como mínimo consistirá en: 1) articular con el equipo tratante; 2) trabajar sobre el grupo familiar para mejorar aquellos aspectos que pudieran haber sido perjudiciales para la estabilidad psíquica de aquel, fortalecer su rol en el cuidado del NNoA, colaborar en la inserción y adhesión al tratamiento ambulatorio que se le indique en efectores de salud próximos al domicilio; 3) coadyuvar en la gestión de los recursos públicos y gratuitos de toda índole que fueran conducentes para favorecer la reinserción familiar y comunitaria del NNoA y reducir el riesgo de nuevas internaciones.

Al otorgarse el alta de internación, el organismo –en conjunto con el equipo tratante del lugar de internación– deberá informar al juez la actividad desplegada y los resultados concretos obtenidos. Si la internación se prolongara más de 30 días, el informe deberá presentarse con frecuencia mensual, además del correspondiente al momento del alta.

Como recaudo previo a disponer el archivo del expediente, el juez deberá contar con un informe acerca de la efectiva inserción del NNoA en el tratamiento que le fue indicado.

## Referencias bibliográficas

- Corte IDH, sentencia del caso “Ximénez Lopes vs. Brasil”, 4 de julio de 2006. Microsoft Word - Seriec\_149\_esp.doc (corteidh.or.cr)
- Corte IDH, sentencia del caso “Furlan vs. Argentina”, 31 de agosto de 2012. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (corteidh.or.cr)
- Freije, J. (2020). *Reconfiguración del proceso de control de internación por salud mental para garantizar el acceso a la justicia*. RDF. Thompson Reuters, mayo 2020, 94.
- Folgar, M. L. (2016). *Consumo problemático de sustancias psicoactivas de NNyA en situación de calle. Vulnerabilidad extrema: tensión entre el discurso jurídico y la realidad*. Revista del MPD, N°11, diciembre 2016.
- Maestri, M. V., Molina Chavez, M.F., Freije, J. *Justiciabilidad de los derechos fundamentales*. TR LA LEY AR/DOC/4564-2016.

# Involucramiento del Estado dentro del proceso judicial penal en niño/as, adolescentes víctimas de abuso sexual infantil

*María de los Ángeles Giménez  
Walter Antonio Reinoso<sup>1</sup>*

## Introducción

Todo niño, niña y adolescente (en adelante NNyA) tiene derecho a una “protección especial”, lo cual implica, tal como lo define Beloff: “(...) el reconocimiento normativo de la vulnerabilidad esencial de los niños (...) Tal vulnerabilidad esencial, que ha sido llamada también absoluta o radical, justifica la existencia de deberes estatales especiales (...)”<sup>2</sup>, regulado ampliamente por la normativa internacional.

Entre los instrumentos internacionales en los cuales dicho derecho está regulado, se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención de los Derechos del Niño, las Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos 2005/20, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros. Y, en el ámbito

---

<sup>1</sup> De esta ponencia participaron los siguientes alumnos: Améndola Martín; Butera Robles Alexis Nicolás; Canardo Ernesto; Cristofano Alexia; Vallejos Alejandra y Kissner Estefanía.

<sup>2</sup> ELOFF MARY, “Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales”. Editorial Hammurabi, 2da edición 2019. Pág. 39.



interamericano, se encuentra regulado en la Convención Americana de Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre y en la Convención de Belém do Pará, entre otros.

En el marco de lo que establece la normativa internacional, incorporada a la local, el Estado tiene la obligación y el deber de brindar y garantizar un marco de acompañamiento y supervisión en lo que respecta a los NNyA, lo cual incluye, en la materia que nos compete, un involucramiento respecto de aquellos en conflicto con la ley penal y también respecto a su calidad de víctimas.

La Corte IDH reiteradamente reconoce que los NNyA tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, reconoce el derecho de protección especial de los NNyA víctimas de violencia sexual en el proceso penal, haciendo hincapié en la importancia de la valoración del interés superior del niño, el derecho a la protección judicial, la importancia del testimonio de la víctima, el derecho de la víctima a ser escuchada y el deber de no revictimización.

En la Comisión 1309 del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) nos llegan, en su mayoría, casos de menores víctimas de abuso sexual. En estos, se requiere de la intervención de un equipo interdisciplinario que trabaje mancomunadamente y que se le garanticen las medidas especiales de protección así como también, asegurar una participación no revictimizante, y un acceso a la Salud Mental Integral, tanto durante el proceso penal, así como también después de finalizado este, como una prioridad, sin que se difiera en el tiempo debido a las graves consecuencias que pueden producirse en la salud mental de aquellos y que puede afectar su posterior desarrollo.

Muchos de los casos de abuso sexual infantil ocurren en el ámbito intra familiar, por lo cual se requiere necesariamente del involucramiento por parte del Estado y sus organismos especializados, para garantizar la protección, el acceso a la justicia y a la salud mental integral de los NNyA víctimas.

Con frecuencia, en los casos que llevamos en el Práctico, observamos que el acceso, por ejemplo, a un tratamiento psicológico para NNyA víctimas no está garantizado en todas las etapas del proceso penal y una vez finalizado este, o este se proporciona de manera tardía, lo cual claramente vulnera los derechos y garantías de las víctimas establecidos en los distintos instrumentos internacionales incorporados por el Estado argentino y establecidos en la Ley Nacional N°27.372 de “Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos”.

## Tutela Judicial Efectiva. Enfoque Referencial a los NNyA

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, ha manifestado a través de sus principales órganos, tanto la Corte IDH como la CIDH, que un acceso “*de jure*” y “*de facto*” a recursos judiciales idóneos y efectivos resulta indispensable para la erradicación de los problemas o constantes violaciones a los derechos humanos, como así también lo es el cumplimiento de los Estados de su obligación de actuar con la debida diligencia frente a tales actos. En particular, y sobre la temática de esta ponencia, la doctrina y la jurisprudencia conciben a los NNyA como personas altamente vulnerables en relación con los derechos humanos, y por ende requieren protección específica de sus derechos en su condición de víctimas de delitos. *Este estado de vulnerabilidad, como dice Beloff requiere de una doble protección, en tanto víctima (aflictiva) y en tanto niño, niña o adolescente.*<sup>3</sup>

Este estatus jurídico de la infancia como sujeto especial de derechos y de protección, ha encontrado consenso en el plano universal, a través de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo este el principal Instrumento Internacional en materia de derechos de los NNyA. Explica Terragni, que es el tratado que *más rápidamente ha entrado en vigencia y el más ratificado en la historia de los Tratados de Derechos Humanos*, y su fundamentación radica en que los niños son considerados las personas más vulnerables en relación con violaciones a los derechos humanos, y *por lo tanto requieren de esta protección específica.*

<sup>4</sup>En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, también es posible contar con diversos instrumentos de los cuales la Argentina es parte, y que refieren a esta protección específica, estos son: a) la Declaración

---

<sup>3</sup> BELOFF, Mary, “*El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado*”, en AA.VV., Acceso a la Justicia de niños y niñas. Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de testigos y violencias. JUFÉJUS, IADC, UNICEF, 2009.

<sup>4</sup> TERRAGNI, Martiniano, “*Manual de Práctica Profesional. Justicia Penal de Menores*”, 3era Edición Actualizada y Ampliada. Buenos Aires: La Ley; Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Departamento de Publicaciones, 2010.

Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Principio 8º); y la Convención Americana de Derechos Humanos (Artículo 19).

Para la aplicación armónica de todo este “corpus iuris”, resultará de enorme relevancia la interpretación y fundamentación que tanto la Corte IDH como nuestra CSJN, consideren al respecto para lograr una mayor profundización en las obligaciones asumidas por parte del Estado. También los informes u observaciones que los órganos de aplicación de los Tratados puedan realizar al respecto para una mayor comprensión de conceptos, objetivos y políticas que los Estados se han comprometido a adoptar. Al menos así lo entendió la Corte IDH en su precedente “Niños de la calle” vs. Guatemala<sup>5</sup>, e interpreto el Art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que es aquel que garantiza el derecho del niño a medidas especiales de protección. Allí la Corte IDH sostuvo que para interpretar el art. 19 de la CADH debía recurrir al plano Universal de Derechos Humanos. *De manera que hoy para el Sistema Interamericano la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana están unidas gracias a la hermenéutica que la Corte Interamericana realizó en este caso.*

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, basa su premisa en el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos, y esta constituye la primera línea de defensa de los derechos básicos. En este sentido, los instrumentos de protección de derechos humanos vinculantes afirman el derecho de los NNyA de acceder a una protección judicial que cuente con adecuadas garantías frente a sus sistemáticas violaciones. *Beloff explica que este “corpus iuris” centra sus cometidos, al menos desde la perspectiva latinoamericana, en potenciar los deberes sustanciales de asistencia para con los NNyA. Así explica la doctrinaria, que a la incorporación de la víctima como actor procesal con visibilidad relativa (ciertamente mayor que la que tenía en el sistema inquisitivo clásico) y con la posibilidad de accionar autónomamente en un juicio, se suma la idea de que los niños (esto es, los menores de dieciocho años de acuerdo con el art. 1º de la Convención sobre Derechos del Niño) tienen derecho a una protección especial (art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).*

---

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos en Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

No obstante, y a pesar de este basto “corpus iuris”, explica que la víctima dejó de ser tema en las agendas públicas de los últimos veinte años, curiosamente en la época de la introducción de los tratados de derechos humanos en América Latina y de las reformas penales. Si se repasan las discusiones que tuvieron lugar en los diferentes países relacionadas por ejemplo con la introducción de la Convención sobre los Derechos del Niño, el debate principal se centró en la cuestión del adolescente perpetrador de crímenes; no en el menor víctima de delitos.<sup>6</sup>

El énfasis está puesto en el imputado menor de edad y no hay espacio para analizar cuáles son los deberes del Estado con las víctimas menores de edad. ¿Pudo entonces el Estado argentino adecuarse a esos estándares internacionales, y garantizar el acceso a la justicia de NNyA víctimas de delitos contra la integridad sexual?

## Marco normativo local. Interés superior del niño

Explican Terragni y Freedman<sup>7</sup> que la ratificación de todos esos instrumentos internacionales de Derechos Humanos por parte del Estado argentino, toman una mayor relevancia con su incorporación al texto constitucional luego de la Reforma de 1994, que en su art. 75 inc. 22 los eleva a igual rango de jerarquía. Esta Reforma, implicó por parte del Estado argentino la evolución de mecanismos de protección especial para los niños, niñas y adolescentes, en el campo legislativo, de la administración y judicial. Así, y respecto de los NNyA víctimas de delitos, existen además de las generales de protección de derechos, normas específicas que regulan sus derechos en el marco de un proceso.

La Ley Nacional N°26.061, conocida como “Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes”, la Ley Nacional N°25.852 que vino

---

<sup>6</sup> BELOFF, Mary, “El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado”, en AA.VV., Acceso a la Justicia de niños y niñas. Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de testigos y violencias. JUFEJUS, IADC, UNICEF, 2009.

<sup>7</sup> TERRAGNI, Martiniano y FREEDMAN, Diego “Los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y su recepción en el derecho argentino”, en AA.VV., Acceso a la Justicia de niños y niñas. Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de testigos y violencias. JUFEJUS, IADC, UNICEF, 2009.

a modificar en la Justicia Nacional con sede en la Capital Federal y en la Justicia Federal, el modo de tomar las declaraciones de los NNyA víctimas de delitos contra la integridad sexual implementando la “cámara gesell”, entre otras.

También el Código Civil y Comercial de la Nación contempla pautas y normativa acerca de los derechos, deberes y garantías de los NNyA, explicando la doctrina que el reconocimiento del niño, como sujeto de derecho y su relación con sus padres y con el Estado exige, que, a mayor autonomía de la persona en vías de desarrollo, menor resulta la representación sustitutiva de los progenitores para los hijos. Se estatuye, por ende, el criterio de la capacidad progresiva como parámetro para graduar la posibilidad del niño, niña o adolescente de ejercer por sí solo los derechos que se le reconocen en función de su madurez y desarrollo. Claro, que esta normativa deberá de interpretarse en conjunto con el principio general sobre el interés superior del niño.

*No obstante, ello, volvemos nuevamente, a la situación que bien remarcaba Beloff, y es que aun cuando aquellas normas regulan cuestiones sobre menores de edad víctimas de delitos gravísimos, la jurisprudencia y doctrina al parecer se enfocan en el tema de la delincuencia juvenil, confundiendo todavía los tiempos tutelares clásicos, sin trazar la línea entre la represión y la protección. Es así, como indica la doctrinaria: “(...) Ese efecto perverso de la cultura penal que todo lo fagocita y crea la ilusión de que con la ley penal se resuelve todo (hasta la ausencia de políticas sociales), se genera una especie de cortina de humo que encubre la ausencia de todo lo demás, lo más importante, que también está en la ley y que también debe ser garantizado (...) Ello requiere desarrollar una hermenéutica creativa y prácticas interdisciplinarias originales que permitan concretar la promesa contenida en las normas internacionales hacia la infancia (...)”.*<sup>8</sup>

Habiendo advertido esto, un sector de la doctrina y la jurisprudencia, y haciendo la diferencia entre los NNyA en conflicto con la ley penal y los NNyA víctimas de delitos, es que en junio de 2017 fue aprobada la Ley Nacional N°27.372, conocida como “*Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos*”, y posteriormente reglamentada mediante el Decreto N°421/2018 del 9 de mayo

---

<sup>8</sup> BELOFF, Mary, “*El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado*”, en AA.VV., Acceso a la Justicia de niños y niñas. Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de testigos y violencias. JUFEJUS, IADC, UNICEF, 2009.

de 2018. La sanción de este cuerpo normativo se enmarca en la tendencia de reconocer a las víctimas de delitos su participación en el trámite de las causas judiciales, pero *ya no como un instrumento probatorio más sino como un sujeto con claros derechos procesales y cuya voz debe ser escuchada ante la toma de ciertas decisiones trascendentales*. La Convención sobre los Derechos del Niño, expresamente en su Art. 19 prescribe los deberes positivos de prestación a los que hace Beloff. Por su parte, Freedman y Terragni señalan que el Comité de los Derechos del Niño, al comentar el Art. 19, recomienda que en los casos de abuso sexual en la familia se adopten las medidas para que los niños puedan disponer de servicios de apoyo durante los procedimientos judiciales para garantizar la recuperación física y psicológica y la reintegración social de las víctimas.

Por su parte, el Sistema Internacional de los Derechos Humanos referidos a la infancia ha dado pautas sobre la necesidad de precisar en cada situación concreta cómo se constituye el interés superior, como norte de una decisión que compromete a NNyA en su consideración de sujetos privilegiados. Así, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su Observación General N°14, *lo ha entendido como un derecho, un principio y una norma de procedimiento para cuya evaluación se deben atender distintos elementos, como ser la propia opinión de aquel, su cuidado, protección y seguridad, la preservación del entorno familiar, el mantenimiento de las relaciones y su situación de vulnerabilidad*. La aplicación de este concepto exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas a los fines de promover su dignidad humana.

En ese sentido es que la ley además de reconocer derechos y garantías, modifica diversas normas del Código Procesal Penal de la Nación con el propósito de hacer operativa la intervención de la víctima. ¿Ahora, que referencias hace con respecto a los NNyA específicamente? Explica la doctrina, que *la especial figura de víctima implica, es cierto, una traumática situación de afectación de derechos*. Ello, como dijimos, se potencia cuando quien sufre tal vulneración es una persona menor de 18 años. La Ley N°27.372, al especificar ciertas circunstancias de vulnerabilidad que pudieran dificultar el ejercicio de los derechos de las víctimas de delitos, expresamente menciona la edad como causa de vulnerabilidad, y para que las autoridades deban dispensarle atención especializada (Cfr. Art. 6). Esta ley nacional, como tantas otras han abordado situaciones específicas de víctimas de hechos delictivos, y fortalecen los medios y recursos para que los NNyA puedan ejercer sus derechos legítimamente.

*Sin embargo, y a pesar de los enormes avances, la experiencia de la historia ha demostrado que ante la ausencia de instrumentos que defiendan específicamente los derechos de determinado colectivo social, estos sujetos quedan invisibilizados y en situaciones de profunda desigualdad de oportunidades frente al resto de la población.* La doctrina desde hace ya varios años, explica la falta de armonización del ordenamiento penal en relación con otros ordenamientos jurídicos. El Código Penal de la Nación y el resto del ordenamiento referido a la infancia no recogen una solución integral.

En lo que refiere concretamente a la tutela judicial efectiva o el acceso a la justicia de NNyA víctimas de abuso sexual, ya desde hace varios años la doctrina viene observando y criticando con razón en pensar una *nueva regulación sobre la instancia de la acción en casos de delitos contra la integridad sexual*, situaciones involucradas como las que regulan los Arts. 72, 119, 120 y 130, entre otros del Código Penal de la Nación.

Es que la investigación de los delitos contra la integridad sexual, en particular el abuso sexual infantil, ha obligado a la jurisprudencia y doctrina a *repensar algunos aspectos del procedimiento penal, el rol de los actores y el trato a la víctima y a los testigos*. Así explica la doctrina: “(...) En definitiva, el Código Penal actualmente en vigencia parece pasar por alto que, ante la presencia de una víctima de abuso sexual NNyA, surgen obligaciones estatales reforzadas en consideración de su interés superior y de su derecho a ser escuchadas/os. Esto implica una intervención estatal permanente y efectiva por medio de agentes especializados para evitar a toda costa su revictimización (...)”.<sup>9</sup>

Desde la experiencia del Práctico Profesional de la UBA, y concretamente desde la Comisión 1309, dedicada al Derecho Penal Juvenil, pudieron observarse distintos casos en donde los NNyA víctimas, por lo general, comentaban sus vivencias en ámbitos distintos al seno familiar, ya sea en alguna institución educativa, ante algún maestro, compañeros de clases u otros ámbitos.

---

<sup>9</sup> BENDEL Yael, “*La Infancia como sujeto de derechos y de protección. Elementos para pensar la regulación de la instancia de la acción en casos de delitos contra la integridad sexual cuando la víctima es niña, niño o adolescente*”, en “*Debate en torno a la acción penal en los delitos contra la integridad sexual de niñas, niños y adolescentes*”. Coordinación General de Yael Silvana Bendel, 1º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Editorial Jusbaire, 2019. ISBN 978-987-768-052-2.

Ante tales hechos, a veces la Institución activaba los protocolos correspondientes y daba aviso a las autoridades administrativas que forman parte de este *Sistema de Protección Especial*, que en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires es el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en articulación con las Defensorías Zonales, y donde muchas veces, estos abusos ocurrían en el marco intrafamiliar, e inclusive se dejaba a los NNyA en total indefensión, porque ese grupo familiar intentaba cubrir los abusos, ya sea por dependencia económica al autor, o simplemente por descreer totalmente del relato de los menores. Otras veces, porque quien debía velar por aquellos intereses y protección, como tutor o responsable parental, no se encontraba en condiciones de seguir cuidando a sus hijos, atravesando por problemas de adicción u otros padecimientos. Cabe destacar, que los casos que llegan al patrocinio jurídico gratuito, tratan de gente muy humilde y en estado muchas veces de extrema vulnerabilidad, con escasísimos recursos y que no cuenta con las herramientas para instar aquellas acciones.

¿Es posible dejar indefenso a los NNyA víctimas, solo porque los Organismos de la Administración o los Órganos del Poder Judicial, no cuentan con la potestad de iniciar aquellas acciones o de constituirse como parte en los procesos, para velar por los derechos y garantías de estos sujetos especiales, que inclusive están obligados a proteger?

## **Vías para garantizar el Acceso a la Justicia de los NNyA víctimas de Abuso Sexual**

La Corte IDH en su sentencia del 8 de marzo de 2018 en el caso “V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua”, dispuso: “(...) Con relación a niños, niñas y adolescentes víctimas en los procesos penales el acceso a la justicia no solo implica habilitar los mecanismos necesarios para que NNyA puedan denunciar, sino que *incluye la posibilidad de que participen activamente en los procesos judiciales, con voz propia y asistencia letrada*, en defensa de sus derechos, según la edad y el grado de madurez (...)”.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos en Corte IDH. Caso “V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua”, Sentencia de 08 de marzo de 2018. Párrafo 161.



*Es claro que el Art. 72 del Código Penal de la Nación en su actual redacción, no amplía una interacción en el marco del sistema de protección especial de los derechos de los NNyA con la intervención en la persecución del delito contra la integridad sexual. El NNyA lesionado por un delito cometido por sus representantes legales no puede ser excluido judicial ni legislativamente de su derecho a la jurisdicción, entendiendo como tal la facultad de concurrir ante los jueces en calidad de parte, de promover y participar en todas las actividades del proceso, como así también de recurrir en todas las instancias.*

En la actualidad, toda interpretación de la Constitución Nacional y demás leyes, gira en torno a la protección de los Derechos Humanos, en razón de que la República Argentina, al suscribir los tratados mencionados, asumió diversos compromisos, como indicó Beloff.

Además, y con la sanción de la Ley N°26.061 que define al Sistema de Protección Especial de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en su Art. 32, el legislador penal no pudo contemplar la necesidad de lograr una adecuada interacción entre aquellos organismos de la administración que componen el Sistema y los operadores judiciales, ni si quiera con la sanción de la Ley de Víctimas, *que a pesar de modificar algunos artículos del Código Penal, paso por lo alto por ejemplo, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito civil, la posibilidad de darle intervención a los asesores o defensores de los NNyA para actuar en forma principal o complementaria en actos procesales que comprometen el interés superior de aquellos, como lo es el impulso de la acción penal.*

Podría haberse planteado la posibilidad de otros órganos competentes para desempeñar la función, por ejemplo de querellante conforme la legislación vigente, así por ejemplo la Ley Orgánica del Ministerio Público que establece las funciones de los Defensores Públicos de Menores e Incapaces en general y de aquellos que actúan ante las instancias en lo Penal, para no tener funciones de carácter tutelar sino aquellas atribuidas a la defensa técnica de aquellos sujetos de derechos que merecen una protección especial.

O inclusive otorgarle dichas facultades de instar la acción penal, por ejemplo, al Consejo de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, organismo especializado en infancia que tienen como finalidad promover, proteger y garantizar los derechos de todas/os las/os niñas, niños y adolescentes.

Explica la doctrina: "(...) La intervención del fiscal en la persecución de los delitos contra la integridad sexual mencionados en el artículo 72 CP, cuando

existen NNyA, *no puede omitir una coordinación con quienes ejecutan las políticas públicas de restablecimiento de la integridad y dignidad violentada en un caso de abuso* (...) Este olvido se explica por la clara invisibilidad de los NNyA como sujetos de derechos en la regulación y ponderación de su interés individual en los excepcionales casos en los que el sistema penal tiene en cuenta tal interés de los individuos (víctimas) en la manifestación de la pretensión punitiva (...).<sup>11</sup>

## **De las experiencias de la Práctica Profesional: dispositivos interdisciplinarios**

*El abuso sexual contra NNyA es una de las peores formas de violencia contra la infancia.* Corre con gran desventaja, pues a diferencia del maltrato físico, que permitiría al tercero visualizar las lesiones, la desnutrición, el mal cuidado, etc., cuando un niño, niña o adolescente es víctima de un abuso sexual únicamente depende de escucharlo a él o ella para saber lo que pasó. Los delitos de abusos sexuales, por la naturaleza propia del delito que se trata, son cometidos sin la mirada de un tercero, en la clandestinidad absoluta, y es por ello que es de suma importancia el testimonio del niño toda vez que en su relato se encuentra (muy probablemente) la única prueba directa.

*Es necesario el rol interdisciplinario a la hora de tratar la problemática.* La colaboración de especialistas en el tema (y no cualquier especialista, sino uno especialista en niñez y adolescencia) es lo que permite un adecuado tratamiento de la noticia, evitando la revictimización.

La Ley Nacional N°26.657 de Salud Mental, plantea la optimización del trabajo interdisciplinario basada en una rehabilitación integral psicológica y social de quien padece una enfermedad mental. En su artículo 3 define a la salud mental

---

<sup>11</sup> BENDEL Yael, *“La Infancia como sujeto de derechos y de protección. Elementos para pensar la regulación de la instancia de la acción en casos de delitos contra la integridad sexual cuando la víctima es niña, niño o adolescente”*, en *“Debate en torno a la acción penal en los delitos contra la integridad sexual de niñas, niños y adolescentes”*. Coordinación General de Yael Silvana Bendel, 1º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Editorial Jusbaire, 2019. ISBN 978-987-768-052-2.

como: “un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”.

El abuso sexual contra los NNyA, deja huellas en las psiquis de sus víctimas<sup>12</sup> para toda la vida. Asimismo, 1 de cada 5 mujeres y 1 de cada 13 varones<sup>13</sup> han declarado haber sufrido abusos sexuales durante su infancia, datos que revelan que este implica una problemática que afecta gravemente a la infancia y la adolescencia en el mundo. Este tipo de delito trae como consecuencia directa en la víctima depresión, terrores nocturnos y problemas conductuales.

Resulta por lo tanto, necesario que la Ley de Salud Mental incluya a aquellas víctimas de abusos; *realizando un trabajo interdisciplinario no solo desde el proceso, sino en el plan futuro de los niños y acompañamiento a su núcleo familiar.*

El Estado cuando suscribió la Convención sobre los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, *se obligó a proteger a este grupo vulnerable y es necesario que intervenga interdisciplinariamente, a fin de evitar que aquella mala vivencia tenga un impacto mucho mayor en su vida, derivando en depresión, trastornos alimenticios, adicciones, etc.* Se infiere tales deberes de los arts. 19, 34 y 39 de la Convención, pero también, de toda la normativa sobre derechos humanos a la que el Estado argentino ha adherido y ratificado, quedando responsable por su incumplimiento, pues el garantizar el goce de la salud mental plena hace nada más ni nada menos que a la dignidad de las personas, tal y como indica la doctrina: “(...) Un Estado que toma posición es un Estado que se obliga. Se obliga a que su posición no se vea reducida a una mera declaración de principios, sino a contar con las políticas públicas adecuadas y necesarias, a darles prioridad en la asignación de los recursos (...)”.<sup>14</sup>

Por eso es necesaria *la articulación entre docentes, psicólogos, médicos, policías, abogados, trabajadores sociales y demás operadores, todos ellos capacitados*

---

<sup>12</sup> Entender, víctimas en sentido amplio, no solo incorporando a la víctima propiamente dicha, sino a víctimas indirecta, como núcleo familiar.

<sup>13</sup> Informe de la Organización Mundial de Salud.

<sup>14</sup> Abuso sexual y malos tratos contra niños, niñas y adolescentes: perspectiva psicológica y social. Compilado por Eva Giberti - 1a ed. Buenos Aires: Espacio Editorial, 2005, pág.26).

y especializados a fin de precisarles a las víctimas un tratamiento adecuado y apropiado al trauma que se encuentran atravesando. La contención del niño en esta etapa es vital para su futuro plan de vida.

Así entiende por ejemplo, Beloff: “(...) De forma preliminar, es posible concluir que todas aquellas personas que intervienen en la justicia juvenil deben recibir una permanente capacitación respecto de los derechos del niño y, en particular, respecto de los estándares internacionales de justicia juvenil, a fin de adecuar a ellos su trabajo. En especial, deben reconocer y tomar en consideración la especificidad de la situación de un niño o niña en el sistema de justicia penal, basada en el reconocimiento de su vulnerabilidad esencial (...)”<sup>15</sup>. Es necesario que esta tarea e intervención se defina siempre en miras al interés superior del niño. Así es que los equipos interdisciplinarios deben necesariamente cumplir en el proceso una triple función. Por un lado, una función judicial. Por el otro, deberán acompañar (en el sentido amplio de la palabra) al niño o niña víctima durante la tramitación del proceso, así como al familiar responsable de dicho menor, de modo de hacerles más fácil el camino a transitar y evitar todo tipo de revictimización.

Por último, y no por ello menos importante debe abogarse porque el equipo interdisciplinario no concluya su actividad al finalizar el proceso, debiendo actuar en una etapa posterior a fin de lograr una adecuada reinserción social de los NNyA.

*Esta intervención será necesaria para garantizar la salud, y el resguardo de la víctima, buscando evaluar los riesgos a los cuales esta se encuentra expuesta y principalmente buscando brindar una contención psicológica de manera inmediata a fin de garantizar la integridad y protección del menor.*

La protección y el bienestar de los NNyA deben ser los pilares fundamentales en los cuales debe erigirse todo el proceso que se lleve a cabo en que intervenga un NNyA (especialmente víctima).

Además de este seguimiento, deberá existir una coordinación *entre los organismos estatales, privados y el Poder judicial a los fines de hacer efectivas las medidas y el tratamiento que tanto el menor como su familia pudieran llegar a*

---

<sup>15</sup> El Rol de los Equipos Multidisciplinarios en las normas internacionales de protección de los derechos del Niño, Mary Beloff, Editorial JusBaires, 2018).

*necesitar*. (Como, la Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos; Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso, entre otras medidas).

Principalmente debemos tener en cuenta las articulaciones que debieran de realizarse con la Asesoría de Menores, y con los Consejos de Menores que corresponden a cada jurisdicción, cuya actuación deberá regirse según las pautas que emergen de *la Ley Nacional N°26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*.

En este sentido, y de acuerdo con la experiencia arrojada por las prácticas de la Comisión 1309, resulta vital en muchos casos comenzar hablando de la necesaria intervención de un profesional del área de la psicología en búsqueda de asegurar un tratamiento psicológico.

Siendo uno de los principales ejes que hemos de tomar en cuenta para la búsqueda de la intervención prioritaria de estos grupos en razón del episodio traumático con el cual llegan gran parte de los NNyA víctimas, hemos contado en innumerables oportunidades con la intervención de los profesionales de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires, y del área de Servicios Sociales y de Psicología, que asiste a la víctimas, en la Facultad de Derechos, también de la Universidad de Buenos Aires, los cuales se han vuelto en innumerables oportunidades en referentes para la derivación de menores víctimas y sus familias, a quienes le brindan un apoyo emocional teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos la NNyA víctima sufre un trauma que lo va afectar en su desarrollo futuro a diferentes niveles en razón de las condiciones que hacen a su desarrollo.

Volviendo indispensable la participación de estos actores para su acompañamiento, y para su desarrollo psíquico luego de estos duros episodios.

Si bien, es cierta la escasez de dichos servicios psicológicos en distintas zonas, esto no debería servir como una excusa para el acceso a ellos por parte de las NNyA, quedando el Estado obligado a coordinar con organismos públicos y privados para su efectiva realización.

A ello, debemos sumar la necesidad de brindar asistencia socioeconómica a la NNyA y su familia a través de la intervención de un trabajador social, garantizando el acceso a servicios sociales, esto se debe a que en mucho de los casos el familiar que está implicado en este tipo de delitos suele ser el sostén económico

del grupo familiar, que agrava la situación de dependencia y de vulnerabilidad de la víctima lo que muchas veces lleva a desistir en las denuncias, o directamente a no llevarlas a cabo debido al complejo contexto a la que se ve sometida la víctima y todo el grupo familiar, buscando que de esta manera puedan alcanzar la autonomía necesaria para continuar con el desarrollo del proceso sin los temores que surgen de la presión económica que el involucrado pudiera llevar a cabo.

También es necesario llevar a cabo un seguimiento dentro del *ámbito escolar*, esto podría darle a la escuela y los docentes que trabajan con la NNyA, teniendo en cuenta que en razón de los hechos esta podría tener un impacto negativo en su rendimiento.

*Se ha vuelto indispensable a nuestro entender, que las autoridades educativas y docentes perciban capacitación para actuar en casos donde sea necesario dar apoyo a NNyA, puesto que como explicitamos anteriormente en mucho casos es en el marco escolar donde el niño, la niña o el adolescente relata los hechos que dan intervención al engranaje interdisciplinario, siendo fundamental que en este primer contacto desde el ámbito educativo se encuentren con las mejores herramientas para que desde este momento se comience a trabajar en la reintegración y en funcionar como sostén para la víctima, tales como la derivación a los gabinetes psicopedagógicos, para brindarle contención y asistencia debiendo para ello tomar todas las pautas necesarias para guardar confidencialidad y la privacidad de los hechos del NNyA víctima en razón del resto de sus pares.*

A ello, finalmente cabe establecerse nuestra actuación como asesores legales, siendo el contacto necesario para orientar a los representantes sobre el desarrollo del proceso, y facilitar nuestro patrocinio en caso de ser necesario, y en el caso que hubiera el deseo de erigirse como parte querellante o particular damnificado. *Siempre teniendo en cuenta el interés superior de los NNyA involucrados funcionando como verdaderos acompañantes y como otro sostén donde se erige la protección de la víctima en pos de garantizar su desarrollo y bienestar teniendo en cuenta para ello su especial condición de sujeto de derecho en formación y de víctima de delito.*

En principio, la querrela será constituida a través del representante legal de la NNyA (madre, padre, tutor o guardador) quien ejercerá su representación en la causa hasta tanto la víctima adquiera la mayoría de edad.

Sin embargo, en los casos de víctimas o testigos ya adolescentes o en casos de conflicto de interés con sus representantes legales se podría permitir que sea la

NNyA quien se constituya de manera directa como querellante en su causa con el patrocinio de un abogado, o promoviendo las Reformas ya sugeridas, para que los Organismos que constituyen ese Sistema de Protección Integral, actúen en su representación, en pos de la defensa de sus intereses (Surge de la Convención de los Derechos del Niño, Art. 12 derecho a ser oído, y Art. 27 Ley N°26.061, que consagra el derecho del niño a ser asistido por un letrado y ha sido aceptado en distintos casos jurisprudenciales).

*A su vez, encontramos en la mayoría de los casos la necesidad de adoptar medidas de protección integral, frente a posibles amenazas o intimidaciones en cabeza del imputado, debiendo para ello exigir la toma de aquellas.* En ocasiones incluso, debiendo desde nuestra comisión, procurar encontrar alternativas de alojamiento que se encuentren en condiciones óptimas para que las personas (víctima y su familia) que escapan de la situación de violencia, maltrato y abuso pudieran encontrar refugio, seguridad, apoyo, acompañamiento, y para que pueda desarrollarse con la mayor autonomía posible intentando retomar la normalidad de su vida con todos los aspectos destinados para ese fin.

Estas articulaciones, y estos abordajes a los que nos referimos deberían realizarse en todos los casos, sin embargo, en la práctica que vivenciamos desde nuestra intervención cotidiana que en muchas ocasiones esto lamentablemente no ocurre, *debiendo tomar desde este practico todas las medidas legales que se encuentren a nuestro alcance para volver operativas estas normas y principalmente lograr el mayor grado de bienestar posible para NNyA víctima.*

Un ejemplo de dicho abordaje, al cual nos referimos a lo largo de este punto, encuentra su consonancia en una experiencia que hemos tenido desde la Comisión 1309 respecto de un caso en el cual hemos tomado intervención a partir del llamado por parte del área de Psicología del Hospital de Clínicas de la Universidad de Buenos Aires<sup>1</sup>.

Al relatar la adolescente involucrada, en el marco de sus sesiones con la psicóloga de reiterados hechos de maltrato por parte de su padre que la llevaron a

---

<sup>1</sup> Res 2060 /2012. Programa de la Facultad de Psicología en el Hospital de Clínicas, dependiente de la Dirección General del Hospital de Clínicas "José de San Martín".

adquirir determinadas conductas lesivas y peligrosas para sí misma, entre ellas la no ingesta de alimentos.

Formamos parte de la intervención realizada a la madre de la menor, junto con las profesionales del área de psicología, y del área de asistencia social del Hospital, buscando una salida alternativa que tuviera como eje desescalar la situación de violencia en el hogar, brindarle las herramientas necesarias a la madre de la menor, la cual se encontraba sobrepasada por la situación que atravesaba su familia, un ejemplo de ello, es que uno de sus hijos lamentablemente padece una discapacidad que también requería de una intervención conjunta. Es por este motivo junto con otras razones, que la obligan a no estar tan presente como ella quisiera necesitando de una ayuda por parte de terceros.

Luego de varias entrevistas con la madre y la menor, la situación parece haberse encaminado sobre la base de la intervención conjunta, llegando a ofrecer una salida alternativa por la cual se dio intervención a organismos administrativos zonales para abordar la problemática familiar sin la necesidad de tener que requerir a la justicia para encontrar una respuesta en un proceso judicial.

Cabe destacar, a su vez, que la adolescente sigue cumpliendo con su tratamiento en la Facultad de Psicología de la UBA.

Otro caso, que acompañamos es de una niña de 14 años, que fue abusada por parte de un vecino de una pensión y producto de ese abuso tuvo un hijo, que llega a juicio cuando el niño tiene 6 años, en la etapa anterior al juicio la niña no tuvo acceso a la justicia. En el relato, que mantuvo con la psicóloga que la atendió durante el parto conto que ella tenía rechazo de su hijo, no contaba con recurso para afrontar la situación. Durante el juicio la madre de la niña, nos cuenta que el niño vive con ellas, pero, no sabe que la víctima es su verdadera madre, sino que le hacen creer que es la hermana. En su fallo el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N°29 de la Capital Federal, condeno al imputado a diez años y seis meses de prisión, y destacó: "(...) Más allá de haber soportado los abusos sexuales cometidos en su perjuicio, con todo lo que eso acarrea desde el punto de vista psicológico, debe remarcarse que cursó la niña un embarazo no deseado que derivó en el nacimiento de un niño. Un niño que, al día de hoy, tienes años, no reconoce a Y como a su madre sino como su hermana, y cree que es su progenitora. Es claro entonces, como el daño generado por el imputado a partir de sus reiterados actos no solo afectaron –y aún lo hace– a Y, sino también a otros dos terceros ajenos a la situación: su madre y al niño que la joven dio a luz. Pues, como se indicará, el perjuicio generado no solo se vincula con las –ya clarificadas



y descriptas con sumo detalle– consecuencias psicológicas y emocionales que los nombrados padecen, sino también con los perjuicios sociales y económicos que todo esto le generó a la familia (...). En este fallo, el tribunal valoró los daños que ocasiono no solo a la víctima directa sino a las víctimas indirectas. Por último, el tribunal le ofreció *durante el juicio asistencia psicológica para la víctima y su familia*.

Así como nos encontramos con estos casos, en los que hemos logrado dar respuestas a estas situaciones problemáticas en la cual la persona ha podido con dificultades, pero con un acompañamiento y apoyo, producto de estas intervenciones interdisciplinarias, reencausar su vida, y volver a integrarse en la comunidad, *nos encontramos a la par, con casos en que las víctimas no han tenido una respuesta efectiva en cabeza de las instituciones y del Estado, y en razón de ello han recurrido a otras vías con el fin de encontrar una solución, y la obtienen por medio de institutos sociales que abren sus puertas para dar tratamiento a estas personas que se han visto desprovistas de mecanismos para encontrar una respuesta en estos a la situación traumática a la que se vio sometida*.

## **A modo de conclusión**

La intervención de un equipo interdisciplinario infanto-juvenil y de organismos que componen aquel Sistema de Protección Especial, (como el Consejo de los Niños, Niñas y Adolescentes, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires), es una de las tantas medidas que el Estado Argentino deberá garantizar a la hora de velar por la defensa de aquellos, teniendo en cuenta el interés superior, contenido que deberá determinarse en cada caso en particular, y acorde al grado de madurez, respetando su autonomía progresiva en el proceso.

Como se observa en el área del Práctico Profesional de la Comisión 1309, creemos necesario, darle iniciativa y un rol más activo, *a la intervención de otros actores sociales a fin de que brinden todo el apoyo necesario a la víctima y su grupo familiar* para paliar las dramáticas consecuencias de la violencia sexual vivida, por este grupo doblemente vulnerable en razón de su edad y de su condición.

Pero además, y como ha notado la jurisprudencia y la doctrina, para efectivizar aquel acceso a una tutela judicial efectiva, como víctimas en el proceso penal es menester reivindicar la condición estatutaria de los NNyA y comenzar a *hacer reformas en las normas que sean necesarias para articular y coordinar un*

*abordaje integral de la cuestión*, como la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Código Penal de la Nación, la Ley de Protección Integral para las Niñas, Niños y Adolescentes, y/o formular nuevos cuerpos normativos o áreas interdisciplinarias, no solo en el ámbito penal, sino civil, de familia, administrativo, presupuestario, social y psicológico, de la salud mental, político, que permitan llevar a cabo una ingeniería institucional entre la administración, el poder legislativo y el poder judicial, que asegure en el proceso, durante el proceso y finalizado este, respecto de un delito sufrido por niñas, niños y/o adolescentes.

*El Estado tiene obligaciones y entre estas está que su intervención para con las víctimas sea eficaz.* Nadie debería buscar soluciones por su parte, estas deberían estar dadas íntegramente por el Estado, y las Organizaciones de la Sociedad Civil en su conjunto.

## Bibliografía

- Beloff, M., *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales*. 2da. edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2019.
- Beloff, M., *El Rol de los Equipos Multidisciplinarios en las normas internacionales de protección de los derechos del Niño*, Buenos Aires, JusBaires, 2008.
- Beloff, M., “El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado”, en AA.VV., *Acceso a la Justicia de niños y niñas. Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de testigos y violencias*. JUF EJUS, IADC, UNICEF, 2009.
- Bendel, Y., *La Infancia como sujeto de derechos y de protección. Elementos para pensar la regulación de la instancia de la acción en casos de delitos contra la integridad sexual cuando la víctima es niña, niño o adolescente*. Coordinación General de Yael Silvana Bendel, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2019.
- CIDH, “V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua”, 2018.
- CIDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, 1999.
- Giberti, E., *Abuso sexual y malos tratos contra niños, niñas y adolescentes: perspectiva psicológica y social*, Buenos Aires, Espacio Editorial, 2005.
- Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas, Observación General N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), Ginebra, 2013.
- Terragni, M., *Manual de Práctica Profesional. Justicia Penal de Menores*, 3era. Edición Actualizada y Ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2010.
- Terragni, M. y Freedman, D. “Los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y su recepción en el derecho argentino”, en AA.VV., *Acceso a la Justicia de niños y niñas. Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de testigos y violencias*. JUF EJUS, IADC, UNICEF, 2009.

# Nuevos desafíos: violencia vicaria y acceso a la justicia

*Susana Lezcano<sup>1</sup>*

Cuando abordamos el tema de acceso a la justicia, sabemos que hay grupos vulnerables que se encuentran con grandes dificultades u obstáculos imposibles de superar en el proceso de búsqueda de soluciones jurídicas para los conflictos que se presentan en sus vidas.

En este trabajo trataremos, particularmente, el grupo vulnerable de las mujeres que sufren violencia de género y violencia vicaria, que se manifiesta por el padecimiento de violencia por los N, N y A, hijos de estas mujeres. Tanto sobre ellos cuando esta es ejercida directamente sobre ellos; en la violencia vicaria, siempre es así, los N, N y A son tomados como objetos para dañar a su madre; como contra ellos cuando la violencia puede ser ejercida sobre su madre y/o en el ambiente donde conviven con un maltratador.

Es claro que en casos de violencia vicaria no se protegen los derechos humanos de las mujeres como los de sus hijos, derechos que fueron reconocidos tanto a nivel internacional como nacional. Entre los instrumentos internacionales, podemos nombrar la Convención Interamericana para la Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer “Convención Belém do Pará”<sup>2</sup> que consagra el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación, pero la realidad muestra que las mujeres se encuentran con graves obstáculos para acceder

---

<sup>1</sup> Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires. E-mail: lezcano045@est.derecho.uba.ar

<sup>2</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/36208/norma.htm> consultada 24/8/2022, 21 hs.

a un sistema de garantías y protecciones judiciales que son indispensables para erradicar la violencia de género.

Las mujeres víctimas de violencia en forma permanente no logran el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos al denunciar los hechos sufridos quedando la mayoría de los casos impunes, lo que se agrava en el caso de violencia vicaria ya que tampoco se garantiza la protección de los derechos de los N.N y A involucrados en los hechos de violencia de género, replicando el incumplimiento de normas específicas como la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala en su artículo 3° “... En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...”.

La Convención articula un conjunto de derechos para todos los niños y niñas, sobre la base de cuatro principios fundamentales: la no discriminación; el interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y el respeto por la opinión de los niños y niñas.

Estos principios son receptados en el ámbito nacional en la Ley 26.061 de Protección Integral de Niños Niñas y Adolescentes<sup>3</sup> desde 2005. En el artículo 5° de esta ley se establece “la responsabilidad gubernamental indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal...”, siendo obligatorio en estas “mantener siempre el interés superior de las personas sujetos de esta ley...”.

Podemos afirmar que en los últimos años venimos observando un aumento exponencial de casos de violencia familiar o de género, instituto que en el ámbito nacional tiene su marco normativo incluido en las leyes N°24.417/94<sup>4</sup> de Protección Contra la Violencia Familiar con su decreto reglamentario 235/96 y la 26.485/09<sup>5</sup> de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra

---

<sup>3</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/texact.htm>  
Consultada 24/8/2022 a las 22 hs.

<sup>4</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/93554/norma.htm>,  
consultada el 8/8/2022 a las 10 hs.

<sup>5</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/30000-34999/34210/norma.htm>,  
consultada el 8/8/2022 a las 10 hs.

las Mujeres en los Ámbitos en que desarrollen sus Relaciones Interpersonales. En este último instrumento, en el artículo 4º, encontramos el concepto de violencia de género y entre todas sus especies, actualmente, encontramos la *violencia vicaria* cuya definición se encuentra en el Proyecto de Reforma de la Ley 26.586, la cual afirma que esta “es aquella ejercida contra la mujer por parte del hombre, conviviente o no, que consiste en la acción directa, física, psicológica, sexual y/o económica sobre los hijos y las hijas, en sustitución de la madre, con el objeto de causar un daño mayor y permanente a la mujer. Esta puede ser ejercida también sobre objetos, animales o personas afectivamente significativa para la mujer con el objetivo de hacerle daño”.

La psicóloga Sonia Vaccaro<sup>6</sup>, especialista en violencia contra las mujeres, acuñó el término violencia vicaria en el año 2012: “El concepto se refiere a la concepción de “vicario”. Este hace referencia a la sustitución de un individuo por otro en el ejercicio de una función. Es decir, el agresor considera que haciendo daño a una persona y no a otra va a conseguir hacérselo a su primer objetivo”.<sup>7</sup>

Vaccaro afirma que, en el caso de la violencia vicaria, la violencia de género no solo tiene como víctima a la mujer, también y principalmente, son víctimas hijas e hijos. El caso más extremo de violencia vicaria es el *filicidio*.

Entre los rasgos distintivos de la violencia vicaria, podemos decir que forma parte de los mecanismos de violencia psicológica utilizados por el maltratador y es considerado por diversos expertos en violencia de género como un tipo de violencia instrumental. Al atentarse contra la integridad emocional de la víctima estos procesos provocan “terribles consecuencias psicológicas difícilmente reversibles”.

---

<sup>6</sup> Psicóloga argentina, obtuvo la especialidad clínica y laboral en la UB de Bs. As. Perito forense y experta en Victimología y Violencia de Género. A partir de 1990 ha centrado su práctica profesional en la prevención y Asistencia de la Violencia basada en el Género (Violencia contra las Mujeres y sus hijas e hijos), Vaccaro lideró un grupo de trabajo que elaboró el primer estudio en España sobre violencia vicaria extrema, la que llega al asesinato (“Violencia vicaria: un golpe irreversible contra las madres”), coordinado por la Asociación de Mujeres de Psicología Feminista de Granada, con la colaboración de Margarita Castillo Cardona, Cristina Mena Casero, Gemma María González García y María Sierra Carballo.

<sup>7</sup> [https://www.elplural.com/sociedad/violencia-vicaria\\_268507102](https://www.elplural.com/sociedad/violencia-vicaria_268507102) consultada el 10/8/2022, consultada 10/8/2022 a las 20 hs.

Conforme con el artículo 5° de la Ley 26.589, la violencia de género también incluye la ejercida por el hombre en el plano económico, la que trae como consecuencia directa la imposibilidad de acceder a un patrocinio especializado en la materia.

Los procesos judiciales en los casos de violencia vicaria son, por lo general, lentos y complejos, siendo sus derivaciones realmente nefastas, tanto para las mujeres como para sus hijos, fundamentalmente problemas de salud física y mental.

En la mayoría de los casos, la única salida que tienen estas mujeres ante la falta de recursos es recurrir a distintas asociaciones no gubernamentales, ya que los patrocinios gratuitos estatales se encuentran saturados.

Entre estas asociaciones podemos destacar la Asociación MAMI y la Asociación Civil FEMMIA Argentina que, además de brindar orientación y ayuda a estas mujeres, han participado en el proyecto de Reforma de la Ley 26.485<sup>8</sup>.

Vaccaro realizó el primer estudio en España sobre violencia vicaria extrema, la que llega al asesinato llamado ‘Violencia vicaria: un golpe irreversible contra las madres’, donde se incluyeron datos sobre investigaciones, como la realizada en 2013 en Reino Unido por la criminóloga Dra. Elizabeth Yardley, el profesor David Wilson y Adam Lynes. En la investigación británica, que parte desde el año 1980<sup>9</sup>, se confirma que estos asesinatos han ido incrementándose a partir del siglo XXI, corroborando la hipótesis planteada que este delito, como Violencia Vicaria, es directamente proporcional a las leyes de protección a la mujer contra la violencia de la pareja (Violencia de Género), mostrando que cuando un maltratador no puede acceder a la mujer para continuar el poder y el control sobre ella, ejerce violencia sobre las hijas e hijos (a quienes toma como objetos), para dañarla, aprovechando que la justicia y las instituciones disocian el delito y el daño sobre la madre de la peligrosidad de quedar al cuidado y en contacto con las niñas/niños.

Concluyeron los investigadores que otros de los desafíos con los que nos enfrentamos, se relacionan con la falta de aplicación de la *perspectiva de género*

---

<sup>8</sup> <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2022/PDF2022/TP2022/2960-D-2022.pdf>, consultada el 10/8/2022 a las 14 hs.

<sup>9</sup> [https://psicologiafeminista.com/wp-content/uploads/AMPF-Informe\\_V\\_Vicaria-DIGITAL.pdf](https://psicologiafeminista.com/wp-content/uploads/AMPF-Informe_V_Vicaria-DIGITAL.pdf), consultada el 11/8/2022 a las 15 hs.

en el análisis y enjuiciamiento de estos delitos que no permite asociar, ni la peligrosidad previa del agresor, ni la vulnerabilidad de sus víctimas, y por lo mismo, en algunas sentencias, la madre llega a ser culpada y condenada como “partícipe” por omisión de la conducta de protección, por no haber impedido el asesinato o no haber transmitido el riesgo de la conducta del asesino. Con la gravedad que implica, no atribuir la parálisis e imposibilidad de oposición de esa mujer, a la victimización que le produjo el maltrato y la violencia que ejercía el asesino sobre ella.

Frente a esta realidad, la nueva legislación que promueve la protección en la Violencia de Género para las personas menores de edad dependientes de una mujer víctima de la violencia de su pareja o expareja, debería dar lugar a una protección efectiva, haciendo posible que ningún hombre violento les pueda utilizar como objetos para continuar dañando a la madre. Y que, en todas las causas judiciales, ante la duda, se privilegie la protección de las y los más vulnerables.

No podemos dejar de remarcar que muchos de estos casos no son denunciados debido a la paralización o imposibilidad de oposición de la mujer vulnerable de la que hablábamos antes, sometida a todo tipo de maltrato y amenazas.

Wassermann<sup>10</sup> detalló: “los casos de violencia vicaria pueden no llegar a la Justicia, ya que no se tratan de un ataque directo hacia la mujer, sino a través de terceros, por lo que advierte la importancia de recurrir a abogados/as con perspectiva de género, capaces de detectar este tipo de agresión”<sup>11</sup>.

## Conclusiones

La conclusión más importante sobre los nuevos desafíos que se deben afrontar respecto del acceso a la justicia para las mujeres, establecido en Belém do Pará y en la Convención sobre los Derechos del Niño para sus hijos, sean estos Niños, Niñas o Adolescentes es que el Estado garantice el acceso a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia de conformidad con

---

<sup>10</sup> Eliana Wassermann, actriz y abogada feminista.

<sup>11</sup> <http://tiempojudicial.com/2022/03/08/muchas-veces-la-violencia-contr-la-mujer-es-directa-pero-hay-una-forma-aun-mas-tortuosa/>, consultada el 18/8/2022 a las 14 hs.



los parámetros internacionales de Derechos Humanos, que, además estos sean idóneos para investigar, sancionar y reparar las violencias denunciadas, como asimismo priorizar siempre el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, lo que implica que todos los operadores jurídicos y/o sociales deben tener en cuenta sus opiniones.

Es de suma importancia que, ante la concurrencia de derechos entre los adultos y los N, N, y A, se tenga en cuenta siempre el interés superior del niño. Entre otros, destacamos el desafío constante sobre el tema y uno de los más difíciles es la detección del tipo en el caso particular, posicionarlo en el caso sometido a decisión judicial y finalmente la intervención institucional. Otro desafío apunta al abordaje de esta problemática con perspectiva de género, aún hoy, lo que implica una verdadera capacitación profesional y personal de los operadores judiciales.

Podemos concluir que la herramienta más necesaria en este momento se constituye en otro desafío urgente, el de aprobar la Reforma de la Ley 26.585 que aborda y reconoce un nuevo tipo de violencia de género, la violencia vicaria.

## Referencias bibliográficas

- Burlando F., Baños J. I., *Violencia de género. Compendio legal práctico para erradicar la violencia contra la mujer*, Buenos Aires, Hammurabi, 2022, págs. 13 a 25.
- Cooke, E., *Revista de Derecho de la Niñez, Familia y Violencia de Género* N°3, Buenos Aires, Astrea, 2021, págs. 69 a 77.
- Irisarri, S. M., *Violencia contra la mujer. Protección ante agresiones por razón de género*, Buenos Aires, Astrea, 2018, págs. 13 a 19.
- Sosa Dopazo, D. I., *Violencia de género. La problemática del concepto de "violencia de género" como elemento normativo del tipo penal del femicidio*, Buenos Aires Hammurabi, 2022, págs. 13 a 33, págs. 161 a 175.

## Páginas de internet

- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/9000094999/93554/> norma recuperada el 8/8/2022.
- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/3000034999/34210/normarecuperada> el 8/8/2022.
- [https://www.elplural.com/sociedad/violencia-vicaria\\_268507102](https://www.elplural.com/sociedad/violencia-vicaria_268507102) recuperada el 10/8/2022.
- <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2022/PDF2022/TP2022/2960-D-2022.pdf> recuperada el 10/8/2022.
- [https://psicologiafeminista.com/wp-content/uploads/AMPF-Informe\\_V\\_Vicaria-DIGITAL.pdf](https://psicologiafeminista.com/wp-content/uploads/AMPF-Informe_V_Vicaria-DIGITAL.pdf) recuperada el 11/8/2022.
- <http://tiempojudicial.com/2022/03/08/muchas-veces-la-violencia-contra-la-mujer-es-directa-pero-hay-una-forma-aun-mas-tortuosa/> recuperada el 18/8/2022.
- <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/resultados-buscador.html> recuperada el 10/8/2022.

# Narrativas de derechos y Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes

*Laura Noemí Lora*<sup>1</sup>  
*Laura Vanesa Medina*<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Abogada, Doctora en Derecho, Área Social. Universidad de Buenos Aires (UBA). Especialista en Administración de Justicia y Sociología Jurídica. UBA. Facultad de Derecho. Docente Investigadora UBA categorizada por Ministerio de Educación. Directora del Proyecto de Investigación UBACyT, Programación Científica 2018-2022, “Derecho, Sociedad e infancia” y del Seminario sobre Sociología Jurídica. Lugar de trabajo: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Lucas Gioja” (Facultad de Derecho - UBA), Dir.: Figueroa Alcorta 2263, 1º piso, CABA. E-mail: lauranoemilora@derecho.uba.ar

<sup>2</sup> Abogada, graduada en Facultad de Derecho (FD), Universidad de Buenos Aires (UBA), con orientación en Derecho Privado, 2009. Especialista en Derecho del Trabajo, UBA, 2017. Graduada de la Carrera y Formación docente, UBA, 2014. Maestranda de la Maestría en Derecho del Trabajo, UBA. Docente de grado en Sociología del Derecho, Departamento de Ciencias Sociales, carrera de Abogacía, en FD-UBA. Investigadora miembro de Proyectos de Investigación UBACyT acreditados por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la UBA desde el 2009. Actualmente integra el Proyecto de Investigación UBACyT titulado “Derecho, Sociedad e infancia”, Programación Científica 2018-2022, Directora: Dra. Lora. Coordinadora del Seminario Permanente de Sociología Jurídica del Instituto Gioja, en FD-UBA. Miembro de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (SASJU). Lugar de trabajo: “Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja”, FD-UBA, Dir.: Figueroa Alcorta 2263, CABA. E-mail: lauramedina@derecho.uba.ar

## Introducción

Este trabajo se elabora en el marco del proyecto de investigación titulado “Derecho Sociedad e infancia”, del que sus coautoras son investigadoras miembros. Es importante referir que una primera versión de este ha sido escrita al momento del intercambio académico en Lecce, Italia de la Dra. Lora y expuesto en la Reunión LSA 2022, en Lisboa.<sup>3</sup>

El objeto es reflexionar acerca del pluralismo de fuentes aplicables a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNyA). En este sentido, tras la reforma constitucional de 1994 en la Argentina, el artículo 75, inciso 17 de la Constitución establece que el Congreso tiene la facultad de: “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos” y “garantizar el respeto a su identidad”. De ello se deduce que se debe salvaguardar la cultura y, por tanto, la identidad de dichas comunidades y que en ello no solo existe un interés jurídico, sino también un interés constitucional. Ahora bien, debe considerarse que, esta cultura puede manifestarse a través de normas escritas (leyes) o no escritas (costumbres).

Asimismo, el artículo 75, inciso 22, otorga jerarquía constitucional a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 3, inciso 1, establece que: “En todas las acciones relativas a los niños, ya sean emprendidas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales de justicia, autoridades administrativas u órganos legislativos, el interés superior del niño será una consideración primordial”.

De esta forma, partiendo del marco normativo vigente en la Argentina, se propone abordar las narrativas de derechos, a partir de un caso concreto<sup>4</sup> de

---

<sup>3</sup> Una primera versión de esta ponencia fue presentada en la Reunión Global sobre Derecho y Sociedad que tuvo lugar en Lisboa, Portugal, del 13 al 16 de julio de 2022, en el “*IRC 9: Gender in customary and indigenous law and proceedings*”. La conferencia se celebró en el Instituto Universitario ISCTE de Lisboa con el apoyo organizativo de DINÁMIA’CET y CIES en ISCTE. Fue la 7ª Conferencia Global, que se celebra aproximadamente cada 5 años. En dicha oportunidad, la exposición estuvo a cargo de la Dra. Lora, en el idioma inglés. En este trabajo se amplía y profundiza el examen del estado del arte de la primera versión.

<sup>4</sup> La sentencia que juzgó el caso es la siguiente: “*C/C RUIZ, JOSÉ FABIÁN –RECURSO DE CASACIÓN*” (Expte. N° CJS 28.526/06).

derechos humanos de una niña habitante de una comunidad wichí de Tartagal, provincia de Salta, donde se juzgó la conducta de un integrante, acusado de tener acceso carnal reiterado con su hijastra, desde su menarquia, que se produjo cuando tenía 9 u 11 años, y a la que embarazó un año después.

Diversos son los conflictos en los que se pueden encontrar involucrados los NNyA, quienes, no obstante, ser considerados por el ordenamiento jurídico como sujetos de derecho y titulares de estos están expuestos a la arbitrariedad de acciones que pueden ser ejercidas por distintos actores, progenitores, parientes cercanos, maestros, médicos, operadores jurídicos: jueces, fiscales, abogados, defensores; en distintos ámbitos, el escolar, el social, el cultural, el jurídico, entre otros. En todos los casos, se trata de operadores con atributos de autoridad sobre ellos, que, con mayor o menor exposición, tienen la capacidad de hecho de denegarles su carácter de sujetos de derecho y por lo tanto el reconocimiento de sus derechos humanos establecidos en la Convención internacional de los derechos del niño. Entre estos derechos de la infancia susceptibles de ser vulnerados está la posibilidad de NNyA de participar y ser oídos en los conflictos que los afectan.

En esta oportunidad, se pretende identificar de qué manera los conflictos que se abordarán en torno al caso jurisprudencial que se analiza, se aproximan o se alejan de las distintas visiones teóricas de la sociedad o si por el contrario se complementan. Para ello, se refiere de manera resumida a algunas de las corrientes del pensamiento sociológico y a algunas consideraciones acerca de las instituciones familiares y de las infancias. En este sentido, este trabajo se propone ser una contribución a la sociología jurídica como disciplina y asimismo a la cuestión sociojurídica de la infancia como tema específico.

Rottleuthner afirmaba que la cuestión que impulsó la aparición y el posterior desarrollo de la sociología jurídica consistió en el reconocimiento de que a las leyes estatales y a las decisiones judiciales no debe corresponder forzosamente una realidad social. Este planteo clásico de la sociología del derecho se nutre de la oposición entre lo normativo y lo fáctico, buscando comprobar cuál es la situación del derecho en el contexto social y dirigiéndose así a los juristas, en especial a los jueces y legisladores para informarlos de los efectos que producen las decisiones y las normas por ellos respectivamente elaboradas (Rottleuthner, 1989: 124).

Desde otro enfoque del tratamiento de los conflictos Volkmar Gessner, en la introducción a su trabajo sobre los conflictos sociales y la administración de justicia, sostenía: “Partiendo de una crítica cada vez más fuerte al tratamiento

judicial de los conflictos sociales, la sociología del derecho ha convertido el tema de nuestro estudio en el central de su investigación, y ha profundizado y ampliado muchos aspectos de este. Aquí se pueden mencionar cuatro puntos clave en la discusión: el acceso al derecho y a los tribunales, la diferenciación de los procedimientos jurisdiccionales, las alternativas dadas por los tribunales y en general el problema de la importancia y vigencia social del derecho en las sociedades modernas” (Gessner, 1984: III).

Con este marco teórico diverso, pero complementario, se aborda el caso jurisprudencial que se trata en esta ponencia.

## **Desarrollo**

### **Los hechos**

La maestra de una niña de 9 años advierte que esta está embarazada y con sus preguntas identifica que su padrastro, luego de reiterados abusos sexuales, es quien la deja embarazada. Luego de la conversación con la maestra, acompañada de la Directora de la escuela, la madre de la niña hace la denuncia contra el padrastro por la violación de su hija que, como consecuencia de ello, se encuentra embarazada. Como consecuencia, José Fabián Ruiz resulta procesado y encarcelado (2004).

La defensa solicita respeto a la identidad étnica y cultural del imputado (Ruiz) argumentando costumbres ancestrales del pueblo wichí en las que se acepta socialmente, según sostienen, que las mujeres mantengan relaciones sexuales desde temprana edad, más concretamente a partir de la primera menstruación. En un primer momento se apoyan en manifestaciones de referentes de la comunidad indígena y en la declaración testimonial del presidente de la comunidad Lapacho Mocho.

Ante la Cámara Penal se convalida el procesamiento atendiendo a elementos componentes del delito de abuso sexual con acceso carnal que hacen a la tipicidad. Luego y mediante un recurso de apelación ante la Suprema Corte de Salta (recurso de casación) logran que se declare la nulidad del auto de procesamiento y se disponga la libertad del imputado, considerando informes periciales antropológicos incorporados a la causa.

La suprema corte de Salta sustancia los agravios presentados en la queja mediante el recurso de casación presentado por la abogada del imputado Ruiz,

entre los que se sostiene que el fallo de la Cámara que lo condena tipifica como delito un hecho en total violación al derecho constitucional indígena, ya que conculca los artículos 15 y 18 de la constitución provincial que garantizan respeto a la identidad étnica y cultural de los indígenas argentinos y el ejercicio de la defensa en juicio. Se agravia la defensa que no se atendió a la condición de indígena del imputado en el proceso penal, es decir, a la realidad fáctica, ya que pertenece a una cultura determinada donde es imposible vivir conforme a la ley penal o según preconceptos religiosos. Se afirma agravio constitucional porque supedita la vigencia del derecho consuetudinario a un ordenamiento de rango inferior, el código penal, contraviniendo el principio de supremacía constitucional. La defensa sostiene que las pautas culturales wichís son las que determinan la atipicidad del hecho, la inimputabilidad y afirma que, la conducta del imputado es solo comprensible en términos del código de la comunidad indígena y no debería aplicarse el código penal ya que no existe una relación intercultural de mutuo entendimiento. En esta línea de razonamiento, la defensa del imputado afirma también que de acuerdo con la organización familiar imperante en la comunidad a la que este pertenece no existió violación, ni reiteración del delito, ni engaño, ni se habrían producido consecuencias sociales dañinas, ya que la comunidad persiste en sus costumbres. Agrega que, en la supuesta víctima existe la madurez requerida para que la conducta sancionada pueda ser descripta como simple modo de vida, aceptado antropológicamente como una institución social denominada “matrimonio privignático” en el que a diferencia de lo que entiende la Cámara, no existe concubinato sino matrimonio tanto con la madre como con la hija.

## **Análisis de la sentencia judicial**

El sucinto detalle precedente plantea el siguiente análisis de la decisión de la Suprema Corte que se presenta atendiendo a niveles de argumentación y niveles de observación internos y externos.

Niveles de observación internos:

- a. En primer lugar, el derecho no puede reconocer la validez normativa en su interior de un ordenamiento que lo viola (“códigos” de conducta wichí).
- b. La identidad étnica y cultural es una construcción indiferenciada.

- c. Mediante el principio de subordinación del derecho las normas internacionales subordinan las normas indígenas.
- d. La Suprema Corte de Justicia de Salta es auto contradictoria porque es la Corte del ordenamiento argentino y no del indígena. No lo juzga un tribunal wichí. Se trata de una sentencia contradictoria o suicida en los términos de Kelsen citando a Orrú. Es decir, aplica el derecho argentino para destruir el derecho argentino.

### **Niveles de observación externos:**

a. La Suprema Corte de Justicia de Salta reconoce y declara en la sentencia que en el mismo territorio del Estado argentino hay un territorio que no está sujeto al derecho argentino y que hay un ordenamiento que es válido más allá que el derecho argentino, sin que sea derecho internacional o derecho del pueblo.

b. La argumentación cultural. Los antropólogos dan una idea de cultura arcaica pero en particular pre-estatal (sociedad segmentada).

¿Qué conclusiones pueden inferirse? Considerando los niveles observacionales antedichos, se advierte que la sentencia es auto contradictoria, autodestructiva del derecho. En efecto, transforma a la Suprema Corte de Salta en un tribunal que viola el derecho argentino, del que se supone es el máximo garante en la provincia.

En cuanto a los argumentos que utiliza el máximo tribunal de Salta, se identifica que estos son propios del campo del pluralismo jurídico presentado como perspectiva crítica y de apertura a la diferencia; su fundador Santi Romano en su trabajo de 1918 teoriza la pluralidad del ordenamiento jurídico, el cual es valorado por Schmit y controvertido por otros, algunos más contemporáneos como Ferrari.

### **Marco teórico**

Desde un análisis sociológico, a primera vista se puede afirmar que la visión sistémica, definida como funcionalista, mediante la cual se sostiene que la sociedad humana constituye un conjunto de elementos en interacción, cada uno de los cuales coopera de manera relativamente ordenada a través de las funciones que desempeña en el bienestar y en el mejor estado del sistema en su conjunto; no se



verifica cuando se analizan distintas intervenciones sociales y jurídicas en torno a los conflictos familiares y su contexto.

Acercándonos a la idea Luhmann, de una sociedad, no ya como un conjunto de seres humanos conectados por relaciones de rol, tal como lo planteaba Parsons, sino como una red de sistemas compuesto por actos de comunicación dotados de un sentido social podríamos pensar en un ambiente que nos plantea ciertos desafíos.

En este sentido podríamos referir que Parsons hace un primer intento de síntesis y genera un armazón conceptual en el cual se propone integrar los aportes hechos por sus predecesores superándolos. Este es el sistema general de la acción. En cada acción intervienen elementos culturales, sociales, psicológicos y orgánicos, los que forman un sistema integrado desde uno de sus subsistemas encargado de esa función: el sistema social (Luhmann: 2006: IV-V)

“[...] Vivimos, subraya Luhmann en un ambiente que nos plantea continuamente desafíos y hace inciertas y tormentosas nuestras expectativas: un ambiente complejo en cuanto presenta un exceso de posibilidades respecto a las concretamente realizables, y además contingente por ser incierto, abierto a eventos mudables e imprevisibles: no solo eventos naturales y no menos importante las a menudo incalculables decisiones humanas”.<sup>5</sup>

Por su parte, Luhmann desarrolla su modelo de comunicación social de acuerdo con conceptos fundamentales en la Sociología contemporánea, tales como: el concepto de expectativa; la complejidad; la contingencia; el riesgo; y por supuesto, todo lo que rodea a estos conceptos, es a partir de aquí que Luhmann comienza a definir al derecho, o mejor dicho al sistema jurídico, como una estructura que cumple la función de reducir la complejidad y estabilizar las expectativas normativas de conducta.

Para Ferrari, esta idea representa la organización humana como un todo integrado, en el que diferentes sistemas sociales coexisten y cooperan, si no en el mantenimiento de un equilibrio, al menos en la resolución de problemas esenciales de la vida social. Siguiendo los lineamientos conceptuales de este autor, “(...)

---

<sup>5</sup>Own translation of the fragment quoted citado en Ferrari Vincenzo, Derecho y sociedad. Elementos de sociología del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 28-29.

es en el campo de los derechos humanos, durante las últimas décadas, donde se provocan los conflictos más frecuentes entre derechos en conflicto; y este es un punto muy delicado porque más contingencias traen más entropía, más complejidad y más riesgos. Esto niega o contradice la idea fundamental de que el sistema jurídico existe para reducir la complejidad y estabilizar las expectativas normativas de conducta, al menos tenemos que admitir que en el sistema jurídico y en el derecho pueden multiplicarse, causando conflictos y no resolviéndolos. Todo esto presupone un cierto nivel de crisis del derecho”.<sup>6</sup>

Por otro lado, si el eje de análisis del caso abordado en esta ponencia vira hacia el marco normativo, es obligado reflexionar acerca del lugar que ocupan los derechos humanos de la infancia en este tipo de situaciones de hecho en las que sus principios y postulados propios del paradigma de la protección integral, son afrontados y contradichos por los derechos de otro grupo vulnerable, en este caso, el de las comunidades indígenas.

“El análisis normativo de los derechos humanos de la infancia se inicia inexorablemente con la referencia a la Convención de los Derecho del Niño (CDN), que junto a otros instrumentos específicos de protección de derechos humanos y a la acción de diversos movimientos sociales a favor de los derechos de los niños, renovaron el marco jurídico incorporando la concepción de su desarrollo integral, reconociéndolos como “sujetos de derechos” con fundamento en la dignidad, equidad, justicia social, y en los principios de ISN, no discriminación, solidaridad y participación, gestando un nuevo paradigma de niñez”.<sup>7</sup> Argentina recorrió un camino progresivo en el reconocimiento jurídico de la infancia, desde 1994 en que incorporó dicho instrumento a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22),

---

<sup>6</sup> Conferencia “Derecho e Interacción Social. Orden y conflicto en una democracia cambiante”; Facultad de Derecho UBA; 29/09/2014; Organizado por el proyecto UBACYT “Conflictos socio jurídicos en torno a la infancia. Nuevos escenarios” (Programación Científica 2014-2018) conjuntamente con los Departamentos de Filosofía y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho. Publicado en Laura Lora y Vincenzo Ferrari, Derecho e interacción social. Orden y conflicto en una democracia que cambia, en Lora Laura (comp.) Sociología Jurídica e Infancia, Eudeba, Buenos Aires 2021, pp-49-59.

<sup>7</sup> Medina Laura Vanesa, “La infancia y sus derechos subjetivos en el acceso a la justicia. Abordaje de marcos jurídicos renovados y examen de nuevos sujetos procesales”, Capítulo 2, Difusión de resultados de investigación, 2021.

sancionando hacia 2005 la ley nacional 26.061 de protección integral de la infancia, a la que le siguieron distintas leyes locales en las distintas jurisdicciones del país, hasta la más reciente modificación del Código Civil y Comercial de la Nación en el 2015, en que se incorporan al código de fondo, diversas disposiciones que coadyuvan al acceso a la justicia de NNyA.

A la época del fallo, los jueces al menos contaban con dos de estos instrumentos normativos: la CDN de jerarquía constitucional y la ley 26.061. No obstante, el análisis del caso se advierte que giró en torno a la ponderación de los derechos humanos en juego. Por un lado, estaban los derechos de la niña wichí, mientras que, por el otro, se sopesaba los de las comunidades indígenas y el respeto a su identidad cultural. Ambos grupos de derechos, además, gozaban de idéntica jerarquía constitucional (art. 75 inc.22 CN). Conforme el recorrido de la sentencia que se efectuó más arriba, los derechos humanos de la infancia ni siquiera fueron considerados como tales por los operadores jurídicos, el caso judicialmente siempre se abordó haciendo foco en el adulto miembro de una comunidad indígena, cuyo accionar se atribuyó a una costumbre ancestral, en desmedro de la salud, de los derechos y del sentir de una niña de la misma comunidad, a la que no se la oyó. Así, los miembros del máximo tribunal provincial de Salta, dieron prevalencia a supuestas prácticas culturales indígenas, consuetudinarias, por encima de la vigencia de los derechos humanos de la infancia consagrados positivamente. Cuando se refirió más arriba que, niños, niñas y adolescentes están expuestos a la arbitrariedad de acciones que pueden ser ejercidas por distintos operadores con atributos de autoridad sobre ellos; este caso, se erige como el paradigma de tal postulado.

En suma, la sentencia analizada indica que deben analizarse y comprenderse las acciones de los miembros de contextos culturales determinados por sobre cualquier otro derecho, aun en supuestos de vulneración, en este caso, los de la infancia que, además, gozan de idéntica jerarquía constitucional. En definitiva, se desconoció la calidad de sujeto de derecho de la niña wichí. En este sentido, reflexionar acerca de la garantía de acceso a la justicia que el Estado argentino le reconoció a la niña wichí una vez que su realidad fue judicializada parece hasta grotesco, por lo obvio y penoso de la respuesta. De hecho, del recorrido del expediente no se verifica que se le haya garantizado ni ese, ni otros derechos humanos de la infancia, desde el más elemental que es el derecho a ser oído y a participar de los procesos en los que forman parte, hasta el propio derecho a la salud psicofísica.

Su caso, justifica aquello que hemos identificado en relevamientos previos: el acceso a la justicia condiciona la concepción misma del niño como sujeto de derecho.<sup>8</sup>

## Reflexiones finales

En tiempos en que el paradigma de la protección integral de la infancia parece ser una realidad teórica indiscutida en nuestro país, aunque no así práctica, lo cierto es que en las sentencias de los tribunales nacionales se evidencian prácticas que contradicen esa narrativa de derechos humanos de la infancia.

En este sentido, en estudios previos se ha identificado que “no obstante que NNyA son reconocidos jurídica y universalmente como sujetos de derechos humanos, se identifica que aún no son percibidos como “sujetos procesales”. Es entonces cuando el interrogante se redefine, ¿acceden a la justicia?”<sup>9</sup>, dando por sentado que la calidad de sujeto de derechos de los niños resulta indiscutida desde el plexo normativo y si se quiere axiológico. Sin embargo, en el caso analizado en esta ponencia, se advierte que ello no es así, pues constituye un ejemplo acerca de los modos en que algunos operadores (jueces, abogados, equipos interdisciplinarios) no aplican los marcos normativos especializados, tanto nacional como supraestatal que incluso en Argentina goza de jerarquía constitucional, en casos concretos de vulneración de derechos humanos de la infancia, como lo es el de esta niña wichí, a quien la justicia desconoció su calidad de sujeto de derecho, para ponderar las prácticas culturales de la comunidad a la que pertenece.

Como señala la antropóloga Tarducci “(...) ningún grupo social ha sufrido mayores violaciones de sus derechos humanos en nombre de la cultura que las mujeres y las niñas. Ellas cargan con algo así como de un plus de etnicidad y las relaciones de género se consideran la “esencia” de la comunidad, más allá de

---

<sup>8</sup> Medina Laura Vanesa, Capítulo III “Aspectos Socio-Jurídicos del Acceso a la Justicia de Niños, Niñas y Adolescentes”, en *Infancia Herida. Perspectiva socio jurídica*, Lora Laura N. (Compiladora), Editorial EUDEBA, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, páginas 117 a 138, 1º edición 2016.

<sup>9</sup> Medina, *op. cit.*

cualquier convención de derechos humanos que las proteja, aun cuando la misma comunidad utilice el arsenal de herramientas provistas por una justicia universal y el lenguaje de los Derechos Humanos para demandar derecho a la tierra, a la protección del medio ambiente, al respeto a la propia cultura, inclusive. ¿Qué decimos como antropólogos/as cuando los valores de una cultura que no es la dominante, contribuyen a la opresión de los miembros más vulnerables de esa misma comunidad? ¿Por qué el respeto a la identidad cultural puede ir en contra de la integridad de quienes viven en dichas culturas? ¿No es necesaria entonces una ética global por encima de los derechos de los grupos culturales?”.<sup>10</sup>

Se advierte, entonces, la necesidad de repensar la relación entre las narrativas de derechos y los derechos humanos de la infancia, como también de interpelar, con resultados de procesos investigativos teóricos y empíricos socio jurídicos e interdisciplinarios, a los operadores que la intervienen –en especial a los judiciales– para garantizar su interés superior.

---

<sup>10</sup> Tarducci Mónica, “Abusos, mentiras y videos. A propósito de la niña wichí”, *Boletín de Antropología y Educación*, pp. 7-13. Año 4 - N° 05. 2013, pág. 12.

## Referencias y bibliografía

- CJS, “C/C Ruiz, José Fabián –Recurso De Casación”, Expediente Judicial N° 28.526/06.
- Lora, L. N. (comp.), *Infancias, narrativas y derechos: tomo I*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones, 2021, 635 págs. Libro digital, PDF Archivo Digital: TOMO 1 disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/ind-infancias-narrativas-y-derechos-t1.php>
- Lora, L. N. (comp.) *Sociología Jurídica e Infancia*, Buenos Aires, Eudeba, 2021.
- Luhmann N., *La Sociedad de la Sociedad*, México, Herder, 2006.
- Medina L. V., “La infancia y sus derechos subjetivos en el acceso a la justicia. Abordaje de marcos jurídicos renovados y examen de nuevos sujetos procesales”, Capítulo 2, Difusión de resultados de investigación, 2021.
- Medina L. V., Capítulo III “Aspectos Socio-Jurídicos del Acceso a la Justicia de Niños, Niñas y Adolescentes”, en *Infancia herida. Perspectiva socio jurídica*, Lora, Laura N. (compiladora), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2016, pp. 117 a 138.
- Tarducci, M., “Abusos, mentiras y videos. A propósito de la niña wichi”, Boletín de Antropología y Educación, pp. 7-13. Año 4 - N° 05. 2013.

# Niñez y Medio Ambiente. La NO violencia ambiental contra los niños. La violencia ambiental como violencia específica. La Responsabilidad Social y la Infancia (RS-I)

*Dra. Palacio Mayra Cecilia<sup>1</sup>*

*Dra. Zarabozo Mila María Victoria<sup>2</sup>*

**Voces: niñez - medio ambiente - interes superior del niño - pan ambientalismo - pan ambiental - derechos humanos - violencia ambiental**

La contaminación del medio ambiente está relacionado con un acto de violencia ambiental.

En el universo del Derecho de la minoridad, el Derecho de los Niños a la No Violencia Ambiental, debe instaurarse como faro ejemplar en la prosecución;

---

<sup>1</sup> Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad Museo Social Argentino (UMSA), Especialista en derecho de Familia, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho (UBA), Diplomada en Argumentación Jurídica, Universidad de San Isidro, (USI). Abogada Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho (UBA), Profesora en carrera de derecho en grado materia electiva sobre Derecho de niñez y adolescencia en Universidad de San Isidro (USI). E-mail: mayracpalacio@yahoo.com.ar

<sup>2</sup> Abogada, Doctora en Ciencias Jurídicas, Magister, Especialista en Medio Ambiente y Recursos Naturales. Profesora de grado Responsabilidad Civil e Investigadora Universidad de San Isidro. Profesora grado posgrado y Doctorado UBA, Profesora grado y Postgrado UB., E-mail: victoriazarabozo@gmail.com

en la ejecución de programas y actividades que tengan también como miras el Principio Pro Homine en el contexto de una visión Pan Ambiental que garantice la plena vigencia de todos los derechos de la niñez, así como en todos los esquemas de Responsabilidad Social insertos en el pan ambientalismo de implementación con el norte en el Interés Superior del Niño.

La Responsabilidad Social Infancia denominada en adelante (RS-I), se proyecta como de implementación obligatoria en el contexto de los Derechos Humanos esenciales en todos los estamentos.

## I. Introducción

### *I. Niñez y Ambiente.*

“Lamentablemente, hay una general indiferencia ante estas tragedias, que suceden ahora mismo en distintas partes del mundo. La falta de reacciones ante estos dramas de nuestros hermanos y hermanas es un signo de la pérdida de aquel sentido de responsabilidad por nuestros semejantes sobre el cual se funda toda sociedad civil”<sup>3</sup>

Interrogantes disparadores de la temática:

- a. ¿Qué actos de violencia imaginamos?
- b. ¿Podemos imaginar violencias colectivas?

El Ecocidio, entendido como referencia a cualquier daño masivo o destrucción ambiental, es un término que actualmente acuña situaciones que podrían incluir e incluso llevar a su máxima expresión este tipo de actos...

Pero, pensemos: ¿existen situaciones diarias, intermedias, que vemos todos los días que pueden constituirse como violencia social?, y ¿la contaminación ambiental, no es un acto de violencia?

---

<sup>3</sup> Su Santidad Francisco, Carta encíclica Laudato Si, pág. 23 acápite 25



En relación a los niños... ¿Puede imaginarse algún interés superior que el de un Niño? La respuesta intuitiva parecería ser negativa.

Sin embargo, todos los días en varios de los ámbitos y en diversas partes del mundo, los intereses y derechos proclamados se alejan de los hechos y muchas veces, de los mismos cuerpos normativos, generándose de este modo una distorsión entre los derechos proclamados y el efectivo ejercicio y respecto de los mismos.

“...Es así, que la efectiva protección y ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ha sido y continúa siendo una temática compleja en lo que respecta a la aplicación del tratamiento de la problemática específicamente asistencial; dentro de un contexto social- económico- cultural determinado, y con un marco jurídico vigente. Durante varios años, la infancia ha sido tratada bajo el régimen de una doctrina jurídica llamada de “situación irregular del menor”, inmerso dentro de un marco legal, que legitimaba el abordaje judicial, donde los niños eran considerados objeto de protección, sin perjuicio de que su problemática a tratar fuera netamente asistencial. No obstante, a la luz de un nuevo marco normativo, el viejo paradigma doctrinario varió en su conceptualización; y actualmente se encuentra vigente la normativa jurídica de la llamada doctrina de protección integral de los derechos del niño. En el dogma vigente se observa y trata a cada niño como sujeto de derecho y de un modo integral, teniendo en cuenta su realidad económica, cultural y social considerando al menor legítimo titular de sus derechos. Esta doctrina posiciona al estado, como responsable mayor de velar y garantizar el pleno desarrollo y bienestar de los niños, haciendo respetar los derechos que éste posee. El alcance teórico de ambas doctrinas jurídicas muestra una diferencia marcada en el enfoque que brinda cada una de ellas, respecto del tratamiento de la problemática asistencial de un niño; ya sea considerado objeto de protección en una de ellas, o sujeto de derechos adoptando la otra, cuestión que puede evidenciarse en el marco de la aplicación del derecho ambiental en materia de niñez, entendiendo que este derecho podría considerarse posicionado conceptualmente en el viejo paradigma de niñez, resultando necesario que se encuadre en el actual, que es el de protección integral de derechos de los NNA. A pesar de la diferencia en el enfoque jurídico de cada doctrina de niñez encuentran un sentido ideológico común, cada una de ellas, predica como fin primordial; la efectiva protección del niño...”<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Palacio Mayra Cecilia, (2011), “Infancia Vulnerable. Tratamiento de la problemática asis-

## II. Marco jurídico

Sentada las doctrinas del tratamiento en materia de niñez, a los fines del tratamiento del presente trabajo es importante contextualizar el marco jurídico de aplicación, por ello tomaremos a la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificado por 196 naciones), como instrumento de relevancia para la aplicación efectiva del ejercicio de los derechos de los NNA y en particular en el análisis del tema que nos convoca, en la interrelación del derecho ambiental y la garantía/protección de los derechos del niño en particular el de la violencia/daño que generan los descuidos ambientales, cuestión que motiva al desarrollo del presente .

La CDN establece derechos inherentes de los niños, niñas y adolescentes además de la obligación del Estado, progenitores y toda sociedad en su conjunto para garantía del ejercicio y el disfrute efectivo de esos derechos de la totalidad de las personas menores de edad en plano de igualdad legal.

Dicha Convención ha puesto a los niños en el centro de las políticas, las leyes, los programas y los presupuestos”, brindando un marco de protección jurídico e integral del sujeto titular de derechos en estudio, enumerando como derechos esenciales de los niños entre varios, el derecho a la salud, nutrición y desarrollo infantil integral temprano, derecho a la educación, derecho a la protección especial, el derecho a la participación y el derecho a la identidad.

Este instrumento posee principios de importancia tales como el de no discriminación, la primacía del interés superior de menor, la garantía de la supervivencia y el pleno desarrollo, y la participación infantil de los cuales se cita normativa aplicable que sigue el eje conceptual de cada uno de ellos, por ello más allá de las demás convenciones que relacionen a la niñez se elige a la CDN como pilar base sin perjuicio que en caso particular debe analizarse y aplicarse además de esta convención universal, la que permita el pleno ejercicio de los derechos involucrados conforme la materia específica tratada y que el marco jurídico interno como el internacional dialoguen en pos de un enfoque integral.

---

tencial de los niños con sus derechos vulnerados”, Universidad de Museo Social Argentino (UMSA). (Tesis doctoral no publicada).

Es importante recalcar en específico sobre el interés superior del niño (ISN), que en su Preámbulo hace alusión a los “cuidados y asistencias especiales” de los niños, niñas y adolescentes (N.N.A) y lo vemos en diferentes artículos del texto del instrumento internacional enunciados para su conocimiento.

Que en el Art. 3 inc. 1 de la CDN establece: “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 ISN”.

La CDN en el art. 19 prevé que los NNA tienen derecho a vivir en condiciones que permitan su crecimiento sano y armonioso, tanto físico como mental, material, espiritual, moral y social.

Así, el Art. 37 inc. C CDN expresa: “...que los Estados Partes velarán por que todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al ISN...”.

El Art. 19 de la Convención Americana de derechos humanos (C. A. D. H.) señala también que: “... el ISN debe recibir “medidas especiales de protección...”.

En el principio de supervivencia y pleno desarrollo abarcado por la garantía del derecho a la vida, es establecido en C.A.D.H., en el Art. 4.1: “... Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para disfrutar del resto de los derechos humanos...”.

En la ley nacional 26.061, el art. 8 prevé el Derecho a la Vida. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tratado diversos aspectos de este trascendental derecho consagrado en el art. 4 de la CADH: “... Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...”. En caso de los “Niños de la Calle”, (Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 631), “... El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito 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, 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.

Así, la observancia del artículo 4, relacionado con el art. 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción.

En el desarrollo del presente trabajo se toma la relación del concepto de violencia con la concepción de ser el resultado de un posible daño psicológico, lesión, daño físico, muerte, privación o mal desarrollo de la persona, de manera directa o indirecta por acción y omisión, y se analiza que en particular la normativa de esta figura en el ámbito de desarrollo de las normas propias de dicha temática va dirigido en particular a las personas adultas y en lo que hace a la niñez se considera que podría encuadrarse en violencia, Física, Sexual, Psicológica y negligencia en el trato, pero no detectamos clasificado/enunciada en especial la violencia “Ambiental” como un tipo de daño/lesión cuestión que se busca introducir en la finalización de la lectura del presente.

Es así que, la cuestión ambiental penetra al Derecho que regla la niñez por varios ángulos, en primer lugar, y en tanto derecho humano esencial, el derecho ambiental es un presupuesto de existencia de las personas y en tanto tal, los niños, sujetos prioritarios en el sistema jurídico, que se encuentran inescrutablemente alcanzados.

En segundo término, el derecho ambiental es, sin duda, el derecho esencial que presupone su existencia al derecho a la salud.

Recordemos que el art. 41 de la Constitución Nacional establece la obligación de respetar el derecho al medio ambiente apto, sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades presentes no comprometan a las generaciones futuras.

Esta alteridad presentada en el plexo constitucional de sujetos de derecho todavía inexistentes como son las “Generaciones Futuras”, va incluso más allá de la idea del niño o del niño por nacer. Incluye también, y esencialmente a aquellos niños no engendrados todavía y que se estima nacerán en las próximas décadas

La noción que corre por detrás de la protección de la niñez desde lo ambiental se fundamenta la mayor fragilidad en su salud, en tanto presentan un sistema inmune en desarrollo, lo que los constituye en las principales víctimas de la contaminación

El desarrollo sostenible, entendido como concepto superador a las ideas del “Progreso” iluminista y del “Crecimiento” de la economía clásica, es ese crecimiento económicos que permite la inclusión y mejoramiento social, y el respeto ambiental sin depredación de recursos naturales comunes, es, en rigor un concepto que promete no solo conservar el medio natural, sino transformar las grandes injusticias sociales generada por la inadecuada gestión de los recursos naturales, la falta de educación y la falta de oportunidades.

En esta línea la Carta Encíclica Laudato, si se erige como un paradigma nuevo en el contexto Pan Ambiental<sup>5</sup>, que ubica y aloca a la cuestión en su debido eje, que es el del cuidado de la casa común y de una ecología ambiental integral con visión social, siempre en protección de los más desvalidos. En este colectivo, siempre encontramos a los pobres, los discapacitados y los niños.

Desde otro ángulo, debe abordarse la cuestión de la Educación, otro de los ejes que perfora, por excelencia a la cuestión de la niñez. Pocas cosas pueden transformar la vida de una persona, como la educación, cuestión que cuenta para cualquier etapa de la vida, pero, esencialmente, para la niñez, cuyo impacto es tan notorio y público que torna obtusa la discusión. La educación en la niñez esencialmente no es solo un elemento esencial movilidad social, sino, esencialmente, es fundamental para salir de la pobreza entendida esta como una situación no solo económica, o de “titularidades” en los términos del economista Amartya Sen, sino, como estado complejo que abarca todos los aspectos de la vida de una persona.

La Educación Ambiental con objetivo de desarrollo sostenible se ha vuelto obligatoria en la República Argentina.

El niño como persona sujeto titular de derechos será el futuro ciudadano que conforma nuestra sociedad por tanto es de importancia el tratamiento que se realice del mismo y la protección de todos sus derechos. Entonces la educación que el mismo reciba y/o los adultos que protegen a los NNA, condicionarán no

---

<sup>5</sup> Zarabozo Mila, María Victoria. (2021), “Ideologías Ambientales y Pan Ambientalismo Desde las teorías clásicas, hasta las nuevas nociones del “buen vivir” “Sumak Kawsay” o “Suma Qamaña” y la Carta Encíclica Laudato Si de Su Santidad Francisco, Lojuane, Buenos Aires.

solo al sujeto propio personal menor de edad sino a todos los adultos que integral la sociedad en su conjunto.

Por ello es importante la educación sea escolar y/o familiar y/o social porque de ello depende el desarrollo de todo ser humano relacionado en sociedad, y si se educa desde edades tempranas tiene mayor beneficio y concientización que no hacerlo. Los adultos deben brindar una educación y complementar la misma con el ejemplo de la conducta individual, resaltando valores éticos y morales de cada sociedad basados en el respeto/libertad de cada ser humano para su desarrollo pleno y bienestar máximo en la sociedad.

## **II. 1. Educación Ambiental. Las normas sobre la educación ambiental obligatoria en la República Argentina. El foco en las generaciones futuras.**

Los niños son los pilares fundadores de una sociedad, ya que serán los futuros ciudadanos que la conforman<sup>6</sup>

Las normas ambientales son los instrumentos del desarrollo por excelencia<sup>7</sup>, por ello es tan importante el fomento de la educación en todos los niveles, desde la infancia hasta la adultez, de las mismas. Avance de la normativa relacionada al tema.

En el año 1994 se incorporaron, como fuera mencionado, a la Constitución Nacional los llamados derechos de tercera generación. Entre ellos, el Derecho a un medio ambiente apto, sano y equilibrado como nuevo derecho y garantía a fin

---

<sup>6</sup> Palacio Mayra Cecilia, (2011), "Infancia Vulnerable. Tratamiento de la problemática asistencial de los niños con sus derechos vulnerados", Universidad de Museo Social Argentino (UMSA). (Tesis doctoral no publicada).

<sup>7</sup> Zarabozo Mila, María Victoria "Las normas de protección ambiental como herramientas del desarrollo en el contexto del comercio mundial en general y del acuerdo Mercosur Unión Europea en particular.". En libro "El acuerdo asociación estratégica Mercosur-Unión Europea estudios desde américa latina" Romero Wimer Fernando compilador 5-8-2020 ISBN 978-987-47681-11 , versión digital disponible en :<https://ceiso.com.ar/el-acuerdo-de-asociacion-estrategica-mercosurunion-europea-estudios-desde-america-lati-na/>

de ser resguardado por el Estado Nacional. A posteriori, todas las Constituciones provinciales replicaron, en más o en menos, el texto del artículo 41

En año 2017 este derecho fue declarado como un Derecho Humano Esencial primero por la Corte Interamericana de Derecho Humanos en la Opinión Consultiva 23-2017 Colombia s/ derechos humanos por daños al ambiente marino en la Región del Gran Caribe, la cual reconoció el ambiente sano como derecho “fundamental”. Lo mismo sucedió en 2021 en la ONU.

El Tribunal de la Unión Europea de Derechos Humanos tomó en su momento la posta y la vanguardia en este tema dado la rápida aplicación de las normas del Derecho Internacional al derecho comunitario y a la verdadera implementación Europea de la Agenda XXI y 2030

En estos instrumentos ya la Organización de Naciones Unidas había en la década del 90 detectado la importancia de la educación ambiental. En esta lógica, los Objetivos del Desarrollo sostenible fijaron un objetivo específico, el Objetivo 4, el cual compromete a los Estados a Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos.

En el año 2002 una de nuestras primeras leyes de presupuesto mínimos, la LGA (Ley General del Ambiente Nr.25.675) estableció como Instrumentos de la política y la gestión ambiental en su artículo 8, inc.4. La educación ambiental.

Luego del avance referido, en diciembre 2020 se dictó la conocida Ley Yolanda N° 27.592, aplicable a la educación y formación de los operadores del poder público.

Finalmente, el 13 mayo 2021 se sanciona la ley 27.621, la Ley para la implementación de la Educación Ambiental Integral en la República Argentina. Se trata de una ley de educación, no de presupuesto mínimos ambientales. Esta ley tiene por objeto establecer el derecho a la educación ambiental integral como una política pública nacional conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Nacional y de acuerdo con lo Establecido en el artículo 8° de la Ley General del Ambiente, 25.675; el artículo 89 de la Ley de Educación Nacional, 26.206; y otras leyes vinculadas tales como Ley Régimen de Gestión Ambiental del Agua, 25.688; Ley de Gestión de Residuos Domiciliarios, 25.916; Ley de Bosques Nativos, 26.331; Ley de Glaciares, 26.639; Ley manejo del Fuego, 26.815; y los tratados y acuerdos internacionales en la materia.”

La cantidad de tratados que La ONU ha promovido es muy vasta y variada, aún en temas ambientales. Enumero alguno de ellos: 1972. Conferencia Mundial sobre el Medio Humano, Estocolmo (Suecia); 1972. Convención sobre la Protección

del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural; 1973. Convención sobre el comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres; 1974 Conferencia de Cocoyoc (México); 1977. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua; 1979 Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres, Convenio de Bonn) (aprobada por Ley N° 23.918), 1982- Acuerdo las poblaciones de peces trans zonales y las poblaciones de peces altamente migratorios; 1985- Convenio de Viena para protección de la Capa de Ozono; 1989- Convención de Basilea (aprobado por Ley 23.922). En 1992 se dictó la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río Janeiro, Brasil. De aquí surgieron cinco documentos principales: 1) la Declaración de Río sobre Medio Ambiente; 2) la Agenda XXI, 3) la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; 4) la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica, 5) la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación.

En materia local, las leyes de presupuestos mínimos son la base de nuestra legislación Nacional<sup>8</sup>

Como puede verse, el universo a estudiar y a implementar en las aulas, en los distintos niveles y en la educación tanto formal como no formal es enorme

Este tipo de educación que debe plasmarse en las aulas se encuentra basados el cuidado de la “alteridar” intra, inter y tras generacional que jamás reproducirán o aumentarán la desigualdad de la población en términos de acceso a los bienes naturales y sociales elementales, ya que serían contrarios al Desarrollo Sostenible.

Por ello es indispensable transmitir de que se tratan estos conceptos y las ideas éticas que se encuentran por detrás de estas nociones, siendo el derecho de

---

<sup>8</sup> El Congreso Nacional desde 1994, ha dictado las siguientes: 1 Ley de gestión integral de residuos industriales y de servicios N° 25.612 (año 2002), 2. Ley de gestión y eliminación de PCBs N° 25.670 (año 2002), 3. Ley general del Ambiente N° 25.675. (Año 2002), 4. Ley de gestión integral de aguas N° 25.688. (Año 2003), 5. Ley de acceso a la información pública N° 25.831. (Año 2003), 6. Ley de gestión de residuos domiciliarios N° 25.916 (año 2004), 7. Ley para la protección de bosques nativos. N° 26.331 (año 2007), 8. Ley del régimen de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial N° 26.639 (año 2010), 9. Ley 26.562 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para Control de Actividades de Quema en todo el Territorio Nacional. 10) Ley N° 27279 productos fitosanitarios 2016 11. Ley 27.520 de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático (diciembre de 2019).



los niños al acceso a esta educación, esencial en todos los términos. El norte no puede ser otro que la Protección de los Derechos Humanos, el fin de la violencia ambiental, y especialmente el Interés Superior del Niño.

### **III. Responsabilidad Social en general y Responsabilidad Social De La Infancia (Rs-I) en particular. El interés superior de los niños como Bien y Derecho Colectivo enmarcado en el universo Pan Ambiental.**

“Si se quiere ver cómo será el próximo siglo, miremos como atendemos a nuestros niños“

“La educación es un derecho humano con un inmenso poder de transformación. En su fundación descansan las piedras angulares de la libertad, la democracia y el desarrollo humano sostenible”.<sup>9</sup>

Un modo de interconectar en la implementación las cuestiones Niñez, Ambiente y Derechos Humanos, es a través de la puesta en marcha de la Responsabilidad Social, más allá de la legislación, haciendo foco no solo en lo obligatorio de las cuestiones sino en el “enforcement” y aplicabilidad de las mismas a nuestra vida cotidiana, como sociedad (desde lo personal) y/o como empresas

La responsabilidad social o también conocida como de Impacto, se trata de una forma de gestión, (generalmente de una empresa u organización) que promueve la implementación de valor ético, económico, social, ambiental. A esto se lo denomina el “Triple Impacto”.

La disciplina de la Responsabilidad Social (hoy también con una sub vertiente que se denomina Responsabilidad de Impacto o Esquemas de Impacto) busca la

---

<sup>9</sup> Kofi Annan. Fue el primer hombre africano de raza negra designado secretario general de las Naciones Unidas, también se convirtió en un símbolo de la paz mundial al ganar el Premio Nobel de la Paz en el año 2001. Desde 1997 hasta 2006, Annan lideró el Organismo Multilateral donde alcanzó importantes logros, entre esos, los Objetivos de Desarrollo del Milenio, los cuales establecían una serie de metas globales para enfrentar problemas como la pobreza y la mortalidad infantil.

implementación de sistemas de equilibrio del crecimiento de actividades diversas dentro de aspectos económicamente viables, ambientalmente vivibles y socialmente justos. Son ejemplos de implementación de situaciones en donde se trata de poner en marcha el concepto de Desarrollo Sostenible. Un ejemplo posible son los sistemas de gestión de iso

26.000 y/o las empresas B. Forman parte del universo Pan ambiental más moderno que incluyen también los esquemas teóricos, algunos de corte económicos, como por ejemplo la denominada Economía Circular o Economía azul, así como las teorías acerca de los Servicios Ambientales.

En el caso corporativo, la disciplina de Responsabilidad Social Empresaria posee una sub rama, que abarca una perspectiva de los derechos de la infancia (se la denomina RSE-I), y que implica la aplicación de las normas de evaluación del triple impacto (económico-ambiental y social, típico de la RSE) con el foco puesto en los derechos de los niños

Por ello en este caso, el foco ES en la niñez, tornándose de plena aplicación las normas descriptas en el presente

La implementación entonces puede basarse en la ISO 26.000 de Responsabilidad Social con ciertas adaptaciones específicas a la materia de niñez para una visión integral de la temática.

Estas adaptaciones específicas vienen de la mano del nuevo paradigma en materia de niñez, que se entrelazan con el principio prohomine y todo lo que ello implica. Así, como de la recolección análisis e implementación en campo de las normas tradicionales relativas incluso de manera tangencial a las cuestiones de los niños, como puede ser las licencias por maternidad, derechos de lactancias, derechos de licencia por paternidad y una numerosa nueva agenda de derechos todavía no regulados pero que se encuentran en etapa pre legislativa en la agenda social.

La igualación de los derechos de los varones padres respecto de las licencias femeninas por cuestiones de nacimiento y/o adopción son un ejemplo.

Lo más importante, desde el universo Pan Ambiental, es que esta disciplina, trata de instaurar una nueva ética, entendida esta como (el proceso del pensamiento correcto y bueno) basado en el respeto medio ambiente, derechos humanos y sustentabilidad en general, pero desde el foco del interés superior del niño.

El eje de implementación en las empresas intra organizativamente se relaciona, como decíamos, con las normas aplicables de manera directa o indirecta,

por ejemplo, la Prohibición del trabajo infantil y el respeto de las normas laborales y de higiene y seguridad.

En la Argentina, la prohibición del trabajo infantil y la protección de los derechos de los adolescentes trabajadores aparecen garantizadas por la Ley N° 26.390 (MTySS, UNICEF, 2009) y por la Ley 26.727 de régimen de trabajo agrario (Título IX). y prohíbe el trabajo de los niños por debajo de los 16 años, así como el trabajo nocturno y tareas insalubres.

Adicionalmente, existen normas de protección y fomento de derechos de niños de los empleados no solo en las leyes laborales sino especialmente en diversos Convenios Colectivos de algunos gremios, ayuda en asistencia escolar y nurseries, jardines maternas son otros ejemplos de implementación

En la política interna respecto de la niñez, se trata de implementar también un sistema de contratación con proveedores que no incumplan las normas de protección de la niñez en el trabajo y en la producción de bienes o servicios que no dañen la salud de los niños, poniendo en el mercado elementos seguros y saludables para los niños.

Asimismo, se prevén sistemas de comunicación especialmente creador y responsables respecto de los mensajes hacia los niños. La gama de acciones es muy variada e implican un interesantísimo campo de acción para las empresas.

Mayormente el eje externo, es decir, el eje de las acciones positivas en comunidad, son justamente decididas a los niños de la comunidad local en la que esta inserta la empresa,

Se tratan esencialmente de tareas Educativas, de asistencia a comedores, acciones Culturales, Colaboración Iglesias y demás. Todas actividades que inciden el colectivo social generalmente más cercano.

Ahora bien, debe mencionarse que las reformas legislativas que nuestro sistema legal ha introducido, especialmente con los cambios introducidos en el nuevo Código Civil y Comercial cierran la discusión respecto de la subordinación del derecho civil y comercial a la disciplina ambiental y a los derechos de incidencia colectiva

Así, el artículo 14 regula los derechos individuales y de incidencia colectiva. Allí dice: En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. Finalmente impone que, la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

La protección de la niñez y de los adolescentes es un interés colectivo en general, imbuido por un gran principio que es el Interés Superior del Niño. Este Principio, es el norte de todo el ordenamiento jurídico, ya que ninguna norma puede pensarse como violatoria de ningún derecho que un niño pueda poseer.

La fragilidad extrema de la niñez, como etapa, impone al universo teórico Pan Ambiental una adecuación de todo lo normado en respecto de este Principio rector, junto con el Principio Pro Homine

El punto es introducir el análisis formal y teórico de las temáticas abordadas para luego hacer efectiva su aplicación en pos de la protección de los derechos del NNA en el sentido analizado y desplegado en el trabajo, para luego concientizar a los integrantes de la sociedad la visibilidad y reconocimiento de los NNA en el derecho ambiental, considerando que se repite en este contexto como fue a lo largo de la historia una la intención de protección de la persona menor de edad y una paradoja en dicha acción.

Situación que con el planteo desarrollado en el presente podría revertirse con la introducción de la norma propia de derecho ambiental con una mirada integral de la niñez y exigirse a través de la educación integral en ambos sentidos (derecho de la Niñez/ derecho ambiental) que el estado y los adultos deben garantizar.

El interés general protectorio de este colectivo de NNA, es sin duda un interés colectivo en orden a la protección cuidado, elusión y remediación de toda violencia contra ellos. Entre todos los tipos de violencia, se encuentra la Violencia Ambiental contra los niños

La degradación del medio ambiente apto sano y equilibrado, es un tipo de violencia social. En el caso de los niños, quienes se constituyen en el colectivo más vulnerable (junto a los ancianos) respecto de la contaminación de cualquier tipo, es claro que la categoría que corrompe sus derechos constituye, claramente un tipo de violencia específica. La Violencia Ambiental.

Esta violencia ambiental se puede encontrar también respecto de los niños, en función de las sustancias que se utilizan para los juguetes o juegos, normalmente de plástico (derivado hidrocarburofero), que en algunos casos es altamente nocivo, peligros y contaminante, especialmente cuando es sometido a calor o radiación

Las normas ambientales respecto de este tema se conectan también con el artículo 1094 del Código Civil Y comercial de la Nación , que establece en materia de consumo, una nueva figura a la hora de producir la Interpretación y prelación normativa en esta disciplina.

Se trata del concepto de “Consumo Sustentable”. Expresa el artículo que, las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. Este último concepto, es fundamental para las generaciones por venir. Se trata de un verdadero cambio de hábitos y de un desarrollo de nuevas políticas empresarias que deben alocarse en los criterios de responsabilidad social empresarial. Un tema entre tantos, es por ejemplo, el problema de la obsolescencia programada y/o la fabricación y comercialización de bienes con alta huella de carbono Y/o ambientalmente perniciosos

Seguidamente, el Código Civil y Comercial protege al medio ambiente a través de los artículos 240° y 241°. Así, el Artículo 240 regula los límites al ejercicio de los derechos individuales supeditándolos a no afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.”

A posteriori, el art 241 establece que cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.

Especialmente, y este es el gran cambio paradigmático del Código, consagra los deberes de prevención del daño y reparación del mismo en el Título 5°, Sección 2da.: la función preventiva y punición excesiva, artículos 1710, 1711, siguientes y concordantes.

El foco se desplaza desde el concepto de resarcimiento al foco de la prevención, cuestión que puede relacionarse con los cambios de paradigma de niñez y que la prevención además del resarcimiento sea una mirada integral del caso.

Claramente estos cambios introducidos en el Código Civil y Comercial de la Nación dan cuenta del cambio paradigmático estructural que somete, todo el derecho civil y comercial nacional, que engloba la mayoría de las cuestiones sometidas a los tribunales, y que es de aplicación nacional en todo el territorio, a las normas ambientales.

## **VI. Conclusiones**

Como regla hermenéutica, el Derecho en sí, en tanto disciplina global es, entonces, ambiental. Las normas ambientales, subordinan entonces, al resto de las normas, las cuales deben supeditarse a las primeras.

El norte de preservación ambiental normativo indica que la disciplina o las políticas que se ubiquen en las antípodas de esta manda, no será considerado derecho válido por violar los Principios Pro Hominem.

Ningún aspecto de la disciplina puede estar ajena a la obligación de preservación del medio natural y de la prosecución del desarrollo sostenible y enmarcada en el plexo teórico respecto de los Derechos Humanos. Especialmente entre ellos los Derechos de los Niños teniendo como norte, el Interés superior de los Niños en complemento al principio pro homine.

Ninguna norma o ninguna situación puede eludir la aplicabilidad de los principios y criterios ambientales establecidos en las convenciones internacionales que mencionaremos, y tampoco podrá eludir la responsabilidad que le cabe en la conformación de una sociedad civil más justa, equilibrada, que posea el derecho concreto a gozar del ambiente apto sano y equilibrado que menciona nuestra Constitución Nacional en el art. 41.

El Derecho de los Niños a la No Violencia Ambiental, debe instaurarse como faro ejemplar en la prosecución y en la ejecución de programas y actividades que tengan también como eje el Principio Pro Homine en el contexto de una visión pan ambiental que garantice la plena vigencia de todos los derechos de la niñez y que de manera integral pueda darse una protección y desarrollo pleno de todos los derechos que merecen como ser humano en principio; persona menor de edad; futuro integrante de la sociedad dentro del planeta tierra que habita y al mismo tiempo protegerá como adulto tomando el ejemplo que ha vivido y experimentado en su niñez en la temática desarrollada.

## Bibliografía citada

- Ø Zarabozo Mila, María Victoria. “Ideologías Ambientales y Pan Ambientalismo Desde las teorías clásicas, hasta las nuevas nociones del “ buen vivir” “Sumak Kawsay” o “Suma Qamaña” y la Carta Encíclica Laudato Si de Su Santidad Francisco. ”, Lajouane, Buenos Aires, 2021.
- Ø Zarabozo Mila, María Victoria “Las normas de protección ambiental como herramientas del desarrollo en el contexto del comercio mundial en general y del acuerdo Mercosur Unión Europea en particular.”. En libro “El acuerdo asociación estratégica Mercosur Unión Europea estudios desde américa latina” Romero Wimer Fernando compilador 5-8-2020 ISBN 978-987-47681-11 , versión digital disponible en :<https://ceiso.com.ar/el-acuerdo-de-asociacion-estrategica-mercosurunion-europea-estudios-desde-america-latina/>
- Palacio Mayra Cecilia, (2011), “Infancia Vulnerable. Tratamiento de la problemática asistencial de los niños con sus derechos vulnerados”, Universidad de Museo Social Argentino (UMSA). (Tesis doctoral no publicada).

## **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA**

- Zarabozo Mila Maria Victoria, “Educación ambiental-Su implementación y la redimensión del principio pro hominem, pro natura y pro aqua” Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales - IJEDITORES 2022 Nr. 43. Disponible en : <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=653d16bcd7539b1e03cafd4321778969>
- Ø Zarabozo Mila Maria Victoria, “ El Derecho será ambiental, o no será Derecho, La Etica será ambiental, o no será ética. Sobre la transformación del sistema educativo argentino en materia ambiental en post del desarrollo sostenible y de la promoción y formación de una nueva ética ambiental sobre la idea base del cuidado de la casa común y de la responsabilidad interpersonal humana por el prójimo”, ponencia IV Jornadas Internacionales de enseñanza del derecho. Universidad Nacional de la Plata, 2021 Disponible en <https://ensenanzaderecho.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/2021/ponencias/com3/Zarabozo%20Mila%20Maria%20Victoria.docx>
- Ø Zarabozo Mila Maria Victoria, “El Derecho será ambiental, o no será Derecho,La Etica será ambiental, o no será ética”. Revista Poliedro, Nr. 8

Diciembre 2021 , disponible en <https://usi.edu.ar/publicacion-archivos/numero-8-completo>,

- Ø Zarabozo Mila, María Victoria Desarrollo sostenible y biocentrismo. El pan ambientalismo y las nociones de “Sumak Kawsay” o “Suma Qamaña”, en conjunto con Mariano Ferro, Revista Papeles Académicos de la USI, Edición 4. 2021
- Ø Zarabozo Mila, María Victoria. “Principios y criterios ambientales en el control de constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina aplicados en el bienio 2019-2020” Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales - Número 38 - Diciembre 2020, versión digital disponible en el link [https://latam.lejister.com/articulos.php?Hash=adod7657baf018dc1fbc04fb113f6c4a&hash\\_t=5a060b7941fa4c32f7fc75e490aef46a](https://latam.lejister.com/articulos.php?Hash=adod7657baf018dc1fbc04fb113f6c4a&hash_t=5a060b7941fa4c32f7fc75e490aef46a)
- Ø Zarabozo Mila, María Victoria, “Los ODS y la Agenda 2030: principios humanistas e ius naturalistas a favor de las personas y del desarrollo sostenible” , Revista Poliedro, Nr. 3, año 2020. Disponible en <https://usi.edu.ar/publicacion-archivos/numero-3-completo/>
- Ø Zarabozo Mila, María Victoria. Principios Rectores en Materia Ambiental de Recursos Naturales en General e Hidrocarburífera en Particular. El control de Constitucionalidad y Criterios de la C.S.J.N de 1875-2010. Lajouane, Buenos Aires, 2014.
- Ø Zarabozo, María Victoria “El Paradigma Ambiental. Cosmovisiones e ideologías en torno a la disciplina ambiental” Libro de Memorias del 14 Encuentro Internacional de derecho Ambiental. Disponible desde el 1-3-2016 cita IJ-VC-25 disponible en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=136&idedicion=632> <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=5e2c-d7884918af11db8e35dff9364213>



# La violencia ascendente desde la intervención del sistema de justicia en Montevideo, Uruguay<sup>1</sup>

*Lucía Remersaro Coronel<sup>2</sup>*  
*Daniel R. Zubillaga Puchot<sup>3</sup>*

## Introducción

La violencia ascendente, también denominada filiofamiliar, ha sido conceptualizada por Cottrell “cualquier acto de los hijos que provoque miedo en los padres para obtener poder y control y que tenga como objetivo causar daño físico,

---

<sup>1</sup> Los datos expuestos en esta ponencia han sido recolectados durante la ejecución de la Investigación I+D “La violencia filiofamiliar desde la intervención del sistema de justicia en Montevideo: estudio exploratorio de casos e identificación de problemas en su abordaje”, financiada por la Comisión Sectorial de Investigación Científica de la Universidad de la República, Uruguay. Equipo: María José Beltrán (Facultad de Ciencias Sociales, UdelaR); Andrés Techera (Programa APEX, UdelaR); Henry Trujillo (Facultad de Derecho, UdelaR); Lucía Remersaro (Facultad de Derecho, UdelaR); Alicia Tommasino (Facultad de Ciencias Sociales, UdelaR); Daniel Zubillaga (Programa APEX, UdelaR).

<sup>2</sup> Doctora en Derecho penal, Universidad de Salamanca. Profesora Adjunta del Instituto de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Investigadora nivel Iniciación del Sistema Nacional de Investigadores, ANIL. luremersaro@gmail.com

<sup>3</sup> Máster en Criminología y Delincuencia Juvenil, Universidad de Castilla-La Mancha. Abogado, Universidad de la República. Ayudante en investigaciones en la Universidad de la República. d.zubillagapuchot@gmail.com

psicológico, emocional y/o financiero a estos”<sup>4</sup>. También ha sido definida por la Sociedad Española para el estudio de la Violencia Filio Parental (en adelante, SEVIFIP) como aquellas “conductas reiteradas de violencia física, psicológica (verbal o no verbal) o económica, dirigida a los y las progenitoras o a aquellos adultos que ocupan su lugar”<sup>5</sup>. Como se puede ver, mientras la noción ofrecida por Cottrell atiende a criterios subjetivos, como el miedo de la víctima y la finalidad de la conducta de obtención de poder y de control, la de la SEVIFIP enfatiza en criterios objetivos como la reiteración de los hechos, especificación de los tipos de violencia y ampliación de posibles víctimas.<sup>6</sup>

En España, este tema ha tenido gran trascendencia a nivel académico y judicial, mientras que en Uruguay (así como en muchos otros países de la región) no existen estudios sobre este tipo particular de violencia; ni normativa específica; y ni siquiera ha sido identificado como un problema en sí mismo.

Por este motivo, la investigación que ha emprendido el equipo del proyecto *La violencia ascendente desde la intervención del sistema de justicia: estudio exploratorio de casos e identificación de problemas en su abordaje*, financiado por la Comisión Sectorial de Investigación Científica de la Universidad de la República en su convocatoria a proyectos de Investigación + Desarrollo del año 2020, y ejecutado por docentes, investigadores e investigadoras de dicha universidad, se ha propuesto indagar sobre este fenómeno por primera vez en el Uruguay para comprender cómo es abordado por el sistema de justicia nacional.

Para ello, hemos tomado como referencia interesantes aportes de las experiencias comparadas, principalmente la de España e Inglaterra, que nos ha ilustrado respecto de algunas características del proceso de judicialización de este tipo de casos, como, por ejemplo: los tipos penales imputados, la clase de medidas adoptadas, las particularidades del trámite procesal y las consecuencias de la falta de una mirada específica.

Lo observado hasta el momento da cuenta que en Uruguay los casos de violencia ascendente son muy pocos y no son judicializados por la justicia penal de adolescentes, sino que son encausados en los procesos de protección de niños,

---

<sup>4</sup> (Jaureguizar e Ibabe, 2014, 37).

<sup>5</sup> (Peligero, 2016, 72).

<sup>6</sup> (Peligero, 2016).

niñas y adolescentes con derechos vulnerados a cargo de los juzgados de familia especializados, tras los que se imponen medidas tales como el internamiento psiquiátrico, la realización de tratamientos, entre otras.

En similar sentido a las experiencias de otros países, los casos observados se encuentran atravesados por padecimientos de salud mental y consumo problemático de drogas; y, en consecuencia, es usual optar por la imposición de medidas tales como el internamiento.

## **La importancia de conocer la intervención del sistema de justicia frente a la violencia ascendente**

Existen algunas razones que conducen a considerar la importancia de estudiar la forma en que el sistema de justicia aborda e interviene sobre casos de violencia ascendente. Precisamente, la calidad de la respuesta estatal ante estos casos depende, en gran medida, de varios factores, como el grado de conocimiento que tengan los operadores sobre esta clase de violencia; la existencia de normativa que la reconozca como tal; y la elaboración de programas de intervención específicos, etc. Así, como ha manifestado “la violencia filiofamiliar requiere de una respuesta adecuada desde el Estado de Derecho, que concretando la realidad existente sepa articular soluciones que permitan atender adecuadamente a las víctimas y a los responsables de estos hechos”.<sup>7</sup>

En este sentido, investigaciones como la de Rachel Condry y Caroline Miles<sup>8</sup> han mostrado cómo el desconocimiento del fenómeno y/o la falta de previsiones específicas pueden repercutir en una respuesta estatal de mala calidad. En su investigación, las autoras descubrieron que múltiples operadores del sistema de justicia reconocen encontrarse con casos de este tipo en sus labores diarias. Sin embargo, a nivel político ha existido cierto “silencio” sobre el fenómeno de la violencia ascendente y tampoco existe ningún tipo de orientación del sistema de justicia juvenil sobre cómo deben responder los operadores ante este problema.

---

<sup>7</sup> (Garrido, 2016, 630).

<sup>8</sup> (Condry y Miles, 2012).

Uno de los factores es el desconocimiento sobre la temática y la falta de previsión específica a nivel legislativo. En el caso de Inglaterra y Gales, la violencia ascendente no es considerada dentro de la definición de violencia doméstica que sostienen el *Home Office* o la *Association of Chief Police Officers*, ya que para ello se requiere que el *perpetrator* tenga 18 años o más. Además, el sistema de justicia juvenil restringe su atención a los delitos cometidos por adolescentes en el ámbito público, dejando de lado los delitos que pueden cometerse dentro del hogar.<sup>9</sup>

Esto puede acarrear consecuencias específicas, como responsabilizar directamente a los padres y madres por los actos violentos cometidos por sus hijos. En palabras de las investigadoras: “*a young person’s violence within the home is perceived to be the product of poor parenting and a parent therefore responsible for their own predicament*”.<sup>10</sup>

Así, puede decirse que cuando un problema no es reconocido como tal, y ni siquiera forma parte de la agenda del sistema de justicia, resulta difícil identificar los casos. Ello podría generar reticencia en los progenitores o cuidadores a la hora de denunciar, en tanto el problema no es identificado; así como que no existan servicios disponibles para atender las necesidades de estas personas. Incluso, se advierte el riesgo de la derivación a profesionales no capacitados para intervenir en estos asuntos. Por lo tanto, la falta de reconocimiento del fenómeno podría generar una respuesta judicial deficiente que no aporte soluciones a los sujetos involucrados, sino más bien, daños colaterales<sup>11</sup>. Esto adquiere particular importancia en materia de intervención penal del conflicto, ya que “El Derecho penal no es sin duda, el principal medio al que acudir para educar al menor, y puede, que cuando se recurra a este en los casos de violencia filio-parental, sea demasiado tarde, convirtiéndose este no en una solución, sino en una parte del problema”<sup>12</sup>.

Lo anterior podría ser un poco más alarmante si consideramos que la violencia ascendente también ha sido identificada como un tipo particular de violencia

---

<sup>9</sup> (Condry y Miles, 2012).

<sup>10</sup> (Condry y Miles, 2012, p. 246).

<sup>11</sup> (Condry y Miles, 2012).

<sup>12</sup> (Mendoza, 2021, p. 265).

hacia la mujer<sup>13</sup>. Así, se ha observado que las madres son las principales víctimas, mientras que los hijos varones representan la mayor cantidad de agresores<sup>14</sup>. Algunas de las razones que explican refieren a que los hijos varones ejercen violencia contra sus madres debido a que son más propensos a identificarse con padres agresivos; les afecta más la separación de los padres pues se separan típicamente del progenitor del mismo sexo; y los estereotipos culturales basados en la figura dominante del varón le hacen posicionarse por encima de sus madres<sup>15</sup>.

Otro aspecto a destacar es la contextualización de los hechos de violencia ascendente en un escenario de violencia más amplio, ya que las familias que se ven involucradas en estas situaciones “parecerían sufrir un ciclo de violencia en el que se da una co-concurrencia de diferentes formas de agresión entre los miembros de la unidad familiar”<sup>16</sup>. De hecho, se ha definido a la violencia ascendente como “el ‘eslabón perdido’ o el paso intermedio entre la exposición a la violencia durante la infancia o la adolescencia y la posterior ejecución de actos violentos en la vida adulta”<sup>17</sup>.

Pero la situación de los y las adolescentes que cometen estos actos y pasan por la justicia también merece una especial atención. De hecho, la forma en que el sistema de justicia reacciona frente a la violencia ascendente plantea una serie de problemas, ya que el proceso judicial seguido contra un adolescente autor de este tipo de hechos podría verse desviado de su cauce natural. Esto se podría explicar porque el conflicto encuentra como partes antagónicas a un hijo o hija con sus padres, lo que determina que las instancias procesales tengan que ser repensadas y, por lo tanto, que se refuercen las garantías procesales.

En este sentido, autores han puesto de manifiesto una serie de obstáculos del proceso judicial ante este tipo de casos. Por ejemplo, durante las declaraciones del adolescente ante la autoridad policial o judicial, difícilmente serán los padres quienes ejerzan la representación legal del menor, puesto que estos son partes contrarias en el proceso. Así, la posibilidad de enjuiciar a un adolescente por este tipo de hecho lo

---

<sup>13</sup> (Stewart et al, 2008).

<sup>14</sup> (Jiménez Arroyo, 2017).

<sup>15</sup> (Gallagher, 2008).

<sup>16</sup> (Morán, et al., 2011, 136).

<sup>17</sup> (Cornell y Gelles, 1982, citados por Morán et al., 2011, 137).

situaría en una posición de vulnerabilidad frente al sistema, por dos razones: porque, como dijimos, se encontraría en posición contraria a sus propios padres o referentes adultos; y porque su conducta sería vista como un atentado contra el orden de la familia, lo que podría cargar de contenido moral el juzgamiento jurídico de los hechos.<sup>18</sup>

## Judicialización de la violencia ascendente: el caso de España

En España, la violencia ascendente ha adquirido una notoriedad importante. Para tener una idea de sus dimensiones, según datos de la Fiscalía General del Estado española del 2018, cada año se abren en ese país más de 4000 expedientes a jóvenes por delitos de violencia ascendente, lo que representa el 18,5% de las procesos penales incoados contra adolescentes en el año en el año 2015, siendo el cuarto tipo de delito más cometido por menores de entre 14 y 18 años<sup>19</sup> (Jiménez Arroyo, 2017).

El caso español es particularmente ilustrativo del efecto en “oleada” que despertó la denuncia de hechos de violencia ascendente en ese país. Tal es así, que entre 2007 y 2009 los expedientes de reforma abiertos a adolescentes autores de delitos vinculados con la violencia ascendente pasaron de 2683 a 5201, cifra que comienza a estabilizarse a partir del 2010, año en que la Fiscalía General del Estado emite la Circular 1/2010 sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes

Este efecto en “oleada” también puede verse al considerar el volumen de denuncias presentadas:

Según la Fiscalía del Menor, en el año 2007, las denuncias interpuestas por madres y/o padres, víctimas de malos tratos a manos de sus hijos e hijas menores de edad, fueron 2.683. En 2008 ascendieron a 4.211, en 2009 se presentaron 5.209 y en el año 2010 se registraron 8.000 denuncias.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> (Garrido, 2016).

<sup>19</sup> (Jiménez Arroyo, 2017).

<sup>20</sup> (Aroca (2013, 13)

Esto se puede deber a múltiples factores, como: vergüenza de los padres a denunciar a sus hijos o miedo a que el sistema de justicia les haga daño; falta de intervención de las autoridades al considerarlo un problema familiar y doméstico, etc.

En cuanto a los hechos que ocurren con mayor frecuencia, se trata de agresiones físicas (26,7%), maltrato habitual (20,1%), amenazas (19,3%), agresiones verbales (15,4%). La agresión psicológica apenas presentó datos relevantes (1,3%), lo que podría deberse a que “en la mayoría de las ocasiones se entiende que la agresión psicológica ocurre de manera continuada, por lo que se enmarca en el tipo de violencia habitual”<sup>21</sup>. También se registraron violencia sobre las cosas y daños (8,3%), coacciones a los progenitores para conseguir su voluntad (5,7%) y la comisión de hurtos o robos para costear el consumo de sustancias (2,13%).

Además, en España también sucede que los eventos de violencia ascendente en son protagonizados por adolescentes que poseen algún padecimiento de salud mental o problemas de consumo problemático de alcohol y/o drogas, a los que se le suelen aplicar medidas de internamiento terapéutico. En efecto “varios estudios ponen de relieve que la violencia filiofamiliar es uno de los motivos por el que más menores se encuentran ingresados en centros de internamiento terapéutico”.<sup>22</sup>

## Metodología empleada

Antes de describir la metodología empleada en la investigación, es necesario aclarar que los hechos de violencia ascendente son difíciles de percibir por ser conflictos originados en el seno del hogar. Así, afirman Ibabe y Jaureguizar que “Las investigaciones en el ámbito familiar y con hijos menores tienen la dificultad añadida de la obtención de datos por tratarse de temas privados, que nos permitan realizar estudios con una adecuada calidad metodológica y ética”<sup>23</sup>.

En tal caso, solo los hechos más graves son los que llegan a ser denunciados ante las autoridades públicas y terminan –eventualmente– en la tramitación de

---

<sup>21</sup> (García y Cerezo, 2017, 8).

<sup>22</sup> (Garrido, 2016, 649).

<sup>23</sup> (Ibabe y Jaureguizar, 2014, 57).

un expediente judicial<sup>24</sup>. Diversas razones como el sentimiento de culpa, la humillación o la consideración de los padres de que podrán controlar la situación, obstan la denuncia por parte del progenitor víctima de los hechos de violencia cometidos por sus hijos.<sup>25</sup>

Esto implica reconocer que la población en estudio solamente representará los casos denunciados, es decir, “la punta del *iceberg* de la violencia de hijos a progenitores y a cuidadores”<sup>26</sup>. Pero a pesar de este sesgo, se les ha reconocido gran fiabilidad a los estudios con muestra judicial.<sup>27</sup>

Hecha esta aclaración, y siendo conscientes del alcance de la metodología empleada, el equipo ha emprendido una investigación jurídica de tipo empírico con componentes mayoritariamente cualitativos. En primer lugar, se ha utilizado una metodología cualitativa, consistente en el análisis del discurso y experiencias de los operadores del sistema mediante la técnica de entrevista semiestructurada en profundidad.

Los operadores seleccionados para tal fin fueron fiscales penales de adolescentes infractores de Montevideo, que son aquellos con competencia exclusiva y especializada en materia de proceso infraccional de personas mayores de 13 años y menores de 18. Se entrevistó a los tres fiscales principales especializados de la capital, así como a una fiscal adjunta de una de esas Fiscalías.

Por otra parte, se entrevistó a un juez y cinco juezas, y a dos defensoras y un defensor con competencia en los procesos de protección de niños, niñas y adolescentes con derechos vulnerados, también de la ciudad de Montevideo, que son quienes actúan en los procesos regulados por los arts. 117 y siguientes del Código de la Niñez y la Adolescencia uruguayo. Estos juzgados son los que también entienden en casos de violencia doméstica (Ley 17.514), violencia hacia la mujer basada en género (Ley 19.580) e internaciones por Ley de Salud Mental (Ley 19.529).

Las entrevistas fueron coordinadas con cada operador a través de sus contactos oficiales y realizadas en sus despachos, luego de ser informados debidamente sobre el objetivo de la entrevista y de la firma de un consentimiento informado.

---

<sup>24</sup> (Garrido, 2016; Cerezo y Domínguez, 2017).

<sup>25</sup> (Álvarez et al, 2016).

<sup>26</sup> (Peligero, 2016, 74).

<sup>27</sup> (Pereira, 2011, citado por Peligero, 2016).



En segundo lugar, se ha utilizado una metodología mixta de análisis de documentación judicial. Luego de la realización de una pauta de análisis, se comenzó a relevar expedientes judiciales con el objetivo de extraer datos de estos. Los permisos de acceso fueron previamente tramitados ante la Dirección General de Servicios Administrativos del Poder Judicial y ante cada sede judicial.

Así, se comenzó por el análisis de expedientes judiciales sobre procesos infraccionales de adolescentes referidos a infracciones vinculadas con este tipo de violencia (amenazas, violencia privada, lesiones, violencia doméstica, entre otras) tramitados ante los Juzgados Letrados de Adolescentes de Montevideo. Posteriormente, se recurrió a expedientes judiciales caratulados como “Art. 117 CNA”, tramitados ante los Juzgados Letrados de Familia Especializados de Montevideo, turnos 3°, 4°, 9° y 10°.

Es de destacar que la investigación también abordó el análisis de datos provenientes del Sistema de Gestión de Seguridad Pública del Ministerio del Interior y del Sistema de Implementación del Proceso Penal Acusatorio de la Fiscalía General de la Nación, así como también el discurso de integrantes de equipos técnicos de los Juzgados de Familia Especializados. Estos datos no serán presentados en la presente ponencia, que solo se remitirá a la información recolectada en las entrevistas a operadores jurídicos y expedientes judiciales.

## Hallazgos preliminares

La información que a continuación se expondrá refleja algunos datos preliminares de la investigación, ya que esta aún se encuentra en proceso de finalización.

Se presentarán solamente aquellos hallazgos vinculados a la situación de salud mental de los y las adolescentes que protagonizaron un evento de este tipo y las formas y características de la intervención judicial en los casos detectados.

### *a. Datos provenientes del discurso y experiencia de los operadores del sistema de justicia*

En relación con la opinión y experiencia de los fiscales de adolescentes, estos manifestaron conocer casos de este tipo, aunque muy pocos en comparación con el universo de infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes.

Según el relato de los fiscales, se trata de situaciones atravesadas por padecimientos de salud mental y/o consumo problemático de drogas, en los que las

familias (principalmente las madres) recurren a la policía para denunciar a sus hijos en búsqueda de una solución.

La solicitud requerida por las madres o familiares denunciante suele ser el internamiento de los adolescentes, ya que se trata de una situación que no puede ser contenida por el propio núcleo familiar.

Pero una vez conocido los hechos por parte de la fiscalía de turno, se deciden no judicializar el caso por la vía penal al tratarse de problemas familiares para los que la justicia penal para adolescentes no puede ofrecer una respuesta idónea. De hecho, estos funcionarios entienden que muy excepcionalmente se tendrían que judicializar estos casos, por ejemplo, cuando se trate de hechos muy graves. Además, se consideraron ciertas dificultades para llevar estas situaciones a la justicia como, por ejemplo, que los padres sean víctimas-testigos contra los intereses de sus hijos o hijas imputadas.

Por esta razón, el órgano encargado de la persecución penal remite estos casos a la justicia de familia especializada que, según su relato, es la más idónea para encarar un conflicto de tipo familiar.

Por su parte, tanto los jueces y juezas, como los defensores y defensoras que trabajan en la justicia de familia especializada, manifiestan haber tenido casos de este tipo, aunque muy pocos. De todas maneras, indican que se trata de situaciones complejas, atravesadas por padecimientos de salud mental y/o consumo problemático de drogas.

Una particularidad del enfoque de estos operadores es su consideración sobre los adolescentes, a quienes no se los ve como perpetradores de hechos violentos o victimario, sino como víctimas de una situación sociofamiliar compleja. De acuerdo con esta perspectiva, es que los operadores ponen en duda, por ejemplo, la imposición de medidas de restricción de acercamiento e incomunicación, e imperan las medidas de amparo como el internamiento, por ejemplo.

#### *b. Datos provenientes del análisis de expedientes judiciales*

En lo que refiere al análisis de expedientes judiciales, no se observó ninguno en el Juzgado Letrado de Adolescentes que refieran a algún caso de violencia ascendente, lo que confirma lo manifestado por los operadores del sistema penal juvenil sobre la no criminalización y desjudicialización de este tipo de hechos.

Sin embargo, sí se encontraron casos de violencia ascendente en las sedes de Familia Especializadas, aunque muy pocos, que refieren a eventos de violencia

verbal, patrimonial, física y psicológica, fundamentalmente de adolescentes varones contra sus madres. Algunos de estos eventos refieren a violencia física explícita, incluso con armas blancas.

Al momento, hemos observado 178 expedientes, de los cuales solamente 12 se relacionan con situaciones de violencia ascendente. De acuerdo con un análisis primario de los expedientes, es dable sostener que la gran mayoría de los casos están atravesados por algún padecimiento de salud mental y/o por el consumo problemático de estupefacientes.

Casi todos los expedientes cuentan con alguna valoración médica, en las que se destaca la presencia de trastornos del aprendizaje, trastornos conductuales, retardo mental, esquizofrenia, esquizofrenia paranoide, trastorno bipolar, alteraciones conductuales por retraso mental conductual, trastorno de heteroagresividad.

Otro aspecto a destacar es la forma en que interviene la justicia, es decir, qué tipo de intervención se adopta en relación con el adolescente protagonista de los hechos. La respuesta no es igual en todos los casos, pudiéndose identificar en principio las siguientes: internación, tanto voluntaria como involuntaria, al amparo de los arts. 120 y siguientes del Código de la Niñez de la Adolescencia y la Ley de Salud Mental 19.529, a cumplirse en centros de internación del Instituto del Niño y el Adolescente del Uruguay, hospitales psiquiátricos monovalentes para adultos (Hospital Vilardebó) y clínicas privadas para tratamiento de adicciones. También se observaron casos de derivación a otro familiar que pueda hacerse cargo del adolescente, como un padre, un hermano o hermana, por ejemplo. E incluso se ha visto la adopción de medidas de restricción de acercamiento e incomunicación entre el adolescente y su madre denunciante.

Uno de los aspectos que el equipo ha examinado, se vincula con el acceso a la justicia, y refiere a la garantía de la defensa técnica y asistencia letrada en estos procesos. Se ha advertido que, en general, a los adolescentes que protagonizan estos hechos les es designado una defensa, tanto de oficio como particular, lo que consta tanto en escritos judiciales de designación como en las actas de audiencia, es decir, en momentos posteriores al inicio del expediente y de la adopción de las primeras medidas.

Precisamente, se percibe que la asistencia jurídica no es inmediata, ya que no se le brinda un abogado o abogada desde las primeras actuaciones, cuando en esta etapa, incluso llega a ser dispuesta la internación involuntaria. De todas

maneras, también se observan algunos casos en los que no surge del expediente que haya intervenido un abogado o abogada en representación de los intereses del o la adolescente.

## Reflexiones preliminares

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, el análisis preliminar de la investigación emprendida por el equipo da cuenta de las siguientes cuestiones:

1. A diferencia de lo que sucede en otros países, como España, en Uruguay los hechos de violencia ascendente no son canalizados por la vía de la justicia penal para adolescentes de acuerdo con criterios de política criminal sostenido por los fiscales, que podríamos resumir de la siguiente manera: como estos casos involucran al núcleo familiar, y deben ser considerados “una cuestión de familia”, no es el sistema penal juvenil el encargado ni habilitado para poder encarar este tipo de conflictos. Este criterio prevé excepciones, como la posibilidad de que el evento involucre una situación de gravedad que implicase violencias físicas y el uso de armas de fuego, aunque según lo señalado por los fiscales, estos casos tampoco son frecuentes.
2. Pero las situaciones de violencia ascendente –aunque muy pocos– sí lleguen a la justicia de familia especializada, encausándose por la vía de los procesos de protección de niños, niñas y adolescentes con derechos vulnerados. Estos casos son muy pocos en comparación con el volumen de expedientes que se manejan en este subsector del sistema de justicia uruguayo, aunque presentan importantes complejidades.
3. De acuerdo con lo observado en los expedientes vistos hasta el momento, estamos ante conductas de diverso tipo (violencia física con o sin armas, violencia verbal, violencia patrimonial y violencia psicológica) cometida por adolescentes varones (en su gran mayoría) contra sus madres. Estos eventos se dan en núcleos de familias monomaterales y en contextos de bajos recursos.
4. La gran característica de estos casos es la presencia de padecimientos de salud mental y/o consumo de drogas en los o las adolescentes protagonistas. En definitiva, se trata de situaciones complejas y reiteradas en el

tiempo que los progenitores no pueden encarar por sí mismo.

5. La judicialización implica la intervención de funcionarios policiales, la internación voluntaria e involuntaria, el sometimiento a tratamientos médicos, incluso la adopción de medidas de restricción de acercamiento e incomunicación.
6. Se ha observado un cumplimiento parcial del derecho a la asistencia letrada, ya que en algunos de los expedientes examinados no se verifica el cumplimiento de este derecho, o si se cumple, no se efectiviza desde las primeras actuaciones.
7. En este sentido, se plantea que, en los casos de violencia ascendente, más aún en aquellos que se encuentran atravesados por situaciones de padecimiento de salud mental, es necesario reforzar las garantías y realizar los ajustes razonables para que los y las adolescentes protagonistas de estos hechos puedan tener un acceso a la justicia efectivo que no sea lesivo de sus intereses.

## Bibliografía

- Álvarez, A., Sepúlveda, R., Espinoza, S. (2016). Prevalencia de la violencia filio-parental en adolescentes de la ciudad de Osorno, *Pensamiento y Acción Interdisciplinaria*, año I, N° 1, pp. 59-74.
- Aroca Montolío, C. (2013). La violencia de hijos a adolescentes contra sus progenitores, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n° 5, pp. 12-30.
- Condry, R., Miles, C. (2012). Adolescent to Parent Violence and Youth Justice in England and Wales, *Social Policy & Society* - Cambridge University Press, 11:2, pp. 241-250.
- Gallagher, E. (2008). *Children's violence to parents: a critical literature review*, tesis doctoral, Monash University.
- García Aranda, R., Cerezo Domínguez, A. I. (2017) La respuesta del sistema de justicia juvenil al fenómeno de la violencia filio-parental en la provincia de Málaga entre los años 2011 y 2014, *Boletín Criminológico del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología* (Sección Málaga), N° 173, pp. 1-12.
- Garrido Carrillo, F. J. (2016) La intervención judicial ante la violencia filio parental. Consideraciones sobre la adopción de las medidas de libertad vigilada y de internamiento. En: M. Jimeno Bulnes & J. Pérez Gil (Coord.), *Nuevos horizontes del Derecho procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Bosch: Madrid, pp. 629-633.
- Jaureguizar Alboniga-Mayor, J. e Ibabe Erostarbe, I. (2014). Cuando los padres son las víctimas, En: N. Pereda y J. M. Tamarit (coord.) *La respuesta de la victimología ante las nuevas formas de victimización*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- Jiménez Arroyo, S. (2017). Madres victimizadas. Análisis jurídico de la violencia filio parental como un tipo de violencia hacia la mujer, *Anales de Derecho* 1/2017, Universidad de Murcia.
- Martínez, M. L., Estévez, E., Jiménez, T. I., y Velilla, C. (2015). Violencia filio-parental: principales características, factores de riesgo y claves para la intervención. *Papeles del psicólogo*, 36(3), pp. 216-223.
- Mendoza Calderón, S. (2021). El Derecho penal frente a la violencia filio-parental. Nuevos conflictos y viejas soluciones. En: Mendoza Calderón, Galán Muñoz (coord.) *Derecho penal y política criminal en tiempos convulsos*, pp. 237-270. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Morán Rodríguez, N., González-Álvarez, M., García-Vera, M. (2011). Violencia de hijos a padres: la importancia de la exposición a la violencia interparental y de padres a hijos. Una revisión teórica, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 11, pp. 123-141.
- Peligero Molina, A. M. (2016). La violencia filioparental en el contexto de la violencia familiar, *Revista de Intervención Psicoeducativa en la Desadaptación Social*, Vol. 9, pp. 69-84.
- Stewart, M., Wilkes, L., Jackson, D., Mannix, J. (2006). Child-to-mother violence: A pilot study, *Contemporary Nurse*, N° 21, pp. 297-31.

# Salud mental y sujetos vulnerables: el acceso a la justicia en las provincias del nordeste

*Fátima Villalba*<sup>1</sup>

## Introducción

Dentro del tratamiento doctrinario que existe sobre el derecho al debido proceso, surgen algunos institutos o figuras, cuyo tratamiento en la práctica jurisdiccional resulta sencillo pues basta la consulta a alguna reglamentación específica al respecto, pero existen otros, cuyo vacío normativo genera dudas lo cual dificulta su cumplimiento pleno. Luego de la sanción de la ley 26.061 sobre protección integral de niña/os y adolescentes, en 2005, trajo claridad y guía, mediante la determinación de conceptos que antes estaban difusos, y trajo a escena la figura del abogado del niño. Figura que las provincias fueron receptando luego.

En los fundamentos de la Reglas de Brasilia se aprecia el objeto y fin de las disposiciones contenidas: “de nada sirve el reconocimiento de derecho al debido proceso si las personas vulnerables no pueden acceder, debido a barreras que el propio órgano jurisdiccional les coloca al no estar adecuado el servicio de justicia a sus beneficiarios”. Al finalizar se enuncia jurisprudencia sobre salud mental, sujetos vulnerables y acceso a justicia, a manera de ejemplificar el análisis expuesto.

---

<sup>1</sup> Estudiante de Abogacía, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, UNNE; Becaria de investigación de grado, EVC-CIN 2021. elizabevillalba@gmail.com



## Método

La investigación de tipo cualitativa se desarrolló mediante análisis documental de la normativa, y jurisprudencia, siendo las fuentes utilizadas de tipo primarias.

## Marco Jurídico

Como fuentes normativas a analizar se encuentran: Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Análisis de las Convenciones.

**-Convención sobre Derechos de Niño:** aprobada e incorporada por la Argentina en 1990, con reservas.

Desde el preámbulo de la Convención, se determina la importancia de la protección del niño, y esto es debido a “falta de madurez, física mental, la protección integral incluye desde antes de su nacimiento como después”. Recuerda además que al ser sujeto de cuidado y asistencia especiales, se le reconoce “todos los derechos y libertades enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de DDHH, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen social, posición económica, nacimiento u otra condición.

Cuidado integral del niño: art. 19 1. “Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo;

2. Estas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuiden de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y según corresponda la intervención judicial”.

En cuanto a la salud, el art. 24 establece:

1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y a la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzará por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados partes aseguren la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesaria a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición en niños, las ventajas de la lactancia (...)

3. Los Estados parte adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños” [...]

En cuanto a Niños con Discapacidad, establece el art. 23:

1. “Los estados partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados partes reconocen el, derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párr. 2 del presente artículo será gratuita siempre que se posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración

social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.[...]

La Convención establece órgano de control para el cumplimiento y con el fin de evaluar el progreso de las obligaciones de los Estados partes, Comité de los Derechos del Niño, el cual estará conformado por miembros que serán elegidos por los estados partes entre sus nacionales (art.43 inc. 2). Los Estados adherentes a la Convención se comprometen a presentar al Comité, por conducto del secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas y progreso en cuanto goce de derechos, con la periodicidad de cada cinco años.

**-Convención sobre derechos de las personas con discapacidad:** aprobada en 2006, por la Asamblea General de Naciones Unidas, incorporada al ordenamiento jurídico argentino mediante ley 26.378, en 2008, constan de un preámbulo, un total de 48 artículos entre los que se tratan los principios que la regirán, los derechos de las personas con discapacidad, los deberes de los estados para garantizar dichos derechos y los órganos de controlar tanto interno como externo que funcionarán para su cumplimiento. Son de destacar el reconocimiento de todos los derechos humanos y libertades fundamentales; El respeto por la dignidad humana, la no discriminación, la participación en la vida política y social, el reconocimiento e igualdad de oportunidades, la accesibilidad, respeto por la evolución de las facultades de niños, niñas con discapacidad, y la igualdad entre hombre y mujer.

Asimismo en el art. 13 establece sobre el acceso a justicia la igualdad de condiciones, en cuanto ajuste de procedimientos y adecuados a la edad; Cuando actúen como parte, como testigos o en etapa de investigación o preliminares; Mediante la capacitación a empleados de administración de Justicia, personal de policía y penitenciario.

Dentro de los órganos de control que aseguran el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados se encuentra el Comité sobre los derechos de personas con discapacidad, que estará conformado por 18 miembros, “personas de gran integridad moral y reconocida competencia y experiencia en los temas que refiere la Convención”. Los Estados partes designarán candidatos, y los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes, en consideración de la distribución geográfica equitativa (art. 34 de la Convención). Así mismo,

la Convención insta a los Estados a la” designación de uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la convención” (art. 33 de la Convención.), en la Argentina, existe la Agencia Nacional de Discapacidad, dependiente de Presidencia de la Nación.

## **Las 100 Reglas de Brasilia**

Son un conjunto normativo que surge en marco de la Asamblea Plenaria de la XIX de la Cumbre Judicial Iberoamericana en 2018 realizada en San Francisco de Quito (Ecuador), aprobando la actualización de las Cien Reglas de Brasilia Sobre Acceso a Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, afectando 73 de 100 reglas. Trabajo realizado por la Comisión de Seguimiento de las Cien Reglas de Brasilia. La finalidad de la Comisión se propuso llevar a cabo la estrategia para consolidar las reglas e impulsar su consideración como texto internacional y ser vinculante con todos los Poderes Judiciales y la ciudadanía en general, constituyendo un documento referencial y desarrollo en aplicación de las ODS 16 de la Agenda 2030. De los trabajos preparatorios de estas Reglas también han participado las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial: la Asociación Iberoamericana de operadores y servidores del sistema judicial; la Asociación Iberoamericana de Ministerio Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados.

Del análisis de las Reglas de Brasilia surge cuáles son las barreras ante las que se enfrentan los sujetos vulnerables: el lenguaje, la información, asesoría procesal, y accesibilidad (física).

Por lo cual el cuerpo de reglas, busca eficacia en cuanto a: cooperación: entre instituciones y personas, investigación y estudios, sensibilización mediante cultura organizacional orienta a la adecuada atención de personas vulnerables, nuevas tecnologías, manual de buenas prácticas, difusión, comisión de seguimiento de casos.

Se entiende al término “acceso a justicia”, cuando dado el conjunto de requisitos que deben respetarse por el servicio jurisdiccional del Estado, para que un proceso sea el debido. El fundamento sobre el que centra se encuentra

conformado por una serie de principios<sup>2</sup>: juez competente, defensa en juicio, sentencia fundada, igualdad ante la ley, cumplimiento de sentencia (ejecución), acceso al proceso. Este último significa que al proceso debe ser fácil entrar y fácil de transitar, lo cual incluye el acceso a no habientes y adaptación para derecho difusos y colectivos.

## Fuentes Nacionales

Otras fuentes pero de tipo nacional son la Ley N°26.061 sobre Protección Integral de Niño, Niñas y Adolescentes, A Continuación se detalla análisis.

### **Normativa Nacional. Ley N° 26.061**

De manera particular, se cuenta con la Ley N° 26061, sobre de Protección Integral de NNA: sancionada en 2005, mediante la cual se intenta cumplir con lo establecido en la Convención sobre derechos del Niño, niña y adolescentes. Dentro de los derechos que reconoce se encuentran los ya enumerados en la Convención de Derechos del NNA, entre los cuales se cita: el derecho a la vida, la dignidad, integridad, vida privada, intimidad familiar, identidad, documentación, libertad, educación, salud, y todos los Derechos reconocidos en la Declaración de Derechos del Hombre.

Con respecto al derecho a la salud establece: art 14” Los órganos del Estado deben garantizar: a) el acceso a servicios de salud; b) programas de asistencia integral, rehabilitación e integración; c) programas de atención, orientación y asistencia dirigidos a su familia; d) campañas permanentes de difusión y promoción de derechos;

Derecho a atención integral de su salud a recibir la asistencia médica necesaria y acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información y protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud”.

---

<sup>2</sup> Marcelo Midon, Gladis de Midon (2021) , Derecho procesal civil y comercial

Educación: art. 15 “Las NNA tienen derecho a la educación pública y gratuita, atendiendo a sus desarrollo integral, preparación para el ejercicio de la ciudadanía [...] y el desarrollo máximo de sus competencias individuales;

Los niños, niñas y adolescente con capacidades especiales tienen todos los derechos y garantías consagrados y reconocidos por esta ley además de los inherentes a su condición específica”.

El Sistema Integral de Protección de NNA está conformado por todos aquellos organismos, entidades, y servicios que diseñan planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la protección, prevención, asistencia, resguardo y restablecimiento de los derechos de NNA, y establece los medios a través de los cuales se aseguran el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en Constitución Nacional, los Tratados y Convenciones sobre derechos de NNA.

Establece deberes para “los miembros de establecimientos educativos, de salud, públicos y privados, todo agente o funcionario público, que tuviera conocimiento de la vulneración de derechos de NNA, deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión” (art. 30).

Las personas que pueden denunciar la situación de desprotección, puede ser el mismo NNA o por cualquier otra persona: El agente público que sea requerido para recibir una denuncia se encuentra obligado a recibir y tramitar tal denuncia en forma gratuita, bajo apercibimiento de considerar incurso en figura de grave incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 31).

Las medidas de protección son aquellas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varios NNA con el objeto de preservarlos restituirlos o reparar sus consecuencias (art. 33).

La amenaza o violación de derecho puede ser por acción u omisión del Estado, la sociedad, los participantes, los padres, familia, representantes legales, responsable o de la propia conducta del niño, niña, adolescente.

La existencia de protección de las garantías de justicia se encuentra receptada en la constitución nacional, a través de los tratados internacionales, los cuales determinan la responsabilidad del estado por administración de justicia. Así

lo recuerda Bidart Campos (2005), en cuanto a que la indemnización por error judicial, prevista en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.6) y el Pacto de San José de Costa Rica (art. 10), los cuales poseen jerarquía constitucional. El mismo autor comenta que el “error judicial” visto desde el ámbito de derecho penal se traslada al derecho civil, comercial, laboral, etc. El atribuir responsabilidad al estado por las sentencias se relaciona, dice el autor, con el principio de cosa juzgada, el cual la Corte Suprema en fallo de 1988 enuncia “(...) en principio cabe señalar que solo puede responsabilizarse al estado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituye un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley” (Caso Vignoni Antonio S. C/ Estado de la Nación Argentina, CSJN, 1988).

## Fuentes provinciales

### **Tratamiento normativo sobre Acceso a Justicia. Su recepción en las constituciones provinciales del Nordeste**

Asimismo las Constituciones de las provincias del nordeste receptan el acceso a justicia:

- Chaco: el art. 19 reconoce los tratados internacionales receptados en la CN, art. 75 inc. 22. En el art. 15 inc. 5 “la provincia garantiza y reconoce a las personas el derecho a acceder a la jurisdicción y de defensa de sus derechos”.
- Misiones: el art. 7 reconoce a los habitantes todos los derechos reconocidos en la CN (más no hace mención de forma expresa de acceso a justicia, reconoce todos las demás garantías de defensa en juicio).
- Formosa: art. 5 reconoce los derechos y garantías enumeradas en la CN.
- Corrientes: de manera particular los derechos de niñas, niños y adolescentes, en el art.41 [...]”El estado asegura a los niños, niñas y adolescente en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, los siguientes derechos y garantías: a ser oídos por la autoridad competen-

te, a que su opinión sea tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión que los afecte y a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que los incluya”[...].

### **Acceso a justicia: Tratamiento en leyes especiales y código de forma en las provincias del Nordeste**

- Misiones: recepta los procesos especiales para declaración de incapacidad, Art. 659 y ss. Y Procesos de Familia y Violencia Familiar: Art. 640 y ss. Derecho a ser oído: art.644 y derecho a la intimidad en marco de proceso: art. 645.

El Poder Judicial de Misiones cuenta con una Secretaría general de acceso a justicia, derechos humanos y violencia familiar: tiene por finalidad garantizar y facilitar a las personas el acceso a justicia, mediante determinadas funciones: atención personalizada, informar y orientar respecto a derechos y obligaciones sobre problemática planteada, informar y orientar en temas relacionados con trámites judiciales, fomentar la resolución alternativa de conflictos a través de la mediación y/conciliación; recepcionar denuncias de violencia familiar o doméstica, asistencia interdisciplinaria de víctimas de delitos; promover la difusión de la dependencia para el acceso a la justicia de toda la población, mediante charlas, talleres, capacitación en las dependencias de otros organismos del estados, ONG y sociedades civiles, a los efectos de dar a conocer sobre las leyes existentes sobre la materia y procedimientos a seguir<sup>3</sup>.

- Formosa: del análisis del texto del 201, se halló que dentro de los deberes del juez, se encuentra el de “Impulsar de oficio el trámite, cuando existen fondos inactivos de menores o incapaces. El proceso de declaración de incapacidad se encontró del art. 620 al 635, derogados por ley N° 1397, incluido declaración de sordomudez e inhabilitados.

---

<sup>3</sup> Poder judicial de la provincia de misiones(2018) [www.jusmisiones.gov.ar/idex.php/acceso-a-la-justicia](http://www.jusmisiones.gov.ar/idex.php/acceso-a-la-justicia).



-Protocolo Interinstitucional para el acceso a justicia de niños/as y adolescentes víctimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos: este tiene por objeto evitar la revictimización de los niños/as adolescentes víctimas de abuso sexual infantil, o que resulten testigos y/o víctimas de abusos sexual y otros delitos; Promover redes de trabajo interdisciplinarias e interinstitucionales a través de protocolos de actuación conjunta.

- Corrientes: luego de la actualización del 2021, el Código Procesal Civil y Comercial, recepta en Capítulo 6 Procesos con Sujetos Vulnerables, desde el art 46 al art.55;

Esta serie de normas deberán ser tenidas en consideración en cualquier proceso en los que intervengan dichos sujetos. Atendiendo a una serie de características como ser: gratuidad, flexibilidad de formas, lenguaje sencillo y fácil comprensión y derecho a intervención con apoyos. Luego de su última reforma, se ha receptado de manera particular el acceso a justicia de sujetos vulnerables, siguiendo los lineamientos de las Reglas de Brasilia.

### **Salud mental: tratamiento normativo en las provincias del nordeste**

- Formosa: protocolo de actuación para internaciones de personas con padecimiento y/o trastorno mental y/o consumo problemático de sustancias: “tiene por fin reducir el riesgo y preservar la seguridad física y psíquica de las personas con presunto padecimiento mental o situación de consumo problemático de sustancias con riesgo cierto para sí o para tercero, todo ello desde la perspectiva de los derechos humanos”. Presenta así como una estrategia de salud, la mejora de la salud mental en toda la red sanitaria provincial.

Hace hincapié en las medidas de protección integral de niños/as y adolescentes con padecimientos de salud mental: “En caso de situación de vulneración o auto vulneración (comportamiento autolesivo) de derechos, se solicitará intervención de la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia de la Provincia.

En caso Internación de NNA, basándose en los principios de la ley de salud mental establece: “se debe proceder de acuerdo con los requisitos y garantías de la internación involuntaria; no debe ir en desmedro de las posibilidades del NNA de su derecho a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta, a ser informado y asesorado, a prestar consentimiento informado y a la confidencialidad; Si su estado de conciencia lo permite, deberá

obtenerse el consentimiento informado del propio NNA, de conformidad con el art. 26 CCCN; Es necesario que tenga oportunidad de exponer sus opiniones libremente y que sean consideradas, debiéndose suministrar información sobre su estado de salud, tratamientos propuestos, efectos y resultados; Es importante que el NNA cuente con un referente adulto que lo acompañe(familiar, referente afectivo o responsable legal) .

- Chaco: adhirió a la ley de salud mental N° 26657, mediante ley N°7622, la cual crea, en el ámbito del Ministerio Público, el Órgano de Revisión, con el objeto de proteger los derechos humanos de los usuarios de los servicios de salud mental. El Órgano de multidisciplinario, y está conformado por representantes del Ministerio Público, del Ministerio de Salud Pública, de la Secretaria de Derechos Humanos, de asociaciones de usuarios o familiares del sistema de salud, de las asociaciones de profesionales y otros trabajadores de la salud, de Organizaciones No Gubernamentales abocadas a la defensa de los derechos humanos. El Órgano de Revisión tiene la facultad de dictar su reglamento interno de funcionamiento, establecer estrategias políticas para su intervención, para cumplir objetivos a la par de lo establecido en la ley nacional de salud mental, y en coordinación con los principios del programa provincial de prevención y asistencia sanitaria integral de las adicciones - ley 7167.

Duración y elección de integrantes: las entidades serán designadas por decisión fundada adoptada entre las jurisdicciones mencionadas a través de un procedimiento de selección; Serán designados por el término de dos años, pudiendo ser reelectos por un solo período consecutivo.

Secretaria Ejecutiva: tiene por función la de coordinar la reunión de los integrantes del órgano de Revisión, implementar las estrategias políticas, jurídicas e institucionales, participar con voto de las reuniones, seguir los lineamientos acordados por los integrantes del Órgano de Revisión, canalizar la colaboración necesaria entre los distintos miembros y adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento permanente del organismo, rindiendo cuentas de las acciones emprendidas.

Requisitos: el titular deberá ser abogado, argentino nativo o naturalizado, tener 27 años. Se accede al cargo por concurso abierto de antecedentes y oposición, mediante un examen. Los postulantes serán examinados por quienes conforman el Órgano de Revisión. Será designado por el Superior

Tribunal de Justicia a propuesta del tribunal examinador e integrará el Ministerio Público de Defensa.

- Misiones: en el 2018, el poder legislativo mediante sanción de ley XVII - N°102, adhirió a la Provincia de Misiones a la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 y su decreto reglamentario N° 603/2013. De manera general, cuenta con la ley de salud N°XVII- N°58 (antes ley 4388), la cual tiene por objeto garantizar a todos los habitantes el acceso al mejor nivel de salud y calidad de vida, siendo sus disposiciones de orden público.<sup>4</sup>
- Corrientes: la Cámara de Diputados de la Provincia, en el 2004 mediante ley N°5620, la cual tiene por finalidad” promover el bienestar de la salud mental de la población y prevenir los trastornos en el psiquismo de las personas, defender la dignidad, el respeto de la vida de los paciente psiquiátricos y promover su rehabilitación psicológica y social”.

Reconoce como autoridad de aplicación al Ministerio de Salud Pública y funcionarios de Salud Mental. Reconoce la creación y coordinación de Consejo General de Salud Mental; El cual estará integrado por representantes de: a) trabajadores profesionales y no profesionales del sector estatal en Salud Mental, b) Asociaciones de asistidos y de familiares, c) Institución de formación, d) Instituciones académicas (Universidad Pública y privadas), e) Asociaciones profesionales, f) Comisión Nacional de Derechos Humanos, g) La autoridad de aplicación invitará al Poder Judicial a integrarse al Consejo. Dentro de las funciones de la autoridad de aplicación están:

Planificación: i) formulación, planificación y ejecución de políticas públicas de salud mental; elaboración de plan de salud mental; Elaborar anualmente el presupuesto operativo de salud mental y previsión de fondos para gastos operativos.

Control: Control de políticas de salud mental; habilitación y control de establecimientos y servicios de salud mental; regulación y control de ejercicio de la profesiones relacionadas con salud mental; Desarrollo de sistemas de información y vigilancia epidemiológica;

---

<sup>4</sup> Ministerio de Salud de la Provincia e Misiones(2017) [www.salud.misiones.gob.ar/wp-content/uploads/2017/07/Ley-XVII-N58-Ley-de-Salud-Provincial.pdf](http://www.salud.misiones.gob.ar/wp-content/uploads/2017/07/Ley-XVII-N58-Ley-de-Salud-Provincial.pdf).

Todas las acciones que garanticen los derechos relativos a la salud mental de las personas.

La misma ley reconoce los tipos de internación voluntaria o involuntaria, la cual podrá ser propuesta por autoridad judicial, por autoridad policial, los profesionales de la salud.

Reconoce a los pacientes el derecho de decidir solicitar y recibir o no tratamiento, destinado a la curación, recuperación y rehabilitación, prescripto y conducido por profesional legalmente habilitado. Reconoce el derecho de persona de rehusar tratamiento o interrumpirlo, salvo los casos en que así lo disponga la autoridad judicial. Establece que el tratamiento deberá ser el que menos restrinja la libertad y aleje del núcleo familiar y social al paciente; Mientras que esté en tratamiento deberá ser escuchada y tener en cuenta sus opiniones, brindando toda información necesaria sobre el tratamiento a realizar, condiciones y posibilidad de recuperación.

En el 2006, la ley N° 5753, mediante la cual la Provincia se adhiere a ley Nacional N°25.421, de creación del programa de Asistencia Primaria de Salud Mental;

### **Principios receptados en las Convenciones**

Principios establecidos en las Convenciones y en ley de protección integral de Niño/as y Adolescentes.

La Convención de Derechos de Personas con Discapacidad establece en el art.3 “Los principios de la Convención serán:

a)El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b)La no discriminación; c)la participación e inclusión plenas y efectiva en la sociedad; d) el respeto por las diferencias y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana; e)la igualdad de oportunidades; f)la accesibilidad; g) la igualdad entre el hombre y la mujer; h)el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

La Convención sobre Derechos del Niño, en su preámbulo y de su texto se extrae, que la importancia de su protección busca que el “niño se desarrolle su personalidad de forma plena y armoniosa, y prepararlo para ejercer una vida independiente en la sociedad, por lo cual deberá ser educado en espíritu de paz,

dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”. Reconoce además que debe crecer en el “seno de una familia, en ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

A nivel nacional la ley de Protección Integral de NNA, así mismo establece principios rectores se encuentra:

A) Interés superior del niño: art. 3 “Se entiende así a la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar i) su condición de sujeto de derecho; ii) el derecho de NNA a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta; iii) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; iv) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones; v) el equilibrio entre los derechos y garantías de NNA y las exigencias del bien común; vi) su centro de vida: se entiende por tal al lugar donde los NNA hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia ( esto rige en materia de patria potestad, pautas para su ejercicio, filiación, restitución del niño, niña y adolescente, adopción, emancipación, etc.

B) Principio de igualdad y no discriminación: art.28” las disposiciones de la ley se aplican por igual a todas las NNA, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales.

C) Principio de Efectividad: Art. 29 “Los órganos del Estado deben garantizar todas las mediadas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índoles para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.

D) Principio de obligatoriedad: Art. 2[...] último párrafo “derechos y garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”.

## **Jurisprudencia**

Para fundamentar lo antes expuesto se realizó el análisis y mención de algunos fallos nacionales, y otros internacionales pertenecientes al Tribunal Europeo, que receptan algunos de los principios se destacan:

- Igualdad “Defensoría de Menores e Incapaces n° 6 y Otros c/ Colegio Mallinckrodt Hermanas de la Caridad Cristiana Hijas de la Bienaventurada Virgen María s/ Amparo”: MJ-JU-M-105114-AR | MJJ105114 | MJJ105114

- Interés Superior del Niño “G. H. R. E. c/ R. L. C. s/ régimen de comunicación y cuidado personal”: MJ-JU-M-132267-AR | MJJ132267 | MJJ132267

-Efectividad: relacionado con discapacidad “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación” (R.A.F. y L.R.H. de F.) MJ-JU-M-117713-AR | MJJ117713 | MJJ117713

-Obligatoriedad relacionado con el derecho a la vida “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social -Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”. Fallo CSJ 323:3229.

-Giménez, Rosa Elisabe c/ Comisión Médica Central y/o ANSeS / recurso directo.

“El principio establecido en el artículo 13, inciso 1, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (cuya jerarquía constitucional fue instituida por la ley 27.044) que impone “ajustes de procedimiento” para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, obliga a una cuidadosa revisión de las normas rituales, así como de la organización del servicio judicial, con el propósito de facilitar el derecho a ser oído y la adecuada participación en el proceso, y corregir aquellos aspectos que funcionen en la práctica como obstáculos que impiden o dificultan el litigio y dicha obligación de ajustar los procedimientos es un mandato de acción positiva en pos de asegurar la igualdad real de oportunidades en el acceso a la jurisdicción (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional) que compromete a toda la estructura del Estado, e importa un tratamiento diferenciado dirigido a equilibrar y compensar asimetrías y desventajas procesales que derivan de la condición de discapacidad (Voto de la jueza Highton de Nolasco). -Del dictamen de la Procuración General al que el voto remite”.

-Rizzuti Horacio y otros c/Osde s/Sumarisimo. SAIJ: DOO14750. (Personas con discapacidad. Derecho a la salud). La demandada no puede –como principio– desatender las necesidades de sus afiliados, en tanto padecen una discapacidad mental y la permanencia en la institución educativa a la cual asisten en la actualidad fue recomendada por el perito médico.

El Tribunal debe ponderar particularmente los términos de la pericia médica producida en autos, sobre todo en cuanto el profesional opinó que si bien hay otros institutos educativos similares, lo cierto es que “los niños sin ningún tipo de afectación neuropsicológica son susceptibles a los cambios de domicilio,

escolaridad, etc., en mayor grado que los adultos, los niños con trastornos neuropsicológicos en mucho mayor grado, generando severo retroceso en sus capacidades y una vez iniciada la escolaridad en un centro educacional, producida su integración y evolucionando favorablemente, los cambios no son justificables”. También el perito médico destacó que “las escuelas estatales comunes, atento a la cantidad de alumnos, no permiten cumplimentar la atención pedagógica y psicológica que los menores requieren y la integración escolar sería insuficiente”.

### **Jurisprudencia Tribunal Europeo**

-Tribunal Europeo. Caso G.L vs. Italy (2015): Denegación a un niño con autismo de recibir asistencia de maestra integradora reconocido por ley, en los primeros dos años de la educación primaria, por parte del municipio de Eboli, Italia.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Furlan y Fliares c/Estado Nacional Argentino: Acceso a justicia sujeto vulnerable; La Corte observa que desde la sentencia firme en favor de la víctima actora, tardó 9 años, 11 meses y 5 días, hasta el trámite tendiente a la obtención de la indemnización, que culminó con el pago de bonos al beneficiario tardó 1 año, 9 meses y 5 días. La Comisión manifestó “el corpus internacional relacionado con las niñas y niños, así como personas con discapacidad, se establecen normas de protección especial en los procesos judiciales en los que intervengan niños con discapacidad, destacando los principios rectores del interés superior del niño y el derecho a ser oído. En tal sentido la Convención de Naciones Unidas sobre Personas con Discapacidad contiene un artículo sobre alcance del derecho al acceso a justicia en el que los estados partes aseguraron que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimientos y adecuados a la edad para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos.

### **Conclusión**

Teniendo en cuenta las barreras enunciadas en las Reglas de Brasilia, estaremos ante un adecuado acceso a justicia cuando se superen las barreras de la comunicación, del lenguaje, el acceso físico, así como la asesoría procesal, para lograr una adecuación y flexibilización del proceso, en post de los sujetos vulnerables.

Dentro de las garantías constitucionalmente establecidas tanto en la CN como en las constituciones de las provincias de Corrientes, Chaco, Formosa y Misiones se observa homogeneidad conceptual en cuanto al acceso a la justicia. Sin embargo el tratamiento de derechos de niñas, niños y adolescente es distinto en cuanto que se encuentra enunciado de manera general o receptado a través de leyes especiales o de fondo.

Del análisis de las Cartas surge que el acceso a la justicia está pensado de manera genérica. En la legislación de fondo, sin embargo el tratamiento es explícito, a través de la adhesión a las Reglas.

En cuanto a la adecuación con los principios establecidos en las Convenciones, dado que las provincias receptan en sus cartas la mayoría de los principios de protección de los derechos del hombre reconocidos, se nota la adhesión a estos.

Por otro lado considero que aún quedan por saber si en cuanto a NNA con determinadas patologías en salud mental, ejemplo autismo, o TGD, de grado tal que no puedan expresar mediante palabras, podrán manejarse y si el acompañamiento tanto de los abogados del niño, equipo interdisciplinario, como de los organismos jurisdiccionales está acorde con las necesidades de estos sujetos.



## Bibliografía

- Gelli, A. (2004) Constitución Nacional Argentina Comentada, Editorial La ley
- Quiroga Lavié, H. (2001) Derecho Constitucional Argentino, Rubinzal-Culzoni Editores.
- Bidar Campos, German (2005) Manual de la Constitución Reformada, Tomo II, III, Ediar.
- “La provincia adhirió a ley de salud mental”, Revista Pensamiento Penal [www.pensamientopenal.org/chaco-la-provincia-adhirió-a-la-ley-de-salud-mental/](http://www.pensamientopenal.org/chaco-la-provincia-adhirió-a-la-ley-de-salud-mental/)
- Convención sobre Derechos del Niño (1990) Asamblea General de Naciones Unidas.
- Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad (2006) Asamblea General de Naciones Unidas.
- Reglas de Brasilia sobre acceso a justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (2018), Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, Quito-Ecuador.
- Ley N° 26.061 Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescente, 21 de octubre 2005, Argentina.
- Código Procesal Civil y Comercial de Provincia de Formosa (2013)
- Código Procesal Civil y Comercial de Provincia de Misiones
- Código Procesal Civil y Comercial de Provincia de Chaco
- Código Procesal Civil y Comercial de Provincia de Corrientes (2021)

## **COMISIÓN 2**

Comunicación, nuevas  
tecnologías e infancias

# El delito de *grooming*: un debate sobre la Reglamentación de la Ley 27.590

Carolina Isabel Arias  
Matías Visscher Toledo

## Introducción

Como es sabido, el derecho penal tiene su eje de estudio en los delitos, esto es, una acción u omisión típica antijurídica provocada por un sujeto activo y cuyo receptor es una víctima. Así, el Código Penal es el instrumento mediante el cual se tipifican dichas conductas y, en palabras de Bortnik (2020), este solamente será aplicado, en términos generales, una vez configurado un daño. (p.531)

Sin embargo, ¿qué sucede cuando están en juego aspectos de la vida tan sensibles como la privacidad y la sexualidad de personas menores de edad? ¿Pueden crearse campañas de prevención a fin de evitar un potencial daño?

En el presente trabajo, en primer lugar, explicaremos el impacto de las nuevas tecnologías en la Sociedad centrándonos en el surgimiento de nuevas conductas delictivas conocidas bajo el nombre de “delitos informáticos” más precisamente en el “delito de *Grooming*”<sup>1</sup>.

En segundo lugar, analizaremos los antecedentes relevantes del caso “Micaela Ortega”, que dio génesis a la sanción de la Ley N° 27.590 en cuyo debate parlamentario se destacó la necesidad de crear políticas legislativas de prevención. De igual modo, desarrollaremos el Decreto Reglamentario 407/2022, el cual creó el

---

<sup>1</sup> Acción deliberada de un adulto, varón o mujer, de acosar sexualmente a una niña, niño u adolescente a través de un medio digital.

*Programa Nacional de Prevención y Concientización del Grooming o Ciberacoso contra Niños, Niñas y Adolescentes.*

Por último, hablaremos respecto a la necesidad de la continua concientización de la utilización de internet por parte de personas menores de edad y de los adultos responsables de ellos, especialmente, ante la diversificación de *Apps* que permiten el intercambio de material digital, por ejemplo, *Instagram*, *Snapchat*, *Telegram*, entre muchas otras.

## **El impacto de las nuevas tecnologías: los delitos informáticos**

Día a día podemos observar que el impacto de las nuevas tecnologías crece significativamente en grandes escalas, modificando —entre otras cosas— el accionar de la sociedad. En este sentido, y adentrándonos en el tópico que nos convoca, podemos ejemplificar lo sostenido señalando que ya no nos resulta extraño realizar ciertas operaciones, tales como pagos de servicios a través del contrato de *home banking*, operaciones mediante la tarjeta SUBE por *mercadopago.com* e incluso muchas empresas ya están optando por organizar el trabajo bajo la modalidad *home office*. Dicho esto, podemos pensar, entonces, que el mundo va avanzando a pasos agigantados hacia la era “digital”, abandonando por ende (aunque existe cierta resistencia) la era “analógica”.

Ahora bien, consideramos de vital importancia, a los efectos del presente trabajo, inmiscuirnos en cómo influyen las nuevas tecnologías dentro de la esfera del derecho penal. Así es que los “delitos históricos” se han convertido en delitos cibernéticos, ya que en la mayoría de sus casos se ve involucrado un elemento digital, como ser una computadora, un celular o incluso las “redes sociales” (Arias, 2021, p.67).

La incorporación de nuevas tecnologías ha contribuido a la comisión de determinados delitos, actualmente denominados “delitos informáticos”. En este sentido, para comprender su significado nos basaremos en la descripción realizada por el Dr. Alexander Díaz García (2018) quien considera que los delitos informáticos deben ser observados desde un punto de vista triple: *Como fin en sí mismo*, pues el ordenador, un celular o cualquier tecnología puede ser el objeto de la ofensa, ya que la acción puede ser manipular o dañar la información que este pudiera tener, como por ejemplo un hackeo en una red bancaria para

hacerse del dinero contenido en aquella; *como objeto de prueba* en el sentido de contener pruebas incidentales de la comisión de ciertos actos delictivos, esto se da en los allanamientos sobre evidencias digitales; y por último, *como medio*, es decir como herramienta de colaboración para la comisión de un delito, como es el caso del delito informático denominado “Grooming” en donde un adulto utiliza, por ejemplo una red social, para ponerse en contacto con un niño/a o adolescente con el fin de ganarse su confianza para culminar con la distribución de sus imágenes o un abuso sexual. (p. 54) Este tipo de delito lo analizaremos en las próximas páginas.

## **Antecedentes normativos relevantes. Regulación jurídica actual de los denominados “delitos informáticos”**

Los tipos penales relacionados con nuevas tecnologías se incorporaron al Código Penal en el 2008 a través de la ley 26.388<sup>2</sup>. En este momento se tipificaron las figuras delictuales como el acceso indebido a las comunicaciones electrónicas<sup>3</sup>,

---

<sup>2</sup> [https://www.oas.org/juridico/PDFs/arg\\_ley26388.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/arg_ley26388.pdf).

<sup>3</sup> **Artículo 153:** Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o capture comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

**Artículo 153 bis:** Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.

La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un

acceso ilegítimo a sistemas informáticos<sup>4</sup>, estafa informática<sup>5</sup>, daño informático<sup>6</sup>, pornografía infantil<sup>7</sup>, interrupción de comunicaciones<sup>8</sup>, entre otras figuras.

Asimismo, en 2013 se sancionó la ley 26.904 que introdujo al Código el delito de *grooming*, y finalmente en abril de 2018 se sancionó la ley 27.436 que modificó el art. 128<sup>9</sup> incluyendo la penalización de la tenencia de pornografía infantil,

---

sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios

<sup>4</sup> **Artículo 157 bis:** Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que:

1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;
2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.
3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años.

<sup>5</sup> **inciso 16 del artículo 173:** El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos.

<sup>6</sup> **Segundo párrafo del artículo 183:** En la misma pena incurrirá el que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños.

<sup>7</sup> **Artículo 128:** Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

<sup>8</sup> **Artículo 197:** Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, el que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica, telefónica o de otra naturaleza o resistiere violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida.

<sup>9</sup> **Artículo 128:** Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales ex-

así como un aumento general de penas y un agravamiento especial de todas las escalas penales cuando la víctima sea menor de 13 años.

A nivel internacional, en el año 2001, se creó el Convenio sobre Ciberdelincuencia de Budapest, que entró en vigencia en el 2004. Es un instrumento de cooperación en materia penal, que prevé figuras penales de delitos informáticos que los países se comprometen a sancionar en sus derechos internos para lograr una armonización de la legislación penal que coadyuve a una mejor cooperación internacional en lucha contra los delitos informáticos. (Garat & Reale, 2020, p. 487)

En este sentido, nuestro país lo tomó como base para la reforma del 2008<sup>10</sup>, pero su adhesión formal fue en 2017 bajo la sanción de la ley 27.411 con algunas reservas de índole procesal.

Finalmente, en 2021, se aprobó el texto del segundo protocolo adicional del Convenio de Budapest<sup>11</sup>. El cual tiene como objetivo afianzar los lazos en materia de cooperación internacional y facilitar la obtención de evidencia electrónica para poder brindar una respuesta eficaz en la investigación criminal para trabajar contra el ciberdelito.

---

plícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.

<sup>10</sup> A modo de ejemplo el artículo 2 del Convenio de Budapest prevee la figura del acceso ilegítimo a sistemas informáticos. En nuestro país esa figura fue incorporada mediante el art. 153 bis con algunas salvedades respecto a la intencionalidad, es decir solo se pena el acceso indebido, con independencia de si el autor posee una intención maliciosa o no.

<sup>11</sup> <https://www.argentina.gob.ar/noticias/ciberdelito-se-aprobo-el-texto-del-2deg-protocolo-adicional-del-convenio-de-budapest>

## El delito de “Grooming”

Hemos mencionado a grandes rasgos qué es el delito informático conocido bajo el nombre de *grooming* pero nos parece adecuado utilizar la definición de los Dres. Sebastián Garat y Julián Reale (2020) que lo definen “como un conjunto de acciones deliberadamente emprendidas por un adulto, con el objetivo de ganarse la amistad de un menor de edad, creando una conexión emocional con este, con el fin de disminuir las inhibiciones del niño y poder abusar sexualmente de él”. (p. 526)

El tipo penal fue incorporado a nuestro Código Penal mediante la ley 26904 en diciembre de 2013<sup>12</sup>. Se inserta dentro de los delitos contra la integridad sexual, que constituye el bien jurídico cuya afectación se pena. Es un delito común que puede ser cometido por cualquiera, lo que incluye a los menores imputables como eventuales sujetos activos. En cuanto al sujeto pasivo, es cualquier menor sin distingo adicional alguno.

En relación con el tipo subjetivo, se trata de una figura dolosa (dolo directo) y reclama la acreditación de un elemento ultraintencional, cual es el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual del menor.

La conducta se consuma cuando se establece efectivamente contacto con el menor en forma tal que sea advertible o manifiesto el propósito ilícito de la comunicación ya que no se trata de la punición de cualquier contacto sino solo de aquel que persigue esa específica finalidad. Al menos desde el punto de vista teórico sería posible la tentativa ya que podría darse el caso, por ejemplo, de interceptación de mensajes por control parental previo a su percepción por el menor.

En este sentido, podemos ver que se trata de una conducta que, en exclusiva, tiene por sujeto pasivo a los/as niños/as o adolescentes, en donde la prevención no puede darse a través de un antivirus o programa informático que evite el daño; la prevención parece apoyarse, centralmente, sobre la educación y control parental más que sobre la adopción de medidas de puro corte tecnológico (Riquert, 2019, p.5).

---

<sup>12</sup> **Artículo 131:** Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.



Dicho esto, el *grooming* utiliza a las TIC, como herramientas de colaboración para cometer un delito tradicional. Dependiendo de cada caso en particular, las consecuencias de los delitos pueden ser: traumas psicológicos derivados de las manipulaciones provocadas por el adulto, en caso de producirse un encuentro físico, podría darse el caso de abuso sexual incluso la muerte, como fue el caso Micaela Ortega<sup>13</sup> que comentaremos a continuación.

## El Caso Micaela Ortega

El 12 de abril de 2016, Micaela Ortega, de 12 años, fue hallada sin vida y fue el primer caso mediático en Argentina en el cual la fiscalía comenzó investigando un delito de homicidio tradicional y, con el avance de la investigación, encontró una serie de perfiles de Facebook pertenecientes a Micaela que permitieron descubrir que, a su vez, los hechos incluían un delito informático, específicamente, un caso de *grooming*.

De esta manera, durante la pesquisa de la causa se comprobó que Micaela Ortega se contactó por *Facebook* con su homicida “Jonathan Luna”<sup>14</sup>, quien se enmascaraba tras el perfil de una supuesta niña llamada “Rochi de River”. El nombrado tenía 7 perfiles diferentes en la mencionada red social y más de 1500 mujeres como contactos agregados, la gran mayoría, personas menores de edad.

El día del homicidio, Luna –bajo el perfil de *La Rochi de River*– invitó a Micaela a su casa, arregló un punto de encuentro y le indicó que iría su primo. En esa ocasión, Luna, desempeñando el papel de un familiar de su avatar digital, se encontró con la niña, la condujo hacia un descampado, intentó abusar sexualmente de ella, le sustrajo algunos objetos personales y la mató en ese lugar. El cuerpo de Micaela Ortega fue hallado 35 días después de su desaparición.

Para la averiguación de lo ocurrido, los testimonios de amigas y vecinos de Micaela fueron indispensables, pues aportaron información vinculada a diversos

---

<sup>13</sup> <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2017/10/19/caso-micaela-ortega-primera-condena-en-argentina-por-un-caso-de-grooming-seguido-de-muerte/>

<sup>14</sup> Hoy condenado a cadena perpetua.

chats a través de *Facebook* con una amiga llamada “La Rochi de River” y haberla visto por última vez con un sujeto de sexo masculino.

Desde ese momento, el Juzgado interviniente ofició al Gobierno de EEUU para que, en virtud del Convenio de Colaboración Judicial existente entre ambos países, se requiera asistencia para que solicitara a la empresa Facebook Inc. la remisión de todos los registros de mensajes o comunicaciones mantenidas desde el 1 de febrero de 2016 al 31 de mayo del corriente año de las cuentas asociadas que registraba el usuario “La Rochi de River”. Estos datos fueron aportados por la ONG Missing Children.

A su vez, se aportaron videos donde se vio a Micaela con una persona de sexo masculino, conocido bajo el nombre de Jonathan Luna, que se desempeñaba como operario en la empresa de construcción de ataúdes ubicada en el interior del Barrio donde fue asesinada Micaela. Luego de otros testimonios de personas cercanas a Luna, se pudo comprobar el *modus operandi* y las maniobras delictivas efectuadas por el acusado. Finalmente, tras realizarse un allanamiento en el domicilio de Luna, se secuestraron las pertenencias de la víctima.

Tras un arduo análisis por los Jueces Casas, Fortunatti y Baquedano, todos integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 del Departamento Judicial de Bahía Blanca, se resolvió que existió un homicidio triplemente calificado por haberse cometido sobre una mujer mediando violencia de género, por alevosía y para ocultar otros delitos y por no haber logrado el fin e intención que guiaba su conducta de cometer un delito contra la integridad sexual, en concurso real con los delitos de acoso sexual tecnológico y robo, en los términos de los artículos 80 inciso 2, 7 y 11, 55, 131 y 164 del Código Penal. Por ello, se lo condenó a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas del proceso, dejándose constancia de su condición de reincidente (arts. 5, 29 inc. 3°, 40, 41, 45, 50, 55, 80 incs. 2, 7 y 11, 131 y 164 del Código Penal y arts. 530, 531 y cc. del Código Procesal Penal).

A raíz de la condena dictada por los Sres. Jueces en el juicio oral, la defensa interpuso recurso de casación el cual fue tratado durante el año 2019 por la Sala I del Tribunal de Casación Penal. En esta oportunidad, la defensa planteó la nulidad de la sentencia, por cuanto incurrió en defectuosa fundamentación y en omisión de tratamiento de las cuestiones planteadas, lo que presuntamente vulneró su derecho de defensa. Consideró que no se encontraba acreditado el elemento subjetivo del delito de *grooming*, toda vez que no se demostró que el contacto por medio de las redes sociales haya tenido la finalidad de cometer un delito

contra la integridad sexual y criticó que se hayan valorado comunicaciones que su defendido tuvo con otras menores de edad.

Los jueces, en su decisión, analizaron la figura del delito de “Grooming” regulada en el art. 131 del Código Penal e indicaron que, para tener por configurado el tipo penal, se requiere: a) la existencia de un contacto –comunicación y recepción–; b) que el contacto lo sea por medio de tecnologías de transmisión de datos; c) que el sujeto pasivo sea un menor de edad; y d) que la finalidad de la comunicación sea la comisión de alguno de los delitos contra la integridad sexual que prevé el ordenamiento penal.

En este sentido, los magistrados de casación remarcaron que Luna estableció una comunicación con Micaela, quien a su vez acusó recepción y comenzó un diálogo cuyo contenido era sexual. Así, los jueces señalaron que:

“La acción típica no se concreta únicamente con la mera comunicación ‘sin contacto’, esto es, sin la recepción por parte de la víctima, sino que requiere la realización de una segunda conducta a cargo de esta, esto es, receptor la comunicación, vale decir que la primera acción (a cargo del sujeto activo) necesita indefectiblemente de la segunda (a cargo del sujeto pasivo); una necesita de la otra, como las dos caras de la misma medalla, lo cual permite inferir que la conducta se configura como una acción de doble tramo, de doble paso, ‘comunicación/recepción’, debiéndose dar ambas para que el delito se consume”.

Del caso analizado se comprobaron los supuestos a, b y c. Respecto a la finalidad de la comunicación (supuesto d) la defensa remarcó que el objetivo de la comunicación fue cometer un delito contra la propiedad –robo– y no dirigido a vulnerar la “integridad sexual de la menor”.

En este sentido, los magistrados tuvieron por comprobada la intencionalidad de Luna a partir de la valoración del informe confeccionado por la División de Criminalística de la Policía Científica de Mar del Plata en cuyo análisis, se detalló que:

“Teniendo en cuenta el lugar elegido para propiciar el ataque, las condiciones del hallazgo del cadáver, las características físicas de la víctima y el predominio físico y madurativo del acusado, el motivo que desencadenó el desenlace fatal, responde a una situación de rechazo de índole sexual por parte de la víctima., no tolerada o aceptada por el imputado, quien ante la falta de consentimiento reaccionó de manera violenta contra la integridad física de la menor”.

Dicho extremo fue corroborado mediante la declaración de la Licenciada en Criminalística, toda vez que verificó una serie de indicios sobre la connotación sexual del hecho, como ser: la elección del lugar, la distancia existente entre el primer encuentro y el lugar del hecho y las condiciones en que fue hallada la víctima. En igual sentido, se comprobó que los chats de Luna con otros menores eran de índole sexual.

De todos los elementos valorados se pudo afirmar que el propósito que tuvo Luna fue atentar contra su integridad sexual de Micaela, por ende, se registraron los 4 supuestos regulados en el art. 131 CP que regula el delito de *grooming*.

Por las razones expuestas, los jueces integrantes de la Sala 1 del Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires confirmaron la decisión del Tribunal Oral N° 2 de Bahía Blanca de condenar a la pena de prisión perpetua de Luna.

## La sanción de la Ley 27.590 y su trámite parlamentario

Como se indicó, el 16 de diciembre de 2020, se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina la sanción de la Ley 27.590 denominada “Ley Mica Ortega”, cuyo caso ha sido explicado en el *punto 5* de esta presentación y al cual nos remitimos a fin de no efectuar repeticiones sobreabundantes.

Ahora bien, la sanción de la Ley 27.590 es el resultado de un proceso que involucró tres proyectos de ley presentados a lo largo del año 2020 por distintos legisladores, los cuales, en los aspectos sustanciales de las propuestas, son similares entre sí. Cabe adelantar, que todos los proyectos ponen el foco de atención en la necesidad de crear campañas nacionales de prevención del *grooming* o el ciberacoso a NNyA. A continuación, se describirán cada uno de ellos.

El primer proyecto de ley (S-0398/2020) tuvo origen en la presentación del 13 de marzo de 2020<sup>15</sup> efectuada por los Senadores de la Nación: Cristina López Valverde, María T. M. González, María I. Pilatti Vergara, Sergio N. Leavy, Carlos A. Caserio, Alfredo H. Luenzo, Inés I. Blas, Ana C. Almirón, José R. Uñac y Antonio J. Rodas. En el primer artículo del mencionado proyecto, se propuso

---

<sup>15</sup> <https://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/398.20/S/PL>.

la creación de un programa de prevención nacional denominado “Niños, Niñas y Adolescentes protegidos frente al *Grooming*”, el cual tenía por objeto “prevenir, sensibilizar y generar conciencia en la población sobre la problemática del *grooming* a través del uso responsable de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) y de la capacitación de la comunidad educativa en su conjunto” (art. 2° del proyecto de ley).

A fin de cumplir con el objeto del proyecto de ley, la propuesta incluía siete incisos en los que se mencionaban diversas acciones que debía cumplir el *Programa*, entre los que se destacaban el desarrollo de campañas de difusión a través de medios masivos de comunicación de todo el país y, especialmente, en las redes digitales destinadas a NNyA y padres (inciso *d*); a su vez, se proponía la capacitación de la comunidad educativa en el nivel inicial, primario y secundario de gestión pública y privada respecto de la problemática del *grooming* (inciso *e*); de igual modo, se recomendaban la creación de espacios de reflexión y debate desde un abordaje interdisciplinario la participación de la comunidad educativa junto los padres mediante talleres, seminarios y clases especiales para la concientización de las posibles consecuencias del *grooming* (inciso *f*).

Por otra parte, el segundo proyecto de ley (S-1046/2020) fue presentado el 27 de mayo de 2020<sup>16</sup> y se encuentra firmado por los Senadores Nacionales Dalmacio E. Mera y Beatriz G. Mirkin. En este caso, los legisladores proponían la creación de una “campaña nacional permanente de concientización y prevención del *grooming* y el ciberacoso a través de la comercialización de teléfonos celulares, teléfonos inteligentes, tablets y otros aparatos tecnológicos que establezca la autoridad de aplicación” (Art. 1°).

Sin embargo, a fin de cumplir con los objetivos planteados, el proyecto preveía la inclusión en la “pantalla de inicio de teléfonos celulares, teléfonos inteligentes, tablets, y otros dispositivos tecnológicos que disponga la autoridad de aplicación” (Art. 4°) de numerosa información que se encuentra enumerada en once (11) puntos. De este modo, los requisitos más sobresalientes eran los siguientes: peligrosidad de sobreexposición en las redes de los NNyA; información acerca de la existencia de delitos cibernéticos haciendo especial énfasis en los de carácter sexual que

---

<sup>16</sup> <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1046.20/S/PL>.

atentan a la integridad de NNyA; aconsejar el rechazo de los mensajes de tipo sexual o pornográfico; recomendar la utilización de perfiles privados en las redes sociales; sugerir no aceptar en redes sociales a personas que no hayan sido vistas físicamente y o no sean bien conocidas; qué hacer ante un delito informático; si se ha producido una situación de acoso guardar todas las pruebas que se pueda tales como conversaciones, mensajes, capturas de pantalla; entre otros requerimientos.

Por último, el tercer proyecto de ley (S-1394/2020) fue presentado el 2 de julio de 2020<sup>17</sup> por la Senadora Nacional Silvia B. Elías de Pérez. En este último caso, que motivó la sanción de la Ley 27.590, se propuso la creación del “Programa Nacional de Prevención y Concientización del *Grooming* o Ciberacoso contra Niños, Niñas y Adolescentes” (Art. 1º) y sus destinatarios son “todas las personas que integren la comunidad educativa en el nivel inicial primario y secundario de gestión pública y privada” (Art. 3º).

Cabe destacar, que el tercer proyecto en análisis establece que el *Programa* deberá ser coordinado por un equipo interdisciplinario integrado por expertos del área de salud, educación, psicología, psicopedagogos y abogados especialistas en la materia (Art. 5º). Una simple lectura del artículo citado permite develar un potencial problema de trabajo en la implementación de esta ley, pues no prevé la integración de expertos en materia informática.

Sin perjuicio de ello, algunos de los objetivos (Art. 4º) del *Programa Nacional de Prevención y Concientización del Grooming o Ciberacoso contra Niños, Niñas y Adolescentes* son: generar conciencia sobre el uso responsable de las Tecnologías de la Información y Comunicación (inciso a); capacitar a la comunidad educativa en el nivel inicial, primario y secundario de gestión pública y privada a los fines de concientizar sobre la problemática del *grooming* (inciso c); diseñar y desarrollar campañas de difusión a través de los medios masivos de comunicación (inciso d), entre otros.

Con relación al trámite legislativo de los proyectos de ley citados, resta decir que, con el fin de agilizar el tratamiento parlamentario, estos fueron aprobados conjuntamente bajo un único Dictamen de Comisión, el 29 de julio de 2020<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1394.20/S/PL>.

<sup>18</sup> Orden del Día N° 95/20 del 29 de julio de 2020, el cual puede ser consultado a través del siguiente enlace <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/ordenDelDiaResultadoLink/2020/95>

Por otra parte, los argumentos esgrimidos por los distintos legisladores nacionales para fundamentar sus propuestas hicieron hincapié en la necesidad de crear o desarrollar campañas de prevención del *grooming* o el ciberacoso, especialmente, por el incremento en el uso de medios digitales (redes sociales, correos electrónicos, sitios de chat, juegos en línea, entre otros) durante la pandemia COVID-19.

En igual sentido, se puso el foco de atención en los avances legislativos en materia de *grooming* mediante la sanción de la Ley 26.904<sup>19</sup> conocida como “Ley de *Grooming*” y de la Ley 27.458<sup>20</sup> la cual declaró el 13 de noviembre de cada año como “Día Nacional de la Lucha contra el *Grooming*”, en cuyo artículo 2° establece que: “El Poder Ejecutivo desarrollará diversas actividades públicas de información y concientización sobre la temática”.

A su vez, los distintos legisladores señalaron que las tareas de prevención y concientización sobre el *grooming* no están limitadas únicamente a políticas públicas, sino que requieren de la participación de la comunidad escolar y, principalmente, de su refuerzo en la órbita familiar. Así, se reconoció la imposibilidad de los NNYA utilicen los medios digitales, pero su uso controlado y responsable requiere del compromiso y capacitación de los adultos responsables.

## **El Decreto Reglamentario 407/2022**

El 14 de julio de 2022, mediante Decreto Reglamentario N° 407/2022, se aprobó la reglamentación de la Ley 27.590, esto es, a casi cuatro años de la sanción y promulgación de la ley citada. Uno de las principales características del reglamento es que se ha elegido a la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) del Ministerio de Desarrollo Social como Autoridad de Aplicación (Art. 2°).

A su vez, el reglamento prevé la creación del Observatorio del Programa Nacional de Prevención y Concientización del *Grooming* o Ciberacoso contra NNYA en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social, cuya función principal

---

<sup>19</sup> Sancionada el 11 de diciembre de 2013 y promulgada el 4 de diciembre del mismo año.

<sup>20</sup> Sancionada el 10 de octubre de 2018 y promulgada el 1 de noviembre de igual año.

será la de “monitorear el cumplimiento de la Ley 27.590 y de generar estadísticas nacionales vinculadas a la vulneración de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” (art. 3°).

En este orden de ideas, el mencionado *Observatorio* está presidido por el Ministro de Desarrollo Social y estará compuesto por representantes de numerosos sectores y organismos, entre los que se destacan: el Ministerio de Educación, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ente Nacional de Comunicaciones, la Secretaría de Medios y Comunicación Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros, expertos y expertas independientes, universidades nacionales, periodistas especializados en la materia y personal del Ministerio Público (Art. 4°).

Aunado a lo anterior, el Decreto establece que las funciones del Observatorio serán las siguientes: señalar apartamientos en el cumplimiento de la Ley 27.590 (inciso 1); la elaboración de un informe anual sobre la implementación del Programa Nacional de Prevención y Concientización del *Grooming* o Ciberacoso contra NNyA (inciso 2); sugerir cursos de acción para el mejor logro de los objetivos de la Ley 27.590 (inciso 3); la confección de una lista de profesionales expertos en la materia y que puedan brindar asesoramiento en la temática en todo el país (inciso 4); impulsar capacitaciones de promoción del uso responsable de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones (inciso 6); relevar los usos en los entornos digitales por parte de NNyA (inciso 7); entre otras responsabilidades.

Por otra parte, se ordena la creación de la Unidad de Coordinación Administrativa Interministerial en el ámbito de la SENNAF del Ministerio de Desarrollo Social (Art.6°) y estará compuesto por un representante de los siguientes organismos: Autoridad de Aplicación, Ministerio de Educación, Secretaría de Medios y Comunicación Pública de la Jefatura de Gabinetes de Ministros, Ente Nacional de Comunicaciones, Ministerio de Desarrollo Social, Dirección Nacional de Industrias Culturales de la Secretaría de Desarrollo Cultural del Ministerio de Cultura y del Ministerio de Seguridad (Art. 7°).

Serán funciones de la Unidad de Coordinación Administrativa Interministerial (art. 8°), abordar de forma integral y coordinar las acciones necesarias para la plena implementación de lo establecido en la Ley 27.590 (inciso 1); monitorear el cumplimiento de las responsabilidades de cada agencia gubernamental (inciso 2); reunirse trimestralmente con los equipos de trabajo de cada organismo interviniente para realizar un intercambio sobre el desarrollo de sus tareas y evaluar en conjunto posibles estrategias superadoras (inciso 3); elaborar, de manera conjunta



con la Autoridad de Aplicación, indicadores para la confección de estadísticas periódicas sobre detección y/o recepción de casos de *grooming* y otras vulneraciones de derechos de NNyA (inciso 7°); entre otras.

Además, se reglamenta la creación del Comité Asesor Sobre el Uso Seguro y responsable de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de carácter asesor y consultivo, en el ámbito del “Programa Nacional de Prevención y Concientización del *Grooming* o Ciberacoso contra NNyA” (Art. 9°). De este modo, las funciones del Comité Asesor serán las de elaborar recomendaciones interdisciplinarias para las distintas áreas que deban intervenir en la aplicación de la Ley 27.590 y de la reglamentación, especialmente, para la SENNAF y el Observatorio creado por el mismo decreto (inciso 1); proponer articulaciones con organismos estatales y no estatales con los que serían conveniente entablar acuerdos de colaboración (inciso 2); sugerir a determinados organismos, personas o empresas que cumplan con los requisitos de idoneidad para conformar el Comité Asesor (inciso 3); entre otras tareas.

Con respecto a los integrantes del Comité Asesor, estos serán designados por la SENNAF y deberán acreditar experiencia en algunos de los siguientes campos de conocimiento: prevención o abordaje del *grooming*, ciudadanía digital, humanidades digitales, educación sexual integral, adolescentes y activismo en red, consumidores y usuarios digitales y regulación de plataformas digitales interactivas. No obstante, el decreto reglamentario establece que deberán tener representación las ONG especializadas en la materia; personas del ámbito científico y/o académico; docentes de NNyA; empresas de tecnologías, entre otros representantes.

Por último, es importante destacar que el art. 13° del decreto reglamentario estipula que el gasto que demanda el cumplimiento de la reglamentación de la Ley 27.590 será atendido con el presupuesto asignado a la SENNAF del Ministerio de Desarrollo Social.

## **Algunas consideraciones finales**

El extensivo desarrollo efectuado con relación a los fundamentos del debate parlamentario, que tuvo lugar previo a la sanción de la Ley 27.590 y su posterior reglamentación, no fue en vano. No desconocemos, que la lectura de las propuestas e incluso la propia reglamentación de la citada norma puede resultar

sumamente tedioso al lector, pero dicha actividad permite visibilizar cuánto se ha complejizado el abordaje sobre la temática del *grooming*.

Conviene recordar, que la sanción de las leyes 26.904, 27.548 y 27.590 tienen como objeto principal la protección de los NNyA respecto del ciberacoso con fines sexuales y su prevención. Así, coincidimos con aquellas posturas que refieren que la prevención de los delitos informáticos, especialmente, de aquellos dirigidos a NNyA, solamente son efectivos si se llevan adelante políticas tempranas de prevención, no solo en la adolescencia sino a temprana edad.

De igual modo, también coincidimos con aquellas opiniones que advierten que el abordaje del *grooming* debe ser interdisciplinario, claro está, no puede limitarse a políticas emanadas del propio Estado, sino también a su refuerzo en el seno familiar y/o por parte de los adultos responsables, como también en cada una de las comunidades en las que los NNyA pueden desarrollar otras actividades (colegios, clubes, talleres, etc.).

Sin embargo, uno de los principales problemas radica en dicha cuestión, en la capacitación en materia informática de los adultos responsables. Ciertamente es, que continuamente se crean nuevos medios digitales, por ejemplo, redes sociales o páginas con intercambio de información digital, pero también es cierto que el conocimiento de ellos es conocido, con mayor anticipación, por los adolescentes.

Al respecto, el Dr. Sebastián Bortinik (2020), quien ha dedicado gran parte de su carrera a la investigación y análisis sobre el delito de *grooming*, menciona, en una de sus publicaciones, que muchos familiares de víctimas de abusos digitales desconocen cómo prevenir este tipo de maniobras delictivas (p. 256).

En igual sentido, Mónica Cid, madre de Micaela Ortega, cuyo caso ya desarrollamos en esta presentación, en un reportaje dijo que: “a Micaela la mató mi desconocimiento” y que “la muerte de Micaela era evitable”, puesto que remarcó que los adultos no saben los riesgos que configuran las nuevas tecnologías para los menores de edad<sup>21</sup>.

El tardío conocimiento por parte de los adultos responsables respecto de las herramientas digitales utilizadas por los NNyA es el principal obstáculo en la

---

<sup>21</sup> La mamá de Micaela habló sobre nuevos casos que tienen a los chicos como víctimas, 25 de febrero de 2017, en [www.lanueva.com](http://www.lanueva.com).

lucha contra el *grooming*, puesto que los autores de los hechos delictivos suelen capacitarse continuamente en la búsqueda de nuevos medios para conseguir nuevas víctimas. Así, la prevención debe ser cotidiana, constante e inclusiva y debe abarcar la intervención de la mayor cantidad de representantes de las distintas áreas que se encuentran relacionadas al tema de estudio.

Como ya dijimos, el trabajo de ese “conocimiento” debe ser en conjunto, es decir, la prevención no debe comenzar en las escuelas, sino desde los hogares, pues de los propios adultos responsables se garantiza el acceso a internet. A ello se añade, que el rol de los adultos necesariamente debe ser constructivo y no controlador, los NNyA no pueden ser conservados en una “caja de cristal”, tal como pretenden algunas ideas de ciertos legisladores y otros expertos que quieren limitar el acceso a las herramientas digitales, de ocurrir ello podría comprometer el desarrollo educativo de las personas menores de edad, toda vez que hoy en día es innegable que ellos necesitan crecer con las nuevas tecnologías debido a que gran parte de los contenidos son reproducidos en forma digital, especialmente, a raíz de la pandemia COVID-19.

El Decreto Reglamentario 407/2022 ha avanzado en la idea de la conformación de espacios de reflexión y debate, mientras que la sanción de la Ley 27.590 ha destacado la necesidad de crear una campaña nacional de prevención. No obstante, los mencionados avances no alcanzarán si las políticas públicas no se implementan de forma adecuada y/o toda la producción que genere en esos espacios no se encuentre disponible a todas las personas.

Dicha observación se extiende a cada uno de los representantes de las distintas áreas que integrarán el *Observatorio*, el *Programa*, el *Comité Asesor* o la *Unidad de Coordinación Interministerial*, puesto que dentro de sus principales tareas será el diseño de aquellas capacitaciones necesarias para un correcto abordaje de la temática. Así, se estima que no bastará con una simple “charla” en los colegios, sino una profunda reforma en el contenido de estudios en materia de *grooming* e informática.

En igual sentido, es necesario que las fuerzas de seguridad, el Poder Judicial y los Ministerios Públicos también se comprometan a difundir y facilitar los medios necesarios para que cualquier persona, sea mayor o menor de edad, con una simple búsqueda tenga acceso a todos los canales disponibles a fin de asesorarse técnicamente o de formular las denuncias correspondientes.

Ahora bien, todo ello no será posible si la SENNAF, como Autoridad de Aplicación, no cuenta con los recursos necesarios para llevar adelante todas las

políticas públicas que se generen en los espacios de debate o de las propuestas que presenten los diversos expertos en la materia. De adverso, de no contar la SENNAF con los recursos necesarios, todo esfuerzo será superfluo y quedará como una noble idea, que no ha podido efectivizarse por razones políticas.

Por último, un simple repaso del reglamento que prevé los representantes que integrarán el *Programa*, el *Observatorio* o la *Unidad de Coordinación Administrativa Interministerial*, devela una cuestión que es fundamental para un estudio de la cuestión: ninguno de los organismos que deben ser creados contempla la participación de la Secretaría de Innovación Pública, ex Ministerio de Modernización, en cuya órbita se encuentra el tratamiento e implementación del acceso a la información y las nuevas tecnologías.

En este sentido, consideramos que la participación de los expertos de la Secretaría mencionada es imperativa, toda vez que cualquier política pública que involucre el diseño y la utilización de nuevas tecnologías debe incluir al organismo previsto para ello, puesto que, cualquier persona que no se especialice en la gestión de las TIC mal podría diseñar una campaña nacional que involucre la prevención de un delito que, en cualquiera de sus formas, solamente puede ser cometido mediante el uso de un medio digital.

## Referencias bibliográficas

- Arias, C. (2021). Allanamientos digitales y pericias informáticas en redes sociales. En A. Ale, & P. Beltracchi, *Medios de Prueba en el Proceso Penal* (pág. 67). Buenos Aires: Hammurabi.
- Bortnik, S. (2020). Prevención de las Víctimas menores de edad en delitos informáticos. En D. D. Kiefer, *Ciberdelitos Tomo II* (pág. 531). CABA: B de F.
- Díaz García, A. (2018). *El bien Jurídico Tutelado de la Información y los nuevos verbos rectores en los delitos informáticos*. Obtenido de <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/09/doctrina46963.pdf>
- Garat, S., & Reale, J. (2020). La reforma Penal en materia de Ciberdelitos en la República Argentina. En D. Dupuy, & M. Kiefer, *Ciberdelitos II* (pág. 487). CABA: B de F.
- “J, O, L s/homicidio calificado por haber sido cometido con alevosía, para procurarse la impunidad y habiendo mediado violencia de género; comunicación electrónica con persona menor de edad con el fin de cometer delito contra su integridad sexual (*grooming*) y robo” Reg. N° 595-2014 (Tribunal Oral en lo Criminal n° 2 del Departamento Judicial de Bahía Blanca, resuelto el 19 de octubre de 2017).
- “Luna Jonatan o Luna Yonatan Omar s/ recurso de casación, 262/2019 (Sala I, Tribunal de Casación Penal, resuelto el 14 de marzo de 2019).
- Riquert, M. (2019). Ciberacoso sexual infantil (cibergrooming). *Asociación Pensamiento Penal*, 5.

# Comunicación, nuevas tecnologías e infancia

*Carmen Alicia Bellegarrigue Pino*

## **Comunicación, nuevas tecnologías con relación a la infancia**

En el presente trabajo tratamos la comunicación en cuanto como se relaciona a la niñez, siendo el ser humano un ser social necesita expresarse ya sea de forma verbal: en forma oral o escrita, o no verbal: por gestos, imágenes o sonidos. Los medios de comunicación y sus agentes tienen una tarea muy delicada, en razón que deben hacer su función con responsabilidad y transmitiendo lo más fiel posible a la realidad. Es complicado porque existen muchos medios amarillistas o que no comunican en forma sincera los acontecimientos.

## **Etimología de "Comunicación"**

El lingüista Fabián Coelho señala que "Comunicación" se origina del latín 'communicatio', 'communicationis' derivado del verbo latino 'communicare' cuya acepción es compartir, poner en común. De ahí su importancia en cuanto a la niñez, ya que los menores de una u otra forma necesitan expresarse y también reciben información de los medios que la transmiten.(1)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> <https://www.significados.com/autor/fabian-coelho/Coelho>, Fabián (s.f.). "Etimología de comunicación". Diccioniariodedudas.com.

## Marco Legal de la Comunicación en relación con la niñez y adolescencia

### *La Constitución Argentina*

El Derecho a la Libertad de expresión se encuentra consagrado en los artículos 14 y 32, resalta su contenido según detalle:

En el artículo 14 se enuncia: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: a saber”... Y en el medio de este afirma: “de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa;...”.

En el artículo 32 se lee: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”. ( )

Por lo anterior se puede deducir que se adapta a la infancia ya que todo ciudadano desde temprana edad, tiene derecho a ser educado, a enterarse de su entorno, y si a temprana edad tiene inquietud de expresar sus ideas sea de forma oral o escrita, no tiene obstáculo para ello.<sup>2</sup>

### *Convención de Los Derechos del Niño (3)*

El Art. 12 contiene respecto a la comunicación en la niñez:

“1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante...”.

El Art. 13 del mismo instrumento contempla: “El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras,, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño”.

Ley 26.061 Ley de Protección integral de los Derechos de las niñas, niños y Adolescentes

---

<sup>2</sup> Constitución de la República Argentina. Boletín Oficial, 23 de Agosto de 1994.

En el Art. 3 titulado “Interés Superior” de la niña, niño y adolescente refiere entre los puntos a respetar en su letra: “”b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;” Sea la edad que el infante tenga, si quiere expresarse de alguna forma goza de plena accesibilidad y sus opiniones serán tomadas en cuenta en cualquier espacio que se manifieste, sea familiar, privado o público.

En su Art. 10 “Derecho a la vida privada e intimidad familiar”, pues en caso que los medios quieran intervenir por alguna situación especial en la vida de un menor, debe respetar si el niño quiere abstenerse de aparecer en público.

Art. 11. “Derecho a la Identidad”, se relaciona también con lo que tratamos porque el niño tiene que ser identificado, por tal al nacer todo niño debe ser inscripto en debida forma en la entidad respectiva, y en caso que sea de cierta etnia, localidad o país, preservar sus raíces y si vive en otra nación a conservar las propias y adoptar las de su lugar de residencia.

#### *Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual (5)*

Esta ley entró en vigencia el año 2009 para regular el funcionamiento y distribución de licencias referentes a medios de televisión y de radio. El artículo 3 de esta contempla que los medios de comunicación deben basarse en la ética; focaliza en que los medios de comunicación formen a las personas desde temprana edad, con diversidad de perspectivas, lograr una discusión de ideas, motivar la pluralidad, no hacer encasillamientos y lograr igualdad en el trato. El artículo 17 de esta misma normativa establece la creación del Consejo Asesor de Comunicación Audiovisual y la Infancia (CONCACAI) cuyo objetivo es determinar si los contenidos son dañinos para la niñez y adolescencia, fomenta la investigación y estudio relativos a los audiovisuales para la infancia, se propone con esto a la formación de aptitudes de análisis crítico de menores, con la finalidad de que ejerzan sus derechos en cuanto a su libertad en elecciones, expresiones e información.

### **Medios de comunicación con injerencia en la niñez. La Televisión, su conexión con los niños**

La televisión es uno de los medios masivo de comunicación más accesible a los niños y adolescentes, tiene injerencia tanto positiva como negativa en ellos.



Actualmente la mayoría de la población tiene un televisor en casa. Lo positivo es que toda información de urgencia<sup>3</sup>, interés o de prevención está al alcance de todos, y existen canales de televisión de contenidos culturales y didácticos que aportan a la formación de los niños y adolescentes<sup>4</sup>.

Se tiene por sentado que en casi todos los países del mundo se cuenta con un canal de televisión infantil o programación dirigido a los menores en sus canales, que transmita contenidos idóneos, en congruencia con la normativa constitucional y normativas internacionales que dictan directrices para esto. En Argentina se cuenta con el canal nacional Pakapaka<sup>5</sup> que tiene contenidos enfocados a la niñez, tratando temas culturales, musicales, patrióticos, didácticos y de varios intereses para los infantes y adolescentes; en cierta forma esto contribuye al aprendizaje y desarrollo de los menores, por lo que este medio no es totalmente nocivo. Por otro lado acontece que las familias que tienen posibilidad de pagar televisión por cable, en este se encuentran una variedad de canales infantiles con un contenido no muy adecuado para los menores, siendo difícil ejercer un control pleno de esto, ya que los niños se guían por las imágenes, colores, animación, música, y si el contenido no es muy bueno, es aconsejable que los padres acompañen en la sintonización de estos programas, y explicarles de la mejor forma posible lo que visualizan,

Es importante y necesario controlar el tiempo que los niños están frente a un televisor, pues ellos requieren hacer otras actividades de esparcimiento para ocupar su mente de otras formas como jugar, dibujar, pasear entre otras; la televisión en exceso lo aparta de otros niños y le causa daños que pueden ser emocionales, como injerencia en su carácter o físicos como afectación en su salud. Algunos padres cometen el error de mantenerlos distraídos con este medio de igual manera con los dispositivos electrónicos, pero es un daño utilizarlo como un objeto distractor y crear una barrera en lo familiar y social.

---

<sup>3</sup> Ley 23.849 Convención sobre los Derechos del Niño, B.O. 22/10/1990.

<sup>4</sup> Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, B.O. 26/10/2005.

<sup>5</sup> <http://www.pakapaka.gob.ar/>.

Existen entidades encargadas de la regulación y calificación del contenido de las transmisiones para infantes y adolescentes, cómo se relaciona en el tema anterior, pero siempre se filtran situaciones inadecuadas a modo de ejemplo en la publicidad transmitida, en muchas ocasiones aparece violencia, alcohol, tabaco o de connotación sexual; ocurre la situación que los padres, o alguno de ellos están trabajando, y los niños quedan al cuidado de familiares o de extraños, en este caso no se puede controlar lo que ellos ven durante el día, ni cuántas horas están frente al televisor, en este caso se debe hablar con las personas que cuidan a los niños, para establecer un rango de horario para este medio de entretenimiento.

Según datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina (7) (INDEC) el 98 % de los hogares en Argentina tienen un televisor, siendo que la televisión está en la mayoría de lugares del país. Conforme a datos de 2015 se registra que entre mayo y julio de ese año, cuando se realizó la encuesta, se captó que el 67% de las familias entrevistadas afirmó poseer un ordenador al menos en su vivienda, sobrepasando el registro del 56,4% recabado en 2011, asimismo la obtención de internet incremento al 61,8%, a comparación del dato de 48% que fue el dato precedente.

Algunos autores como Sandoval (2006)<sup>6</sup> afirman que la televisión es un medio de sociabilización tan fuerte e influyente que sería idóneo incorporarlo en las aulas como un “instrumento de competencias básicas” en la escuela ya que les resulta una forma interesante y destacada en comparación del esquema cerrado de la institución escolar basada solamente en libros y lecciones de docentes; siendo oportunidad para aprovechar la masividad de este medio para incorporar en las aulas.

## **Nuevas Tecnologías. Internet, redes sociales. El peligro del fenómeno y delito del *Grooming*, derivado del acceso a las redes sociales**

Según datos del INDEC antes relacionado, más del 60% de viviendas en la Argentina cuentan con internet. Durante los últimos cinco años, hubo un

---

<sup>6</sup> <https://repositorio.utp.edu.co/server/api/core/bitstreams/of41fe45-1ce6-4940-814d-2beada1a0a3/content-> influencia tv en los niños – Colombia

crecimiento importante de las familias han logrado obtener computadoras y el servicio de internet, logrando implantarse en un nivel que sobrepasa el 60 por ciento (8); de igual forma los celulares aunado al uso de la aplicación de la señal wi-fi que permite acceso a aplicaciones como “WhatsApp” y otras, así como un sinnúmero de temas existentes en las redes sociales que son usadas por niños y adolescentes. La llegada del internet ha generado mayor conexión a nivel mundial, esto ha facilitado las comunicaciones, esto ha producido tanto efectos positivos como negativos.<sup>7</sup>

### **Grooming**<sup>8</sup>

¿Qué es el *Grooming*? El término es de habla inglesa, es un anglicismo cuyo significado es “acicalamiento”, consiste en el acoso sexual a niños, niñas y adolescentes mediante las conexiones digitales, son ejecutadas por adultos con intención de lograr un contacto con los menores para abusarlos sexualmente.

En la república Argentina está contemplado en el Art. 131 del Código Penal, definiéndolo como: “acción deliberada de una persona que, a través de cualquier tecnología de transmisión de datos, contacta a un niño, niña y/o adolescente, con el propósito de cometer un delito contra su integridad sexual”.

Se denomina “groomer” a la persona que ejecuta el hecho, generalmente es un adulto, aunque según el contenido del artículo y la ley penal de minoridad, se admite que la acción pueda realizarla un adolescente entre 16 y 17 años.

Se implementó también en Argentina el “Día Nacional de la Lucha contra el *Grooming*” fijando para ello el 13 de noviembre, y se organizó una ONG llamada “*Grooming* Argentina” originada en el año 2014, se transformó en la primera organización global originada para combatir el “grooming”, creada con el objetivo de trabajar de forma esencial sobre directrices de prevención y concientización encaminadas en la erradicación del flagelo del *Grooming* en la Argentina y Latinoamérica.

---

<sup>7</sup> Ley 26.522 de Servicios de comunicación Audiovisual, B.O./ 10/10/2009 // [https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/representacion\\_de\\_nna\\_en\\_los\\_medios\\_de\\_comunicacion\\_2016.pdf](https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/representacion_de_nna_en_los_medios_de_comunicacion_2016.pdf)

<sup>8</sup> <https://www.groomingarg.org/>-<https://www.capacitarte.org/blog/nota/que-es-el-grooming-y-como-prevenirlo> <https://www.quesignificala.com/2015/10/grooming.html>

La organización *Grooming* Argentina está integrada por un equipo multidisciplinario de profesionales, técnicos y voluntarios idóneos no técnicos, su objetivo es combatir este fenómeno desafortunado que se ha desarrollado rápida y masivamente, debido a las redes sociales surgidas por el avance de las tecnologías. Esta organización da un seguimiento diario encaminado a la prevención de este delito, así como un acompañamiento y asistencia a víctimas y sus familias. Cuenta con una aplicación denominada “GAPP” gratuita y con alcance en todo el mundo, para denunciar el delito con el presionar un botón, esta organización es innovadora en cuanto a protección y difusión de los derechos de los menores en el campo infinito de internet.

El infractor adulto denominado en esta figura “groomer” se vale del engaño para contactar a los menores con el fin de lograr una “amistad”, puede utilizar su nombre verdadero o ser alguien conocido. Para que se configure el delito es suficiente que se logre una conexión entre el infractor y los niños o adolescentes, con fines de abuso físico, usando cualquier medio informático aunque no se concrete el encuentro personal. Este fenómeno se considera como un acto previo a otras infracciones penales, tales como: raptó, abuso sexual, trata de personas, producción, reproducción y/o posesión de material de pedofilia.

En la actualidad los niños y adolescentes son de los mayores consumidores de internet y sus redes sociales, usándolo como entretenimiento y sociabilización; su incremento se debe también a que sufrimos el encierro por el advenimiento de la pandemia del COVID-19, que contribuyó a que tanto adultos como infantes y adolescentes pasan más tiempo frente a las pantallas de celulares, *tablets*, computadoras y todo dispositivo electrónico conectándose a más redes sociales.

Otra entidad local enfocada en erradicar este fenómeno es La Universidad Católica de Salta, que creó un proyecto de Extensión Universitaria, denominada “Por una red segura. Prevención del *Grooming*”, que se ocupa de convocar a una reflexión sobre el uso consciente de internet y las redes sociales, así como su regulación.

## Palabras finales

Los temas tratados son únicamente una fracción del universo que comprenden las comunicaciones, van creciendo junto a los avances científicos que surgen, aunque han pasado muchos años desde la invención del televisor, son casi cien años transcurridos desde su invención, y sigue presente en los hogares alrededor

del mundo transmitiendo contenidos por lo que no pierde vigencia. Sería bueno aprovechar este medio de comunicación para implementarse en actividades que enriquezcan a nuestra niñez y adolescencia, tal como se trató en apartados anteriores, su inclusión con fines educativos, culturales, patrióticos y de intereses positivos; ya en ocasiones se ha experimentado el uso de la televisión en las aulas, pero no ha tenido mucha aplicación, por lo que sería bueno hacer la experimentación implementándola gradualmente. Siendo que este aparato esta diariamente en contacto con nosotros, debemos aprovechar su grado de influencia para involucrarnos más en aprovechar su utilización, ya que siempre será atractivo para la niñez y adolescencia.

En cuanto a las tecnologías que surgen incesantemente, habiendo tenido mayor desarrollo con las computadoras, de igual forma es esencial aplicarlas con fines idóneos para los menores, debido a que el mundo va cambiando, vamos evolucionando junto a estas cosas, por lo que el uso correcto de las estas contribuye al desarrollo que experimentan. El uso de dispositivos digitales ha logrado que estemos más conectados, siendo que ha aportado cosas beneficiosas, aun así también se ha utilizado con fines negativos, como se vislumbró con el fenómeno del “Grooming”, por lo que esto nos hace que estemos más atentos al acompañamiento de nuestra niñez y adolescencia en cuanto al acceso que tienen a las redes, ya que así como acceden a contenidos enriquecedores, pueden exponerse a peligros por la misma libertad que dan estos dispositivos, de que existen agentes dañinos que lo utilizan con fines negativos. Por ello debe existir una buena comunicación en el seno familiar para que haya confianza, y se pueda prevenir esta situación.

Las innovaciones en todas las áreas son siempre interesantes, aunado a ello siempre se debe preservar el interés superior del niño, ya que por su condición de edad temprana son quienes necesitan una guía, orientación y acompañamiento en toda introducción a cosas de interés.

## **Conclusiones**

Los medios de comunicación juegan un papel importante en su conectividad con los menores, teniendo aspectos positivos y negativos, suma en cuanto a que contribuyen a la transmisión de información inmediata, permiten que ellos se expresen, sean escuchados y hagan valer sus derechos. Destaca de los instrumentos de

medios comunicadores el aparato televisor, que se encuentra en la mayoría de los hogares a nivel mundial, siendo necesario el acompañamiento de los progenitores para la comprensión de temas complicados.

La nuevas tecnologías están ya en nuestra cotidianidad siendo el internet y sus redes sociales, han convertido a los menores en que hagan su uso con naturalidad, las utilizan en todo momento, por lo que es necesario que exista una reglamentación sobre las estas asimismo una orientación de los padres, que exista una mayor comunicación entre los miembros del hogar, ya que los niños y adolescentes se encuentran expuestos a todo tipo de contenido, y producto de ello ha surgido en los últimos tiempos el fenómeno del ciber-acoso<sup>9</sup> denominado ahora como “Grooming”, constituyendo un delito que se está avanzando.

---

<sup>9</sup> <https://www.telam.com.ar/notas/201510/122479-internet-tecnologia-hogares-indec->

## Bibliografía

### **Legislación**

Constitución de la República Argentina. Boletín Oficial, 23 de Agosto de 1994.

Ley 23.849 Convención sobre los Derechos del Niño, B.O. 22/10/1990.

Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, B.O. 26/10/2005.

Ley 26.522 de Servicios de comunicación Audiovisual, B.O. 10/10/2009.

### Páginas de internet

[https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/representacion\\_de\\_nna\\_en\\_los\\_medios\\_de\\_comunicacion\\_2016.pdf](https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/representacion_de_nna_en_los_medios_de_comunicacion_2016.pdf)

<https://www.capacitarte.org/blog/nota/que-es-el-grooming-y-como-prevenirlo>

<https://www.groomingarg.org/>

<http://www.pakapaka.gob.ar/>

<https://www.quesignificala.com/2015/10/grooming.html>

<https://www.telam.com.ar/notas/201510/122479-internet-tecnologia-hogares-indec->

[https://www.significados.com/autor/fabian-coelho/Coelho, Fabián \(s.f.\). "Etimología de comunicación". Diccionioredudas.com.](https://www.significados.com/autor/fabian-coelho/Coelho, Fabián (s.f.). )

# ¿Cuál es el rol del contexto alfabetizador y social sobre el uso de dispositivos de pantalla en la infancia?

*Lucas Gustavo Gago Galvagno*

*Susana Stoisa*

*Adriana Gak*

*Ángel Manuel Elgier*

## **Introducción: marco teórico y antecedentes previos**

En los últimos años, el uso de medios electrónicos por parte de los infantes ha aumentado enormemente (Barr & Linebarger, 2016; Melamuda & Waismanb, 2019). Se encontró que, según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC, 2018), el 81.2% de los niños argentinos mayores de 4 años utiliza teléfonos celulares y tabletas. Varias asociaciones de otros países sugieren que el uso de medios electrónicos debe ser como máximo una o dos horas por día para infantes mayores de 2 años, pero no se recomienda su uso para niños menores de esta edad (Academia Americana de Pediatría, 2020; Lau & Lee, 2020; Sociedad Argentina de Pediatría, 2020).

Sin embargo, se ha encontrado que el inicio del uso de estas tecnologías es cada vez más temprano, y antes de los dos años los infantes ya utilizan TV y celular (Archivos de Pediatría & Subcomisiones, 2020; Waisman *et al.*, 2018). A su vez, durante la cuarentena, el uso de pantallas en horas en Argentina creció más del 50%, tanto para adultos como para infantes (Sociedad Argentina de Pediatría, 2020; Picco *et al.*, 2020) y, la Academia Americana de Pediatría (2020) dejó de desaconsejar su uso a los infantes menores de 2 años, para focalizar en



el niño, el contexto y el contenido (las tres C, por sus siglas en inglés: Child, Context, and Content).

En algunas revisiones previas acerca del tema, Duch *et al.* (2013) encontraron que las variables sociodemográficas más asociadas con la cantidad de tiempo del uso de pantallas fueron la edad del infante y la etnia, siendo que los mayores y de etnias minoritarias fueron los que más tiempo las utilizaban. También, los puntajes en escalas de depresión observadas en las madres, el tiempo que estaban expuestas a las pantallas, y la cantidad de estimulación en el hogar, se asociaron de forma directa con el tiempo de uso del infante. Sin embargo, en la revisión sistemática de Kostyrka-Allchorne *et al.* (2017) se encontró que las características individuales de los infantes pueden generar diferentes asociaciones entre el uso de la televisión en el desarrollo de los niños, siendo que las contribuciones son más negativas en la infancia temprana que en preescolares, debido a que reduce las interacciones tempranas y los espacios de juego. A resultados similares arribaron Madigan *et al.* (2020) en su metanálisis, encontrando relaciones negativas entre el uso de pantallas y el lenguaje de infantes y niños. Sin embargo, el tamaño del efecto fue pequeño, afirmando los autores que se debe a la multifactorialidad del desarrollo, siendo que la exposición a pantallas es uno de los tantos factores que contribuyen a las habilidades cognitivas. Contradictoriamente a estos resultados, Paudel *et al.* (2016) no encontró asociaciones entre el uso del celular en niños de 0 a 8 años, y características sociodemográficas.

También, es necesario resaltar que el uso de estos dispositivos permite desde recibir publicidad comercial hasta la exposición a contenidos de violencia o pornográficos, lo que podría exponer al infante a contenido no apropiado para su edad (Academia Americana de Pediatría, 2020; Melamuda & Waismanb, 2019). A su vez, algunos autores sugieren que el uso prolongado de herramientas tecnológicas podría disminuir las oportunidades de los infantes para desarrollar formas autónomas de regulación que les permitan calmarse, y también genera dificultades de regulación emocional, mayores niveles de pasividad, y menor cantidad de interacciones con adultos y niveles de lenguaje (Chassiakos *et al.*, 2016; Kostyrka-Allchorne *et al.*, 2017; Melamuda & Waismanb, 2019; Radesky & Christakis, 2016).

Específicamente, el desarrollo de la habilidad comunicativa es en un primer momento diádica (Durand *et al.*, 2020), para pasar luego a interacciones de tipo tríadicas, típicamente definidas como atención conjunta. En ambos tipos de interacciones el infante emplea una serie de habilidades no verbales (e.g., gestos,

miradas, proto-vocalizaciones), con la diferencia de que en la triádica el fin es compartir un tercer elemento con el adulto (Bruner, 1995; Mundy, 2018). A partir de estas interacciones no verbales, el infante se irá apropiando de las primeras etiquetas verbales de los objetos, produciendo las primeras palabras aisladas, y más tarde combinándolas en oraciones (Cohen & Billard, 2018; Lahrouchi & Kern, 2018).

Estas primeras habilidades lingüísticas son fundamentales para los años posteriores del infante, ya que se ha hallado que predicen y se asocian a habilidades de regulación emocional y funciones ejecutivas (Gago Galvagno *et al.*, 2021; Miller & Marcovitch, 2015), capacidad de memoria (Meir & Armon-Lotem, 2017), habilidades sociales (Capobianco *et al.*, 2017), rendimiento académico en matemáticas y comprensión lectora durante los años escolares (Bleses *et al.*, 2010; Ramsok *et al.*, 2020).

A pesar de que se cuenta con evidencia de que la promoción de la tecnología digital en los infantes y niños los prepara para el futuro (Melamuda & Waismanb, 2019), son varias las investigaciones que demuestran efectos negativos en el desarrollo cognitivo en los primeros años de vida (Gago Galvagno *et al.*, 2020; Supanitayanon *et al.*, 2020). Específicamente, en lo que respecta al desarrollo de la comunicación, se ha encontrado que el mayor uso de estos dispositivos puede disminuir la cantidad de vocabulario del infante, las interacciones entre las diadas y las habilidades comunicativas (Duch *et al.*, 2013; Reed, Hirsh-Pasek, & Golinkoff, 2017), aunque estos resultados son a veces contradictorios, observándose en algunos estudios efectos positivos por parte de estos dispositivos en el desarrollo comunicativo (e.g., Kostyrka-Allchorne *et al.*, 2017; Krcmar, 2014; Sims & Colugna, 2013).

Por otro lado, otros estudios muestran que es fundamental la presencia de un adulto durante su uso, y que esto podría moderar su impacto negativo (Krcmar, 2014; Roseberry, Hirsh-Pasek, & Golinkoff, 2014). En este sentido, es necesario destacar la importancia del lenguaje dirigido al infante (*child direct speech*) durante estas actividades, siendo que demuestra contribuciones positivas al desarrollo lingüístico (Kostyrka-Allchorne *et al.*, 2017; Rosemberg *et al.*, 2020). En algunas investigaciones, en cambio, se subraya la importancia de evaluar el tipo de contenido al que el infante está expuesto a través de los medios electrónicos, en tanto el contenido de tipo educativo suele presentar resultados favorables para el desarrollo cognitivo (Kostyrka-Allchorne *et al.*, 2017; Krcmar, 2014; Madigan *et al.*, 2020).

Es importante resaltar que algunas investigaciones muestran resultados inconsistentes en cuanto a las asociaciones entre variables cognitivas y medios electrónicos durante los primeros años de vida, que la promoción de la comunicación temprana es fundamental para predecir habilidades y rendimiento posterior, que el uso de las nuevas tecnologías se ha incrementado sustancialmente en los últimos años, que no se encuentran investigaciones que analicen específicamente infantes de 0 a 3 años (discutiendo sus hallazgos desde este rango etario), tomando variables comunicacionales preverbales y verbales propias de la infancia temprana (la mayoría de las revisiones las excluye tomando variables solo verbales, e.g., Duch *et al.*, 2013; Madigan *et al.*, 2020) y con variable independiente extendida a todos los tipos de dispositivos electrónicos (en general, las revisiones realizadas analizan solo un tipo de dispositivo, e.g., Kostyrka-Allchorne *et al.*, 2017 y Paudel *et al.*, 2016). Por estos motivos, es que se vuelve relevante realizar una revisión integrativa con el fin de: a) describir la cantidad de uso promedio que los infantes utilizan distintos tipos de dispositivos electrónicos, reportada en la bibliografía de los últimos 10 años, b) evaluar las asociaciones encontradas en la bibliografía entre el uso de dispositivos electrónicos y el desarrollo comunicativo en los tres primeros años de vida.

Se espera encontrar que los infantes utilizan los dispositivos electrónicos desde los primeros tres años de vida, y que este uso se asocie de forma negativa con el desarrollo de la comunicación (i.e., uso de vocabulario, comunicación expresiva y receptiva, lenguaje verbal y no verbal). Los hallazgos de la presente investigación podrán delimitar y brindar información sobre los aportes actuales a esta temática, y proponer futuros estudios que permitan llenar los vacíos de investigación.

## **Método**

### *Criterios de elegibilidad*

Esta revisión se basó en las guías propuestas por la metodología PRISMA para la presentación de informes de revisiones integrativas (Celestino & Bucher-Maluschke, 2018; Goris, 2015; Rezende & Sursis, 2018). Implica anticipar los criterios de selección de los trabajos a incluir. Se revisaron los artículos de investigación realizados en la última década (2010-2020), en los idiomas inglés, portugués y español, con estatus de publicación “publicado”.

Las características que debían cumplir los artículos fueron: a) infantes con desarrollo típico, b) edades comprendidas entre 0 a 3 años, b) investigaciones con alcance asociativo o explicativo (no descriptivo o exploratorio), c) con variable externa de exposición a medios electrónicos. Se excluyeron aquellos artículos que trabajaron con los efectos del uso de dispositivos electrónicos durante el período prenatal. No hubo criterios de exclusión en cuanto a los adultos participantes y los instrumentos para evaluar la comunicación no verbal y verbal (psicométrico o análisis conductual).

#### *Fuentes de información*

Se utilizaron las bases de datos de Psycinfo, Scopus, y EBSCO, utilizando la combinación de las siguientes palabras clave en inglés y español (palabra de texto y/o término incluido en el tesaurus): *media exposure, electronic media, cell phone, TV, tablet, home environment, joint attention, nonverbal communication, verbal communication, receptive and expressive communication, infants, toddlers* y *early childhood*. Para asegurar la saturación de la literatura, se aplicaron estrategias de búsqueda hacia adelante (buscar artículos que citan el estudio incluido) y hacia atrás (revisar las listas de referencia de los estudios incluidos). Se revisaron además las listas de referencias de las revisiones sistemáticas y metanálisis sobre el tema.

Se implementaron los siguientes términos de texto libre y Tesaurus para las variables independientes: *media exposure, electronic media, cell phone, TV, tablet, home environment*, Para las variables dependientes se empleó: *Joint Attention, Nonverbal Communication, Verbal Communication, Receptive and Expressive Communication*. Por último, para asegurar el rango etario de la muestra, los términos fueron: *Infants, Toddlers, Early Childhood*.

#### *Estrategias de análisis de datos*

Se llevó a cabo, en primer lugar, la lectura del título, resumen y palabras clave de los artículos. Se codificaron las palabras en estas secciones de los artículos. En el caso de que los criterios de inclusión no fueran cumplidos, o que la mera lectura del título, resumen y palabras clave no fuesen suficientes, se accedía a leer la introducción y método del artículo, analizando finalmente si cumplía con los requisitos de la revisión integrativa. Se desarrollaron formularios de extracción que incluían los autores, la nacionalidad, el año, aspectos metodológicos y resultados de cada manuscrito. Para esto, dos investigadores evaluaron de forma

independiente estos apartados, identificando las impresiones de búsqueda para la elegibilidad, antes de la puesta en común de los resultados. En el caso en que hubiera inconsistencias en la búsqueda o análisis de algún artículo particular, se procedía al análisis en conjunto de este. En los casos en que no se pudiera acceder a los artículos directamente, se contactaría a los autores a través de las redes sociales especializadas (ResearchGate, Academia.edu, entre otros) o por correo electrónico para solicitar el manuscrito.

## Resultados y conclusiones

Se encontró que la mayoría (88.8%) de los estudios reportó un uso promedio de más de una hora por día de los dispositivos electrónicos, y que el uso de estos últimos se asoció de forma negativa con el desarrollo de la comunicación durante los primeros tres años de vida. Sin embargo, es necesario tener en cuenta una serie de especificaciones.

Para comenzar, y teniendo en cuenta las recomendaciones de las asociaciones internacionales con respecto al uso nulo que los infantes tendrían que tener en cuanto al uso de dispositivos electrónicos (Academia Americana de Pediatría, 2020; Lau & Lee, 2020; Sociedad Argentina de Pediatría, 2020), los resultados estarían describiendo que ya desde los primeros meses hay una utilización que puede ser hasta más de 3 horas diarias (Kühhirt & Klein, 2019). Se deberían realizar más investigaciones de tipo experimental y con muestreos representativos y que presenten poder estadístico, modelos de ecuaciones estructurales que permitan analizar varias asociaciones simultáneamente, y con medidas comportamentales directas, de modo de poder replicar estos resultados y darles más robustez. En el caso de que así fuera, para en un segundo momento, trabajar desde las asociaciones de psicología y pediatría para intentar psicoeducar en cuanto a los efectos de estos dispositivos en el desarrollo temprano.

Por otro lado, la mayoría de las investigaciones trabajaron específicamente con TV como variable independiente, siendo que dejaban de lado otros dispositivos tecnológicos. Esto podría deberse a que, si bien las investigaciones recabadas son de los últimos 10 años, muchas de ellas utilizaban muestras que fueron evaluadas durante los años 2000 (e.g., Kühhirt & Klein, 2019; Shlesinger *et al.*, 2019), en donde aún no estaban en vigencia los *smartphones* y tabletas en el mercado

mundial. A su vez, también porque la TV suele ser el dispositivo electrónico más utilizado en este rango de edad (Asociación Americana de Pediatría, 2011), debido a que no amerita ningún tipo de actividad por parte del infante.

Siguiendo el segundo objetivo, se encontró que, si bien las tecnologías se asociaron de forma negativa con las habilidades comunicativas, este era moderado por la compañía y el andamiaje de los adultos durante la actividad. Además, los tamaños del efecto fueron en su mayoría bajos y en algunos casos moderados. Esto coincide con otras investigaciones (Rosemberg *et al.*, 2020), que demuestran que el lenguaje dirigido al niño y el soporte por parte de los adultos a la actividad traen aparejadas asociaciones positivas en el desarrollo cognitivo infantil, independientemente del objeto mediador que están compartiendo (Duch *et al.*, 2013). También, esta interacción activa por parte del adulto podría conllevar a mayor número de interacciones en la díada, lo cual significaría que aumentaría la probabilidad de ejercitar la comunicación no verbal y, por ende, aprender palabras novedosas (Durand *et al.*, 2020; Elgier *et al.*, 2017). Sin embargo, los tamaños del efecto podrían ser bajos debido a la multifactorialidad del desarrollo en los primeros años de vida, siendo que la exposición a pantallas es uno de los tantos factores que pueden contribuir al desarrollo cognitivo infantil (Kostyrka-Allchorne *et al.*, 2021; Madigan *et al.*, 2020).

Por otro lado, es necesario resaltar que el tipo de contenido al que se está expuesto un aspecto a tener en cuenta en los primeros años, ya que, si este posee fines educativos, puede que las asociaciones con el uso de pantallas sean positivas para las habilidades comunicativas de los primeros años de vida (Kostyrka-Allchorne *et al.*, 2017; Krmar, 2014; Madigan *et al.*, 2020). Por último, cabe también resaltar que se encontró que el nivel educativo de los padres y las características del hogar y la interacción (e.g., entorno más estructurado, compañía durante el consumo de pantallas) podría mediar esta asociación, siendo que se vuelve necesario el estudio también de las variables sociodemográficas teniendo en cuenta la diversidad de contextos (Kühhirt & Klein, 2019).

En cuanto a la metodología de las investigaciones, se deberían realizar más cantidad de estudios controlados en ámbito de laboratorio para realizar medidas directas de la contribución de los medios electrónicos en el vocabulario temprano, ya que la vasta mayoría utiliza reportes parentales, y por ende medidas indirectas de las habilidades cognitivas. Esto permitiría aumentar el poder estadístico y asegurar que la variabilidad en las habilidades comunicativas es causada por el

uso de los diferentes tipos de pantallas. A su vez, es necesario que se produzca conocimiento en Latinoamérica sobre esta temática, ya que casi todos los estudios son primeramente de Norteamérica y luego de Europa. Si bien se encontró en la mayoría de las investigaciones un control de tipo estadístico en modelos de regresión lineal múltiple, sería necesario analizar también las relaciones causales entre variables mediante diseños metodológicos de laboratorio. Por último, realizar investigaciones tomando en cuenta la diversidad de dispositivos tecnológicos a las que está expuesto el infante, de modo de evaluar también cuál de ellos es el que más utilizan diariamente y las repercusiones que tiene cada uno por separado.

Esta investigación cuenta con una serie de limitaciones. Estas fueron que solo se trabajaron artículos de investigación, dejando de lado investigaciones publicadas en otros tipos de formato (libros, capítulos de libro, congresos, etc.). Además, solo se revisaron artículos publicados en español, inglés y portugués, lo cual introduce el sesgo del idioma en la revisión. A su vez, muchas de ellas utilizaban muestras que fueron evaluadas durante los años 2000, por lo tanto, podría haber un sesgo temporal en los resultados. También hay que subrayar que solo uno de los estudios revisados tenía un muestreo de tipo probabilístico y reportó (de forma cualitativa) el poder estadístico, por ende, las muestras con las que trabajan no son representativas, son en general pequeñas, pueden tener sesgos para detectar resultados, y son pertenecientes en su mayoría a Estados Unidos. Por último, los tipos de estudio son en general transversales y las muestras de adultos son mayoritariamente madres.

Para futuras investigaciones en esta área sería necesario aumentar los tamaños muestrales, trabajar con muestras representativas, generar investigaciones de diseño longitudinal y experimentales, actualizar las investigaciones a los contextos actuales y ampliar los estudios a otros países para analizar qué tan robusto es el efecto. Una forma de lograr esto sería a través de la inscripción de los equipos de trabajo internacionales, en donde se realizan investigaciones de diferentes laboratorios del mundo, lo cual permitiría generar resultados transculturales, con muestras representativas, además de generar resultados locales. Esto permitiría analizar el impacto de la exposición de los infantes a los dispositivos electrónicos según la idiosincrasia cultural de cada país, lo cual habilitaría a generar políticas públicas específicas para responsabilizar a las familias en torno a su uso, de tal modo que se promueva la comunicación verbal y no verbal desde los primeros años de vida, habilidad fundamental para el desarrollo posterior de los infantes.

## Referencias

- Academia Americana de Pediatría (2020). Council on Communications and Media. Media and young minds. *Pediatrics*, 138(5), e20162591. <https://doi.org/10.1542/peds.2016-2591>
- Alloway, T. P., Williams, S., Jones, B., & Cochrane, F. (2014). Exploring the impact of television watching on vocabulary skills in toddlers. *Early Childhood Education Journal*, 42(5), 343-349. <https://doi.org/10.1007/s10643-013-0618-1>
- Archivos de Sociedad Argentina de Pediatría, S. A., y Subcomisiones, C. (2020). Uso de pantallas en tiempos del coronavirus. *Archivos de Pediatría, Suplemento COVID:c142-c144*. <https://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/archivosarg/2020/SuplCOVIDa28.pdf>
- Barr, R., & Linebarger, D. N. (2016). *Media exposure during infancy and early childhood*. New York: Springer.
- Baumeister, H., Kraft, R., Baumel, A., Pryss, R., & Messner, E. M. (2019). Persuasive e-health design for behavior change. In Baumeister H. & Montag C. *Digital Phenotyping and Mobile Sensing* (pp. 261-276). Springer, Cham. [https://doi.org/10.1007/978-3-030-31620-4\\_17](https://doi.org/10.1007/978-3-030-31620-4_17)
- Bleses, D., Makransky, G., Dale, P. S., Højen, A., & Ari, B. A. (2016). Early productive vocabulary predicts academic achievement 10 years later. *Applied Psycholinguistics*, 37(6), 1461-1476. <https://doi.org/10.1017/S0142716416000060>
- Bruner, J. (1995). From joint attention to meeting of minds: An introduction. In C. Moore & P. Dunham (Eds.). *Joint attention: Its origins and role in development* (pp. 1-14). Lawrence Erlbaum Associates.
- Byeon, H., & Hong, S. (2015). Relationship between television viewing and language delay in toddlers: evidence from a Korea national cross-sectional survey. *PLoS one*, 10(3), e0120663. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0120663>
- Capobianco, M., Pizzuto, E. A., & Devescovi, A. (2017). Gesture–speech combinations and early verbal abilities: New longitudinal data during the second year of age. *Interaction Studies*, 18(1), 55-76. <https://doi.org/10.1075/is.18.1.03cap>



- Chassiakos, Y. L. R., Radesky, J., Christakis, D., Moreno, M. A., & Cross, C. (2016). Children and adolescents and digital media. *Pediatrics*, 138(5), e20162593. <https://doi.org/10.1542/peds.2016-2593>
- Cohen, L., & Billard, A. (2018). Social babbling: The emergence of symbolic gestures and words. *Neural Networks*, 106, 194-204. <https://doi.org/10.1016/j.neunet.2018.06.016>
- Duch, H., Fisher, E. M., Ensari, I., Font, M., Harrington, A., Taromino, C., ... & Rodriguez, C. (2013). Association of screen time use and language development in Hispanic toddlers: a cross-sectional and longitudinal study. *Clinical pediatrics*, 52(9), 857-865. <https://doi.org/10.1177/0009922813492881>
- Durand, M. F., Martínez, M. S., Galvagno, L. G. G., y Elgier, A. (2020). El desarrollo de la comunicación preverbal y verbal temprana. La importancia del juego. *Revista Iberoamericana de Psicología*, 13(1), 23-32. <https://doi.org/10.33881/2027-1786.rip.13103>
- Gago Galvagno, L. G., De Grandis, M. C., Jaume, L. C., & Elgier, A. M. (2020). Home environment and its contribution to early childhood regulatory capabilities. *Early Child Development and Care*, 1-14. <https://doi.org/10.1080/03004430.2020.1796655>
- Gago Galvagno, L. G., Miller, S. E., De Grandis, C., & Elgier, A. M. (2021). Emerging coherence and relations to communication among executive function tasks in toddlers: Evidence from a Latin American sample. *Infancy*, 26(6), 962-979. <https://doi.org/10.1111/inf.12421>
- Goris, S. J. A. G. (2015). Utilidad y tipos de revisión bibliográfica. *Revista Ene de Enfermería*, 9(2), 1-14.
- Instituto Nacional de Censos – INDEC (2018). *Acceso y uso de tecnologías de la información y la comunicación. EPH Cuarto trimestre de 2017*. Buenos Aires: Argentina.
- Kostyrka-Allchorne, K., Cooper, N. R., & Simpson, A. (2017). The relationship between television exposure and children's cognition and behaviour: A systematic review. *Developmental Review*, 44, 19-58. <https://doi.org/10.1016/j.dr.2016.12.002>
- Krcmar, M. (2014). Can infants and toddlers learn words from repeat exposure to an infant directed DVD? *Journal of Broadcasting & Electronic Media*, 58(2), 196-214. <https://doi.org/10.1080/08838151.2014.906429>

- Kühhirt, M., & Klein, M. (2020). Parental education, television exposure, and children's early cognitive, language and behavioral development. *Social Science Research*, 86, 102391. <https://doi.org/10.1016/j.ssresearch.2019.102391>
- Lahrouchi, M., & Kern, S. (2018). From babbling to first words in Tashlhiyt language acquisition: longitudinal two-case studies. *Canadian Journal of Linguistics/Revue canadienne de linguistique*, 63(4), 493-526. <https://doi.org/10.1017/cnj.2018.6>
- Lau, E. Y. H., & Lee, K. (2020). Parents' views on young children's distance learning and screen time during COVID-19 class suspension in Hong Kong. *Early Education and Development*, 1-18. <https://doi.org/10.1080/10409289.2020.1843925>
- Mackinnon, K., & Shade, L. R. (2020). God Only Knows What It's Doing to Our Children's Brains: A Closer Look at Internet Addiction Discourse. *Jeunesse: Young People, Texts, Cultures*, 12(1), 16-38. <https://doi.org/10.1353/jeu.2020.0003>
- Madigan, S., McArthur, B. A., Anhorn, C., Eirich, R., & Christakis, D. A. (2020). Associations between screen use and child language skills: a systematic review and meta-analysis. *JAMA pediatrics*, 174(7), 665-675. <https://doi.org/10.1001/jamapediatrics.2020.0327>
- Masur, E. F., Flynn, V., & Olson, J. (2016). Infants' background television exposure during play: Negative relations to the quantity and quality of mothers' speech and infants' vocabulary acquisition. *First Language*, 36(2), 109-123. <https://doi.org/10.1177/0142723716639499>
- Matthews, J., Win, K. T., Oinas-Kukkonen, H., & Freeman, M. (2016). Persuasive technology in mobile applications promoting physical activity: a systematic review. *Journal of medical systems*, 40(3), 72. <https://doi.org/10.1007/s10916-015-0425-x>
- Meir, N., & Armon-Lotem, S. (2017). Independent and combined effects of socioeconomic status (SES) and bilingualism on children's vocabulary and verbal short-term memory. *Frontiers in psychology*, 8, 1442. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2017.01442>
- Melamud, A., & Waisman, I. (2019). Pantallas: discordancias entre las recomendaciones y el uso real. *Archivos Argentinos de Pediatría*, 117(5), 349-351. <http://dx.doi.org/10.5546/aap.2019.349>

- Miller, S. E., & Marcovitch, S. (2015). Examining executive function in the second year of life: coherence, stability, and relations to joint attention and language. *Developmental Psychology*, 51(1), 101. <https://doi.org/10.1037/a0038359>
- Mundy, P. (2018). A review of joint attention and social cognitive brain systems in typical development and autism spectrum disorder. *European Journal of Neuroscience*, 47(6), 497-514. <https://doi.org/10.1111/ejn.13720>
- Paudel, S., Leavy, J., & Jancey, J. (2016). Correlates of mobile screen media use among children aged 0–8: protocol for a systematic review. *Systematic Reviews*, 5(1), 1-5. <http://dx.doi.org/10.1136/bmjopen-2016-014585>
- Picco, J., Dávila, E. G., Wolff, S., Gómez, V., y Wolff, D. (2020). Aspectos psicosociales de la pandemia COVID-19 en la población de Mendoza. *Revista Argentina de Cardiología*, 88(3), 207-210. <https://doi.org/10.7775/rac.es.v88.i3.17925>
- Radesky, J. S., & Christakis, D. A. (2016). Increased screen time: implications for early childhood development and behavior. *Pediatric Clinics*, 63(5), 827-839. <https://doi.org/10.1016/j.pcl.2016.06.006>
- Ramsook, K. A., Welsh, J. A., & Bierman, K. L. (2020). What you say, and how you say it: Preschoolers' growth in vocabulary and communication skills differentially predict kindergarten academic achievement and self regulation. *Social Development*, 29(3), 783-800. <https://doi.org/10.1111/sode.12425>
- Reed, J., Hirsh-Pasek, K., & Golinkoff, R. M. (2017). Learning on hold: Cell phones sidetrack parent-child interactions. *Developmental psychology*, 53(8), 1428. <https://doi.org/10.1037/dev0000292>
- Rezende, V. R. R., & Sursis, J. S. N. F. (2018). Research on systemic psychology in Latin America: An integrative review with methods and data triangulation. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, 34, 1-11. <http://dx.doi.org/10.1590/0102.3772e3443>.
- Roseberry, S., Hirsh-Pasek, K., & Golinkoff, R. M. (2014). Skype me! Socially contingent interactions help toddlers learn language. *Child development*, 85(3), 956-970. <https://doi.org/10.1111/cdev.12166>
- Sims, C., & Colunga, E. (2013). Parent-child screen media co-viewing: Influences on toddlers' word learning and retention. *Cognitive Science Society*, 35(3), 1-14.

- Sociedad Argentina de Pediatría (2020). Uso de pantallas en tiempos del coronavirus. *Archivos Argentinos de Pediatría, Suplemento COVID*, 142-144. <https://doi.org/10.5546/aap.2018.e186>
- Sullivan, L. S., & Reiner, P. (2019). Digital Wellness and Persuasive Technologies. *Philosophy & Technology*, 1-12.
- Supanitayanon, S., Trairatvorakul, P., & Chonchaiya, W. (2020). Screen media exposure in the first 2 years of life and preschool cognitive development: a longitudinal study. *Pediatric Research*, 1-9. <https://doi.org/10.1038/s41390-020-0831-8>
- Tomopoulos, S., Dreyer, B. P., Berkule, S., Fierman, A. H., Brockmeyer, C., & Mendelsohn, A. L. (2010). Infant media exposure and toddler development. *Archives of Pediatrics & Adolescent Medicine*, 164(12), 1105-1111. <https://doi.org/10.1001/archpediatrics.2010.235>
- Waisman, I., Hidalgo, E., & Rossi, M. L. (2018). Uso de pantallas en niños pequeños en una ciudad de Argentina. *Archivos argentinos de pediatría*, 116(2), e186-e195. <https://doi.org/10.5546/aap.2018.e186>

# La protección de la niñez en la propaganda política y electoral en México por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

*Héctor Daniel García Figueroa<sup>1</sup>*

## **Presentación**

La intervención de los tribunales para proteger a los menores de edad ha estado presente desde hace poco más de doscientos años. En 1815 en los Estados Unidos de Norteamérica, la Corte Suprema de Pensilvania dictó la sentencia identificada como *Commonwealth c. Asdics*, en la cual se determinó que dos niños quedaran bajo el cuidado de su madre porque con ella podían desarrollarse de mejor manera; es decir, se consideró su interés por sobre el del padre, interés de este último que en general era protegido por las autoridades (SIMON CAMPAÑA, 2013, 4).

Esa tutela a favor del menor evolucionó lentamente, cuyo andamiaje empezó a emerger en el decimonónico francés posrevolucionario, en el que se legisló que los infantes necesitaban la protección estatal, de ahí que el Código Penal Napoleónico de 1810 penalizó la corrupción de menores, posteriormente crearon leyes de protección a los niños trabajadores (1841) y después se garantizó el derecho a la educación (1881).

---

<sup>1</sup> Ha sido profesor de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y, del Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. garfigueroa@yahoo.com.mx; garfigueroa@gmail.com; y hector.garciaf@te.gob.mx

Tal reconocimiento protector se trasladó al ámbito internacional, de modo que los esfuerzos para proteger a la infancia iniciaron con la Liga de las Naciones al haber pronunciado la Convención de Ginebra en 1924, constituyéndose como la primera declaración de los derechos de los niños, y para 1959 la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, antecedentes de la vigente Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

La arquitectura jurídica permitió que la protección del menor en principio se visibilizara en el Derecho Civil, luego se trasladara –al desprendérsele– al Derecho de Familia, para después irradiar a otros ámbitos, por ejemplo, el de la educación (España, Tribunal Constitucional: sentencia STC 36/1991); extranjería (Unión Europea, Directiva 2001/55/CE del Consejo de Europa); deportes (España: Tribunal Supremo: 26/2013); y al ámbito internacional: derecho a la vida privada y familiar (Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012) y libertad de creencias (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Vojnity contra Hungría*, 2013), por mencionar algunos espacios de protección del menor en el ámbito jurídico.

En México –derivado de un sistema electoral en cuya cúspide jurisdiccional se enarbola por el TEPJF– desde el 2015, el interés superior del menor adquirió relevancia en materia política, concretamente para proteger a los infantes cuando su imagen aparecía en *spots* televisivos como parte de la propaganda política o electoral de los partidos políticos.

Desde entonces, la citada instancia jurisdiccional ha creado las jurisprudencias y criterios que enmarcan la protección del interés superior de los menores derivados de las interpretaciones insertas en las sentencias que emite en materia política electoral.

## **La visibilidad del menor: la literatura como primer ámbito de expresión de la visibilidad de la niñez**

La mirada a la protección infantil es reciente, su visibilidad jurídica data apenas de algunas décadas, muy distinto del camino y protagonismo iniciado por la literatura desde siglos antes, ya que en los libros encontramos un enfoque dirigido a la niñez que evolucionó de obras dirigidas a menores de edad a considerarlos como los verdaderos protagonistas de las historias y relatos de la literatura.

La primera obra impresa para niños fue “el *Orbis sensualim pictus* –*El mundo en imágenes*– (1658), es un libro didáctico, muy innovador en su planteamiento” (Garralón Ana, 2017: 18). Escrito por Joan Amos Cornelius (1592-1670), “editado en latín y alemán, con el que ambicionó mostrar el mundo nombrando sus objetos y acompañándolos de pequeños grabados en madera que él mismo preparó” (Garralón Ana, 2017: 18).

En Inglaterra, William Blake (1757-1827) publicó *Cantos de Inocencia* (1789), donde se “reflejan la necesidad de una infancia inocente que puede reír, alejada de la dura realidad de los adultos. Por primera vez, el niño fue considerado como un «estado» del alma [...] anticip[adamente] a un movimiento desarrollado con posterioridad: el de la idealización de la infancia” (Garralón Ana, 2017: 47)<sup>2</sup>.

Con Charles Dickens (1812-1870), se inicia una etapa diferente de la infancia: la denuncia social, ya que con su clásico *Oliver Twist* (1837) atacó “la nueva Ley de Pobres [...] escribi[endo] sobre los problemas que afectan a la sociedad y quiso denunciar a las instituciones públicas, entre ellas la escuela, sin escatimar las sensaciones fuertes” (Garralón Ana, 2017: 47 y 48).

Tendría que pasar un tiempo para que por vez primera se visibilizara su protección. Fue Rousseau (1712-1778) quien propuso un concepto revolucionario en la instrucción, al “recomendar dar más libertad a los niños para jugar, saltar y moverse y predic[ar] la protección por encima de la formación”, ello en el clásico *Emilio* (1762), empezando así “a tomar conciencia [...] de la necesidad de protección de los menores” (Maldonado Araque, María, 2021: 19), lo cual se fue trasladando poco a poco al ámbito legislativo y jurisdiccional como enseña referiré.

## El inicio de la regulación en la protección del menor

Los esfuerzos internacionales para proteger a los infantes, a diferencia de la literatura, iniciaron con la Liga de las Naciones, cuando en 1924 se emitió la Convención de Ginebra<sup>3</sup>, primera declaración internacional en favor de los menores; en 1948

---

<sup>2</sup> Debe recordarse que antes de esos textos, se publicaron las *Fábulas* (1668) de Jean de la Fontaine; *Robinson Crusoe* (1719) de Daniel Defoe, y *Los viajes de Gulliver* (1726) de Jonathan Swift, con temáticas de aventuras imaginarias dirigidas a la niñez.

<sup>3</sup> Primer instrumento internacional reconocido como base de los derechos de los menores, al

la Declaración Universal de los Derechos Humanos garantizó los derechos de los menores en tanto personas, al estimar que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especial, así como los derechos al nombre y a la nacionalidad<sup>4</sup>, y en 1959 cuando se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño<sup>5</sup> por la Organización de las Naciones Unidas.

Derivado de que la referida Declaración no tenía carácter obligatorio, en 1978 el Gobierno de Polonia presentó a las Naciones Unidas la versión provisional de una Convención sobre los Derechos del Niño, que tras una década de análisis y discusión generó la aprobación en 1989 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Después de ser firmada y aceptada por 20 países, cobró vigencia a partir del 2 de septiembre de 1990, y cuya observancia fue vinculante para los países que la ratificaron<sup>6</sup>. El documento se integró por 54 artículos que constituyen el marco jurídico de protección integral a favor de las personas menores de 18 años, y a partir del cual se generalizó el término “*interés superior del niño*”.

## El interés superior del menor

En 1959 se estableció la acepción del interés superior del menor en el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, al establecerse que cuando se promulgaran

---

proteger un desarrollo óptimo sin discriminación.

<sup>4</sup> En 1947 se creó el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) concediéndole hasta 1953 el estatus de organización internacional permanente, dirigida inicialmente a ayudar a las víctimas de la Segunda Guerra Mundial (niños europeos), pero creció a nivel mundial para asistir a niños de otros lares.

<sup>5</sup> Reconoció 10 principios: igualdad; tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social; un nombre y una nacionalidad; alimentación, vivienda y atención médica; educación y a los que sufren alguna discapacidad mental o física un tratamiento especial; a la comprensión y al amor de los padres; a actividades recreativas y a una educación gratuita; a ser de los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia; a protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación; y a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia y amistad.

<sup>6</sup> La Convención es el tratado internacional en materia de derechos humanos que cuenta con el mayor número de ratificaciones a nivel mundial y cuyo texto desde su vigencia es vinculante para los países que la han suscrito y ratificado.



leyes para el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, debía atenderse tal consideración fundamental, en tanto que se consideró principio rector del derecho a la educación en el tercer párrafo del principio 7.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, lo reconoció como principio al preverlo en todos los casos que se atendieran los intereses de los hijos (artículo 16, arábigo 1, inciso d).

En 1986, la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños (resolución 41/85), lo previó en su artículo 5, al considerarlo para todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres (Simon Campaña, Farith, 2013: 5 a 8).

Así, poco a poco tal término fue adquiriendo notoriedad, hasta que, en 1989, la Convención sobre los Derechos del Niño, concretamente en su artículo 3, arábigo 1, literalmente señaló:

“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”.

Con la entrada en vigor al año siguiente de la Convención, tal connotación se acuñó como un concepto vinculatorio y protector de la infancia en el ámbito internacional, de modo “que la aparición de la categoría interés del menor o mejores intereses del niño es el resultado de un cambio de percepción y el apareamiento de una visión romántica de la infancia, que reemplazó a la idea predominante antes del siglo XVII, de que los hijos son propiedad de los progenitores, en particular del padre que tenía un rol dominante en la familia, en el que obviamente los deseos e intereses de los niños no contaban (Simon Campaña, Farith, 2013: 4).

Desde hace casi dos décadas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>7</sup> al emitir la *Opinión Consultiva OC-17/2002*, estimó que la Convención sobre Derechos del Niño alude a su interés superior (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como “punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los

---

<sup>7</sup> México aceptó la competencia contenciosa de la Corte desde el 24 de febrero de 1999.

derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades” (párrafo 59), por lo que constituye un elemento al que “han de ceñirse 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” (párrafo 59).

En 2013, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 14<sup>8</sup> sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos de los Niños), consideró que el interés superior del niño es un concepto triple conforme a lo siguiente:

- 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.
- 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.
- 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.

## **El interés superior del menor por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)**

En México, en 2010, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 1187/2010, expuso el alcance de la

---

<sup>8</sup> Consultable en CRC/C/GC/14 - OHCHR.

protección de los infantes, al estimar que el “interés superior del niño es un principio de rango constitucional implícito en la regulación de los derechos de los menores previstos en el artículo 4”. Esto, aun cuando en esos momentos todavía no se había reconocido expresamente en algún ordenamiento doméstico, sino que derivaba del ámbito internacional que México había adoptado.

Ese reconocimiento implícito, pronto dejó de serlo porque con la reforma del 12 de octubre de 2011 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, se reformaron entre otros, los párrafos sexto y séptimo del artículo 4º., como enseguida se precisa:

#### Artículo 4º. ...

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del *interés superior de la niñez*, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios....

Una vez ya reconocido el principio del interés superior del menor en el ámbito constitucional mexicano, la Corte empezó a delinear en su jurisprudencia su particular percepción. Así, inició adoptando la apreciación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al estimar que “la expresión ‘interés superior del niño’... implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño” (1a./J. 25/2012 [9a.]).

Asimismo, determinó: “el interés superior del niño es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor” (1a./J. 18/2014 [10a.]); al respecto, estimó que “ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión,

tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de estos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez” (1a./J. 18/2014 [10a.]).

También determinó que “la configuración del interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, dificultaba notablemente su aplicación. Así, a juicio de la Primera Sala era necesario encontrar criterios para averiguar racionalmente en qué consiste el interés del menor y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes” (1a./J. 44/2014 [10a.]<sup>9</sup>).

Más adelante, el Pleno expuso que “[e]l interés superior de los niños, niñas y adolescentes implica que el desarrollo de estos y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a su vida” (P./J. 7/2016 [10a.]), de ahí que “todas las autoridades deben asegurar y garantizar que en todos los asuntos, decisiones y políticas públicas en las que se les involucre, todos los niños, niñas y adolescentes tengan el disfrute y goce de todos sus derechos humanos, especialmente de aquellos que permiten su óptimo desarrollo, ..., elementos – todos– esenciales para su desarrollo integral” (P./J. 7/2016 [10a.]).

Recientemente, la Segunda Sala de la Corte (2a./J. 113/2019 [10<sup>a</sup>]) adoptó en su jurisprudencia la percepción del Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 14, atinente a que el interés superior del menor es un concepto triple, al ser: (I) un derecho sustantivo; (II) un principio jurídico interpretativo fundamental; y (III) una norma de procedimiento.

---

<sup>9</sup> Consideró “como criterios relevantes los siguientes: a) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el *statu quo* material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro. Lo anterior, aunado que para valorar el interés del menor, se impone un estudio comparativo entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable favoreciendo al menor.

## La justicia electoral en México y los promocionales políticos en radio y televisión

La justicia electoral en México es reciente, data de 1996 cuando se creó el TEPJF. A partir de ese año la ciudadanía y los partidos políticos pueden impugnar en una instancia jurisdiccional, por un lado, el reclamo de derechos político-electorales, y por otro, que en la celebración de comicios se colmen las reglas y principios previstos constitucionalmente para ser democráticos y válidos.

En su inicio, al TEPJF lo conformaron seis Salas, una Superior y las restantes Regionales.

Las Salas Regionales fueron las de Guadalajara, Monterrey, Xalapa, Ciudad de México y Toluca, integrada con tres Magistraturas cada una de ellas; tenían competencia en su respectiva Circunscripción y para resolver controversias solo en elecciones federales de integrantes de ambas Cámaras: Senadores y Diputados, de ahí que no eran permanentes, sino que funcionaban para los respectivos procesos comiciales, esto es, cada tres años.

La Sala Superior, integrada por siete Magistraturas, funcionó desde entonces de manera permanente. Es la última instancia en materia electoral del país, con excepción de las acciones de inconstitucionalidad, las cuales son resueltas por disposición constitucional (fracción II, del artículo 105) por la SCJN.

Como máximo Tribunal electoral nacional, le correspondía resolver en revisión tanto las sentencias dictadas por las Salas Regionales, como las dictadas por los Tribunales estatales (conocían de elecciones de ayuntamientos, diputaciones y Gubernaturas).

En el 2007, la reforma constitucional dio permanencia a las Salas Regionales, cuya competencia se amplió a la revisión de elecciones estatales (ayuntamientos y diputaciones); del mismo modo, derivado del cerrado resultado del proceso electoral federal de la elección presidencial de 2006, se generó un nuevo modelo de comunicación política que prohibió la compra de promocionales en radio y televisión al erigir a la autoridad electoral nacional, esto es, al entonces Instituto Federal Electoral (IFE)<sup>10</sup> como autoridad única para distribuir los tiempos del Estado que correspondían a cada uno de los partidos políticos.

---

<sup>10</sup> La reforma Constitucional de 2014 lo transformó en Instituto Nacional Electoral (INE).

En el 2014, una nueva reforma amplió el número de Salas Regionales, a partir de entonces se previeron siete (hasta la fecha solo funcionan las cinco iniciales) y la creación de una Sala Regional Especializada (Artículo 165 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

A esta última Sala se le confirió competencia nacional para resolver los procedimientos especiales sancionadores de elecciones federales, conformando un sistema híbrido, en tanto que en las quejas de estos procedimientos, el inicio corresponde al INE al llevar a cabo los emplazamientos y la celebración de la audiencia respectiva, así como la investigación correspondiente, verificado ello, se remite el expediente a la Sala Regional Especializada para que emita la resolución correspondiente.

Derivado de tal reforma se previó que la impugnación de la resolución dictada por la referida Sala, fuese conocida por la Sala Superior mediante el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador (Artículo 109, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral).

## **El primer alegato de interés superior del menor en materia electoral**

El veintisiete de abril de 2015, un partido político presentó queja en contra de otro, al estimar que había inobservado la normativa electoral al usar indebidamente la pauta federal al difundir en su tiempo asignado, diversos promocionales televisivos relativos a los procesos locales de diversas entidades federativas –no materia de la ponencia–, en el caso, el que interesa es el promocional denominado *Quién pompo 2 (Nuevo León)*, al aducir que era contraventor del orden jurídico por presunta vulneración a los derechos de los niños.

El partido denunciante alegó la presunta vulneración a los derechos de los menores que aparecían en el promocional, en torno a la utilización de su imagen y la protección de sus datos personales, e invocaba y transcribía el contenido del artículo 4, párrafo noveno, de la Constitución General, que prescribe la obligación del Estado mexicano de velar por el interés superior de la niñez y garantizar de manera plena los derechos de los menores.

Las imágenes del promocional<sup>11</sup> revelaban a un grupo de niños jugando y bailando, y como contenido diversas leyendas alternadas al pie de pantalla durante la transmisión. Finalizan dos pantallas con otras frases, y en la parte inferior el logotipo del partido, los símbolos relativos a las redes sociales y página web, respectivamente (SRE-PSC-121/2015: 8).

## La Sala Regional Especializada del TEPJF y el interés superior del menor en materia electoral

El veintinueve de mayo de 2015 –a partir de la queja referida en los párrafos anteriores–, la Sala Regional Especializada resolvió el procedimiento especial sancionador SRE-PSC-121/2015 por la presunta inobservancia a la prohibición de usar indebidamente la pauta federal.

La Sala determinó su competencia, y al analizar la queja advirtió que por primera vez se alegaba el uso indebido del tiempo pautado en televisión por la difusión de propaganda electoral que afectaba el interés superior del menor, pronunciándose al respecto.

Argumentó que el partido denunciante estaba en aptitud legal de combatir la presunta vulneración al interés superior del niño, determinación que conforme al concepto de derecho sustantivo de la Observación General No. 14, del Comité de los Derechos del Niño, válidamente podía invocarse ante los tribunales, como en el caso sucedió, por lo que la Sala determinó:

“... no e[ra] necesario que participen como promoventes los menores cuyos derechos se estiman afectados ni los padres o tutores de estos, toda vez que se trata de un aspecto de orden público cuya protección por

---

<sup>11</sup> La clave con la que la autoridad lo identificó, fue (RV00738-15) [televisión]; ámbito: local; periodo: 19 al 30 de abril de 2015; entidad; Nuevo León. El promocional contenía una voz *en off*, con las siguientes expresiones: “*Quien pompo, quien pompo, quien pompo uniformes quien pompo. Quien pompo, quien pompo, quien pompo uniformes quien pompo. Quien pompo, quien pompo, quien pompo, quien pompo, quien pompo, quien pompo, quien pompo, quien pompo, quien pompo, quien pompo, quien pompo, quien pompo, quien pompo, quien pompo. Quien pompo uniformes quien pompo, quien pompo, quien pompo*”.

parte del Estado mexicano debe privilegiarse por encima de cualquier formalismo legal, además de que el referido partido, por su calidad de entidad de interés público, cuenta con la posibilidad jurídica de actuar en defensa del interés público, difuso o colectivo, por infracción a las disposiciones previstas en la propia Constitución o en la ley electoral, con independencia de la defensa de sus intereses particulares, en tanto que al hacerlo, no defienden un interés propio, sino que busca la prevalencia del interés público” (SRE-PSC-121/2015: 6).

Acreditada la existencia, difusión y contenido del promocional<sup>1</sup>, la Sala consideró la “obligación de abstenerse en incurrir en tales conductas a efecto de salvaguardar los bienes jurídicos ahí protegidos, como lo es, el pleno respeto a los derechos de terceros, incluyendo, por supuesto los derechos de los menores, cuya protección se encuentra expresamente ordenada en el artículo 4º de [l]a Constitución” (SRE-PSC-121/2015: 16), por lo que señaló que el tipo administrativo electoral se actualizaba cuando en el uso de las pautas asignadas por el INE se difundieran mensajes que pudiesen afectar derechos de terceros, como en el caso ocurría con menores de edad, a quienes se les debía garantizar sus derechos en el marco de su interés superior.

Así, determinó que, en la propaganda política o electoral en la que aparecieran menores de edad, los partidos políticos debían contar con:

- El consentimiento parental o de los tutores, en torno a su participación en la propaganda electoral (Artículos 424 y 425 del Código Civil Federal y los correlativos de los códigos civiles de los Estados).
- La manifestación del menor por cuanto hace a su opinión libre y expresa respecto de su participación en el promocional electoral en cuestión (Artículo 71 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes).
- Ambas expresiones debían ser ratificadas ante la Oficialía Electoral del INE o fedatario público (SRE-PSC-121/2015: 20 y 21).

---

<sup>1</sup> Derivado de la información rendida por la autoridad nacional y del acta circunstanciada levantada por la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral del INE el veintiocho de abril de ese año, -al tratarse de probanzas expedidas por autoridades electorales competentes- en relación al tipo de pauta y las fechas de su transmisión.



Por tanto, consideró que en el caso se incumplía con tales requisitos, porque de la revisión del promocional se advertía que aparecían veintiún menores y, solo se allegó documentación respecto a nueve (SRE-PSC-121/2015: 22), lo cual revelaba la vulneración del derecho a la propia imagen<sup>2</sup> de los demás menores al no contar con la autorización para aparecer en él, por tanto, estimó actualizada la infracción denunciada al vulnerarse el interés superior del menor y, por ende, le impuso como sanción una amonestación pública (SRE-PSC-121/2015: 30).

El fallo no fue recurrido ante la Sala Superior del TEPJF, por lo que tales requisitos para la aparición de menores en los promocionales imperaron cerca de un año.

## La Sala Superior del TEPJF y el interés superior del menor

El veinticinco de mayo de 2016, la Sala Superior del TEPJF resolvió el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador SUP-REP-60/2016 y de apelación SUP-RAP-221/2016 y SUP-RAP-222/2016 acumulados<sup>3</sup>, primer caso relacionados con el interés superior del menor al combatirse tanto la sentencia del procedimiento especial sancionador SRE-PSC-32/2016 de la Sala Regional Especializada del propio Tribunal, como el acuerdo del Comité de Radio y Televisión del INE<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Preciso que el derecho a la propia imagen de los menores gozaba de una protección especial, de ahí que para el otorgamiento de la salvaguarda judicial era suficiente ubicar a los menores en una situación de riesgo potencial, ya que en la propaganda existe un elemento ideológico que identifica a la opción política que la presenta, porque la utilización de menores implicaba tal riesgo de asociarlos con una determinada preferencia política e ideológica, lo cual podía devenir en un riesgo potencial en relación con su imagen, honra o reputación en su ambiente escolar o social y, por supuesto, en su futuro, ya que al llegar a la vida adulta podía no aprobar la ideología política con la cual fue identificado en la infancia.

<sup>3</sup> En los antecedentes narrados en la sentencia -aun y cuando no era el fallo impugnado- se aludió a la sentencia del procedimiento especial sancionador SRE-PSC-121/2015 -cuyos efectos se precisaron con antelación-, al relacionarse con la finalidad de evitar que se generase alguna situación que pudiese poner en riesgo a los menores que ahí aparecían.

<sup>4</sup> INE/ACRT/18/2016, dictado por el Comité de Radio y Televisión del INE denominado *Acuerdo por el que se modifica el acuerdo identificado como INE/ACRT/13/2016, con motivo de las sentencias de la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial*

En los actos impugnados (SUP-REP-60/2016: 1 y 2) se había determinado:

- Sentencia combatida: inexistente la infracción denunciada<sup>5</sup> y, aun cuando no formaba parte de la queja, en forma oficiosa la Sala Regional observó que en los promocionales de televisión (RVO0436-16 y RVO0385-16) denunciados aparecían imágenes de “*probables menores de edad (sin que de esta circunstancia se tenga absoluta seguridad, atento a su fisonomía)*” entre otros tópicos, por lo que determinó que en ellos se apreciaba la inclusión de rostros de personas que podían ser menores de edad, por lo que se activaba su obligación de velar por el debido respeto y vigilancia de sus derechos humanos, conforme a los requisitos precisados desde la sentencia SRE-PSC-121/2015, para considerarse válidos.
- Acuerdo recurrido: en lo que interesa, aprobó las especificaciones técnicas de los materiales de partidos políticos, candidaturas independientes, coaliciones y autoridades electorales, de modo que respecto a los de televisión en alta definición (HD), se requirieron ciertas especificaciones generales de los materiales de video, y en caso de la participación de menores de edad, se debía acompañar el material con lo ordenado por la citada Sala Regional, descrito anteriormente.

Previo a resolver, la Sala Superior realizó algunas precisiones normativas tanto del ámbito doméstico como internacional<sup>6</sup> en torno a los derechos de las

---

*de la Federación identificadas como SRE-PSC-27/2016, SRE-PSC-28/2016, SRE-PSC-29/2016 y SRE-PSC-32/2016”, el cual fue aprobado en la Cuarta Sesión Ordinaria del Comité de Radio y Televisión del INE celebrada el veinticinco de abril de 2016.*

<sup>5</sup> La queja fue presentada por un partido político en contra de otros dos integrantes de una coalición, por la difusión de dos promocionales que, en su concepto carecían de la identificación de la coalición electoral, ya que omitían incluir su denominación, así como la referencia de los partidos políticos que la conformaban. Se determinó su inexistencia de la infracción denunciada al no estar prevista la obligación legal de mencionar o incluir el nombre de la coalición o de los partidos integrantes en la propaganda política electoral.

<sup>6</sup> Artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como a los distintos ordenamientos internacionales que prevén derechos de las niñas y niños: Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y la Convención sobre los Derechos del Niños. Como normas mexicanas: la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

niñas y niños, y especialmente respecto al interés superior del menor; así, expuso que este es “reconocido expresamente en el artículo 4º, párrafo octavo del Pacto Federal, [que] exige la «garantía plena» de los derechos de niñas y niños” (SUP-REP-60/2016: 40 y 41).

Así, consideró que “[d]e acuerdo con el Comité de Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del niño o niña, esto es, la edad, sexo, grado de madurez, experiencia, pertenencia a un grupo minoritario, entre otras” (SUP-REP-60/2016: 44).

Refirió que el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niños y los artículos 76, 77 y 78 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, establecen que los menores *no deben ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales, entre otros, en su vida privada, [...] y que atenten contra su honra, imagen o reputación y consideran una vulneración a la intimidad de estos, cualquier manejo directo de su imagen, nombre, datos personales o referencias que permitan su identificación en los medios de comunicación* (SUP-REP-60/2016: 39).

Se precisó que “el Comité también señala que al determinar y evaluar el interés superior del niño deben tenerse en cuenta, entre otros elementos, el derecho del niño o la niña a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan (SUP-REP-60/2016: 44)”, motivo por el cual, “los Estados Partes deben considerar a las niñas y los niños como un grupo que debe ser escuchado, por lo que el Comité recomienda enérgicamente que los Estados partes hagan el máximo esfuerzo por escuchar a la niñez que se expresa colectivamente o recabar sus opiniones” (SUP-REP-60/2016: 44).

Así, Sala Superior estimó que “*el derecho a la imagen de las niñas, niños y adolescentes está vinculado con el derecho a la intimidad y al derecho al honor, entre otros derechos de su personalidad, los cuales pueden resultar eventualmente lesionados a partir de la difusión de su imagen en los medios de comunicación social, como ocurre con los spots televisivos de los partidos políticos*” (SUP-REP-60/2016: 47 y 48), por lo que, “cuando se trata de menores de edad, el Estado debe velar por el respeto al derecho a la imagen de los niños, niñas y adolescentes y, para tal fin, cuando se utilice la imagen de un menor en la publicidad, esta debe estar sujeta a ciertos requisitos en beneficio a su derecho a la dignidad o intimidad, el cual se debe respetar en razón del señalado interés superior” (SUP-REP-60/2016: 48).

De tal manera, concluyó “que si en los medios de comunicación se recurre a imágenes de menores como recurso propagandístico y parte de la inclusión democrática, se deben resguardar ciertas garantías, como lo es el que exista el consentimiento por escrito o cualquier otro medio, de quienes ejerzan la patria potestad o tutela, así como la opinión de la niña, niño o adolescente” (SUP-REP-60/2016: 49), y que al incumplirse ello, tornaría la acreditación de la infracción correspondiente.

En el fondo del asunto, la Sala Superior estimó que asistía razón a la parte recurrente respecto al agravio de haber ordenado al INE que revisara el cumplimiento de un requisito no previsto en ley, como era el atinente a constatar si se había presentado la autorización de los padres y la opinión de los menores que aparecían en los promocionales ratificadas ante Notario Público o la Oficialía Electoral, lo consideró fundado.

Ello porque los requisitos de contar con el consentimiento de los padres o tutores y opinión del menor se amparaban en el artículo 78, de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, pero no que tales manifestaciones debían ratificarse ante la Oficialía Electoral del INE o fedatario público, ya que lo ordenado en esa sentencia carecía de base constitucional, convencional y legal (SUP-REP-60/2016: 57).

También se calificó fundado el alegato en que se combatía el referido acuerdo del multicitado Comité de Radio y Televisión derivado de lo mandatado en las sentencias de la Sala Regional Especializada en las que ordenó a la Dirección de Prerrogativas y Partidos Políticos del INE verificar que los promocionales televisivos de los partidos políticos, entre otros, colmasen los requisitos para la aparición de menores, que han sido descritos anteriormente, al estimarse que el Comité extralimitó sus facultades al regular cuestiones que competían al Consejo General del INE, ya que enmarcó prescripciones de aparición de menores de edad que atañen a aspectos sustantivos tendentes a tutelar los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes relativos a su imagen y no el establecimiento de normas de índole técnico (SUP-REP-60/2016: 60).

Por tanto, Sala Superior modificó el acuerdo reclamado y vinculó al Consejo General del INE a que, una vez concluido los procesos electorales locales, en aquel entonces en curso, en su oportunidad y en plenitud de atribuciones emitiera los lineamientos, acuerdos o reglamentos que estimase conducentes, con el propósito de regular de manera integradora, a través de medidas idóneas y eficaces los requisitos que debía cumplir la propaganda política electoral de cualquier índole, cuando se estime necesario proteger el interés superior del menor.

La decisión aludida fue la primera con la cual se inició el desarrollo interpretativo en favor de la niñez y en la que se determinó que cuando en la propaganda política o electoral se recurra a imágenes de personas menores de edad como recurso propagandístico, se deben cumplir los siguientes requisitos: contar con el consentimiento por escrito o cualquier otro medio de quienes ejerzan la patria potestad o tutela, así como con la opinión de la niña, niño o adolescente en función de la edad y su madurez (Jurisprudencia 5/2017).

Después a razón de velar y cumplir con el principio de interés superior de la niñez, para garantizar de manera plena sus derechos, Sala Superior determinó que cuando aparezcan menores de edad en la propaganda político-electoral, independientemente si es directa o incidental, el partido político deberá recabar por escrito el consentimiento de quien ejerza la patria potestad o tutela, y en caso de que no cuente con él, deberá difuminar, ocultar o hacer irreconocible la imagen, la voz o cualquier otro dato que haga identificable a los niños, niñas o adolescentes, a fin de salvaguardar su imagen y, por ende, su derecho a la intimidad (Jurisprudencia 20/2019).

También la Sala Superior ha determinado que al tratarse de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de la adopción de medidas para lograrla, rige el principio del interés superior, por lo que si en la propaganda política-electoral se recurre a imágenes de personas menores de edad, las autoridades electorales deben implementar medidas encaminadas a la tutela de sus derechos, sin que resulte necesario probar que el acto o conducta genere un daño a los derechos de las personas menores de edad, en tanto que, para efectos de su protección, lejos de exigirse la acreditación de la afectación, basta que su derecho se coloque en una situación de riesgo.

Finalmente, ha hecho extensiva la regulación de televisión al internet, por lo cual los promocionales que se difundan en ella, deben cumplir con los requisitos que impone la normativa para su difusión en televisión, sin importar que ahora sea a través de redes sociales, ya que ello no excluye a los usuarios de las obligaciones y prohibiciones que existan en materia electoral, especialmente cuando son sujetos directamente involucrados en los procesos electorales.

## **Conclusiones**

Fue en 2015 cuando por primera vez se le planteó a la Sala Regional Especializada, en un procedimiento especial sancionador y, a virtud de la transmisión en

televisión de un *spots* de propaganda político electoral, la inobservancia de la normativa electoral, entre otros temas, por difusión de propaganda electoral que afectaba el interés superior del menor.

A partir de entonces, se gestó por parte del TEPJF la tutela de los menores, siendo hasta el año siguiente cuando la Sala Superior al resolver una impugnación, empezó a delimitar las bases sobre las cuales resultaba válida su participación en los promocionales políticos, para así, en los años subsiguientes, delinear el marco al cual debían ajustarse los partidos políticos para no ser responsables de su transgresión y, por ende, sujetos de sanción.

Así, siguiendo la línea marcada por la SCJN de que cuando se involucren niños, niñas y adolescentes se debe actuar para que se permita su óptimo desarrollo a efecto de asegurar y garantizar su protección, el TEPJF dio efectividad al interés superior de ellos en materia político electoral, al establecer que:

- El derecho a la imagen de las niñas, niños y adolescentes está vinculado con el derecho a la intimidad y al derecho al honor, entre otros derechos de su personalidad, los cuales pueden resultar eventualmente lesionados a partir de la difusión de su imagen en los medios de comunicación social, como ocurre con los *spots* televisivos de los partidos políticos, por lo que siempre debe imperar el respeto por el interés superior del menor.
- Cuando se utilice la participación de menores en forma directa o incidental en los promocionales político-electorales televisivos o en internet, como recurso propagandístico, los partidos políticos o candidatos deben respetar el derecho a su imagen, por lo que deben contar con el consentimiento por escrito de los padres o de quienes ejerzan la patria potestad o tutela, así como la opinión de la niña, niño o adolescente.
- Los menores no deben ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en materia política, de modo que cuando su imagen aparezca en promocionales políticos-electorales a efecto de no vulnerar su intimidad, imagen, nombre, datos personales o referencias que permitan su identificación en los medios de comunicación, los partidos políticos o candidatos deben cumplir los requisitos referidos, y en caso de no tenerlos deben difuminar el rostro de los infantes, porque de lo contrario incurrirían en una transgresión de su interés superior, y por ende, se harían acreedores a una sanción.

## Fuentes de información

### *Textos*

- Contreras López, R. E. y otro (2019). “El interés superior del menor desde la perspectiva de los derechos humanos”, en *Letras Jurídicas. Revista Multidisciplinaria* del CEDEGS, Xalapa, México, Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad, año 20, núm. 40, julio-diciembre 2019, pp. 179 a la 189.
- Garralón, A. (2017) *Historia portátil de la literatura infantil y juvenil*. Zaragoza, España, Prensas de la Universidad de Zaragoza, España.
- Maldonado Araque, M. (2021). “La protección del interés superior del menor en los procesos de mediación”, en *Gabilex*, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla, La Mancha, núm. 25, marzo 2021, Junta de Comunidades de Castilla de La Mancha. España.
- Rodríguez Jiménez, S. (2012). “El caso Karen Atala: la conjugación de la orientación sexual y el principio del interés superior del menor”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 135, pp. 1271-1322.
- Simon Campaña, F. (2013). *Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. Tesis Doctoral, Salamanca, España, Universidad de Salamanca.

### *Normatividad*

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2021. México: Cámara de Diputados. Disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> (consultada el 1 de agosto de 2022).
- Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. 2020. México: Cámara de Diputados. Disponible en [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGIPE\\_130420.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGIPE_130420.pdf), (consultada el 1 de agosto de 2022).
- Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. 2022. México: Cámara de Diputados. Disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSMIME.pdf>, (consultada el 1 de agosto de 2022).
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. 2022. México: Cámara de Diputados. Disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgdna.htm>, (consultada el 1 de agosto de 2022).

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. 2021. México: Cámara de Diputados. Disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOPJF.pdf>, (consultada el 1 de agosto de 2022).

Código Civil Federal. 2021. México: Cámara de Diputados. Disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf.htm>, (consultada el 1 de agosto de 2022).

Lineamientos Generales para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes en Materia de Propaganda y Mensajes Electorales. 2019. México: Instituto Nacional Electoral. Disponible en <https://www.ine.mx/lineamientos-la-proteccion-ninas-ninos-adolescentes-materia-propaganda-electoral/>, (consultados el 1 de agosto de 2022).

### *Internacional*

Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948. Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, (consultada el 29 de julio de 2022).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). 1969. Organización de los Estados Americanos. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>, (consultada el 29 de julio de 2022).

Convención sobre los Derechos del Niños. 1989. Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, (consultada el 29 de julio de 2022).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966. Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>, (consultado el 29 de julio de 2022).

### *Jurisprudencia y Tesis*

1a./J. 25/2012 (9a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, p. 334, de rubro “*INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO*”. Registro digital: 159897. Materia(s): Constitucional, Civil.

1a./J. 18/2014 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, p. 406, de rubro “*INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL*”, Registro digital: 2006011, Materia(s): Constitucional.



- 1a./J. 44/2014 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, p. 270, de rubro “*INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS*”, Registro digital: 2006593, Instancia: Materia(s): Constitucional.
- P./J. 7/2016 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 10, Tipo: Jurisprudencia, de rubro “*INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD. NECESIDAD DE UN ESCRUTINIO ESTRICTO CUANDO SE AFECTEN SUS INTERESES*”, Registro digital: 2012592, Materia(s): Constitucional.
- 2a./J. 113/2019 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 69, Agosto de 2019, Tomo III, p. 2328, Tipo: Jurisprudencia, de rubro “*DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SE ERIGE COMO LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL QUE DEBE DE ATENDERSE EN CUALQUIER DECISIÓN QUE LES AFECTE*”, Registro digital: 2020401, Materia(s): Constitucional.
- Jurisprudencia 5/2017. *PROPAGANDA POLÍTICA Y ELECTORAL. REQUISITOS MÍNIMOS QUE DEBEN CUMPLIRSE CUANDO SE DIFUNDAN IMÁGENES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, PUBLICADA EN GACETA DE JURISPRUDENCIA Y TESIS EN MATERIA ELECTORAL*, TEPJF, Año 10, Número 20, 2017, páginas 19 y 20.
- Jurisprudencia 20/2019. *PROPAGANDA POLÍTICA Y ELECTORAL. CUANDO APAREZCAN MENORES SIN EL CONSENTIMIENTO DE QUIEN EJERZA LA PATRIA POTESTAD O TUTELA, SE DEBE HACER IRRECONOCIBLE SU IMAGEN*, publicada en *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, TEPJF, Año 12, Número 24, 2019, páginas 30 y 31.
- Tesis VIII/2017. *MEDIDAS CAUTELARES. PROCEDEN CUANDO LA PROPAGANDA DIFUNDIDA PONGA EN RIESGO EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES*, publicada en la *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, TEPJF, Año 10, Número 20, 2017, páginas 29 y 30.
- Tesis XXIX/2019. *MENORES DE EDAD. LOS LINEAMIENTOS DEL INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL PARA SU PROTECCIÓN, SON APLICABLES A LAS IMÁGENES QUE DE ELLOS DIFUNDAN LAS CANDIDATURAS EN SUS REDES SOCIALES EN EL CONTEXTO DE ACTOS PROSELITISTAS*, publicada en la *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, TEPJF, Año 12, Número 24, 2019, página 44.

### *Sentencias*

Sentencia en el amparo directo en revisión 1187/2010. Quejosos: \*\*\*, por sí y en representación de sus menores hijos \*\*\* y \*\*\* de apellidos \*\*. Recurrente: \*\*\* (Tercero Perjudicado). SCJN, Primera Sala. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 1º de septiembre de 2010. Disponible en <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=118366> (consultada el 18 de julio de 2022).

Sentencia SRE-PSC-121/2015. Promovente: MORENA. Parte señalada: Partido Acción Nacional. TEPJF, Sala Regional Especializada. Ponentes: Magistrado Felipe De la Mata Pizaña, 29 de mayo de 2015. Disponible en <https://www.te.gob.mx/buscador/> (consultada el 18 de julio de 2022).

— SUP-REP-60/2016 Y ACUMULADOS. Recurrentes: Partido de la Revolución Democrática y otros. Autoridades responsables: Sala Regional Especializada del TEPJF y otra. México. TEPJF, Sala Superior. Ponentes: Magistrados Constanco Carrasco Daza y María del Carmen Alanis Figueroa, 25 de mayo de 2016. Disponible en <https://www.te.gob.mx/buscador/> (consultada el 18 de julio de 2022).

— SUP-REP-20/2017. Recurrente: Partido Revolucionario Institucional. Autoridad responsable: Comisión de Quejas y Denuncias del Instituto Nacional Electoral. TEPJF, Sala Superior. Ponente: Indalfer Infante Gonzales. 28 de febrero de 2017. <https://www.te.gob.mx/buscador/> (consultada el 19 de julio de 2022).

— SUP-REP-170/2018. Recurrente: Partido del Trabajo. Autoridad responsable: Sala Regional Especializada del TEPJF. México. TEPJF, Sala Superior. Ponente: Felipe De la Mata Pizaña, 30 de mayo de 2018. Disponible en <https://www.te.gob.mx/buscador/> (consultada el 20 de julio de 2022).

# El derecho humano de niños, niñas y adolescentes a la educación en el entorno digital

*Lucia Martínez Lima<sup>1</sup>*

## **Introducción**

El derecho a la educación es un derecho humano fundamental, especialmente para niños, niñas y adolescentes (NNyA).

La pandemia del COVID 19, puso en jaque el ejercicio de este derecho, y lo llevó al entorno digital. Superada la pandemia, si bien regresó la presencialidad a las aulas, la educación no solo se da en medios analógicos, sino que se integra con el soporte digital.

Garantizar un derecho a la educación resiliente, adecuado a la llamada nueva normalidad, implica reconocer y promover otros derechos que se convierten en medios de acceso para que NNyA aprendan en internet.

A su vez, debe advertirse que si bien el uso de la tecnología tiene múltiples beneficios para las infancias, también genera la exposición a una serie de riesgos que exigen previsiones normativas para garantizar la seguridad de NNyA en entornos digitales.

---

<sup>1</sup> Becaria UBACyT de Maestría, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja. [lucialima@derecho.uba.ar](mailto:lucialima@derecho.uba.ar)

## Basamento

El derecho a la educación está contemplado en nuestro ordenamiento, en la Constitución Nacional, en el sistema de Tratados internacionales de Derechos Humanos y en distintas normas nacionales y provinciales.

En el marco convencional, la educación es sin dudas un derecho humano fundamental reconocido en el Pacto de San José de Costa Rica, y por tanto, por los Estados parte deben proveer a este. Esta obligación, es dotada de contenido en distintos pactos internacionales de jerarquía constitucional. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 13 reconoce que “la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales...debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre”; para ello en los incisos que acompañan este artículo, en particular el inciso b), menciona que “La enseñanza secundaria en sus diferentes formas...debe ser generalizada y hacerse accesible a todos por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”. En este sentido también se expresa la Convención de Derechos del Niño en su art. 15. Por otro lado, entre los instrumentos de *soft law* se suma el compromiso asumido por el Estado Nacional en el marco de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, que entre sus 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS), prevé una “Educación de calidad”.

En la norma fundamental, cuya última reforma data de 1994, encontramos expresada la educación en el art. 5 sobre el régimen primario de competencia provincial, la educación ambiental y para el consumo en los arts. 41 y 42 respectivamente, el respeto a una educación bilingüe e intercultural de los pueblos indígenas en el art. 75 inc. 17, y finalmente, en la llamada cláusula del progreso<sup>2</sup>. Esta prevé la competencia del Poder Legislativo para sancionar leyes de organización y de base de la educación “que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción

---

<sup>2</sup> Art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional.

de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal...” Además, el “derecho a la educación” en forma expresa se prevé en la Ley de Protección integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 de 2005, en su art. 15, que en su parte pertinente para este desarrollo expresa “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la educación pública y gratuita, atendiendo a su desarrollo integral, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, su formación para la convivencia democrática y el trabajo, respetando su identidad cultural y lengua de origen, su libertad de creación y el desarrollo máximo de sus competencias individuales;”.

En forma consecuente con estos preceptos, fueron sancionadas distintas normas, de las cuales podemos destacar la Ley de Educación Nacional N° 27.550 modificada por última vez en 2020; la Ley para la implementación de la Educación Ambiental Integral en la República Argentina N° 27.621 (2021) y la reciente Estrategia integral para fortalecer las trayectorias educativas afectadas por la pandemia del COVID-19, Ley N° 27.652 (2021).

Esta última, con el objetivo de promover a través de los programas vigentes y otros que se creen el futuro “acciones de educación inclusiva que garanticen el acompañamiento y fortalecimiento a las trayectorias escolares para que sean continuas y completas para todas las alumnas, alumnos y estudiantes de la educación obligatoria de todos los niveles y modalidades del Sistema Educativo Nacional de gestión estatal, privada, cooperativa y social, en igualdad de condiciones en todo el territorio del país”.

En los fundamentos<sup>3</sup> de esta norma se parte de la emergencia pública en materia sanitaria dispuesta por el Estado Nacional, que motivó entre las diversas medidas y recomendaciones acordes a la situación epidemiológica la Resolución Nacional N° 108 del 2020 del Ministerio de Educación de la Nación que dictó la suspensión del dictado de clases presenciales. De seguido, expresa que “Recuperar la cotidianidad tanto para adultas/os, como para las niñas y niños, representará un gran desafío educativo y socioemocional en el marco de situaciones sociales,

---

<sup>3</sup> Disponibles en: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/2440-D-2020.pdf> (última consulta 17/08/2022).

comunitarias y singulares muy diversas”, y plantea la necesidad de fortalecer institucionalmente a “la escuela” para atender las dificultades existentes y garantizar las trayectorias escolares continuas y completas; ello mediante el diseño y desarrollo de opciones educativas que desafíen la estructura y funcionamiento de la escuela moderna y para alojar las necesidades generadas por la pandemia.

## Desarrollo

El Estado Nacional se ha obligado internacionalmente a garantizar el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes (NNyA), ha dotado de contenido a este derecho, y establecido un extenso marco normativo para ello. En los últimos años, ha ampliado esta obligación y tratado temas específicos como la educación ambiental, la educación para el consumo sustentable, la educación sexual integral, etc. Pero este marco normativo no ha dado la posibilidad de una educación resiliente, ni ha provisto de herramientas legislativas que hagan al efectivo ejercicio de este derecho.

Soumya Swaminathan, científica jefe de la Organización Mundial de la Salud, ha manifestado recientemente que “precisamente ahora que el mundo empieza a vislumbrar el principio del fin de la epidemia del coronavirus que hemos de empezar a prepararnos para la próxima”<sup>4</sup>. La potencialidad del acontecimiento de nuevas pandemias, se hace cada vez más fuerte, y algunos teóricos aventuran ya fechas, vectores y virus que podrían ser responsables. (Gates, 2022) (PNUMA, 2020).

En este sentido, resulta fundamental repensar el rol de la tecnología en los NNyA, que ya no solo será recreativo sino también puede convertirse en el medio de acceso al ejercicio de su derecho a la educación. Lo que es más, en caso de impedirse el normal desarrollo de la educación por los medios tradicionales, en caso de nuevas pandemias o sucesos asociados al cambio climático, riesgos del siglo XXI; serán fundamentales para NNyA dos “derechos-medio”: el derecho a la provisión de energía eléctrica y derecho de acceso a la conexión de internet en dispositivos.

---

<sup>4</sup> <https://news.un.org/es/interview/2021/03/1489792>.

En cuanto al acceso a la energía eléctrica, este carácter de necesario para el ejercicio de otros derechos humanos, para algunos autores, convierte su acceso en un “derecho fundamental autónomo” (Wunder Hachem *et al.*, 2022). De hecho, hay autores que reconocen que este derecho facilita el alcance de la enseñanza básica universal, dado que termina con la necesidad de tener que buscar otros medios energéticos naturales, lo cual requiere tiempos que no se dedican a la educación o al juego y es una tarea en la que contribuyen NNyA, y posibilita que los niños estudien por períodos más largos, además por permitir la iluminación (Tully, 2006).

En materia de internet, además del reconocimiento de distintos autores, el Estado nacional mediante el DNU N°690 del 2020, ha impulsado el reconocimiento del internet como servicio público. Ha expresado en sus considerandos como fundamento de la medida, la Resolución A/HRC/20/L13 de 2012 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU referida a la Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, que en el punto referido a la Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en internet lo reconoce como “*fuera impulsora de la aceleración de los progresos hacia el desarrollo*”; también cita el fallo de CSJN “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/Amparo Colectivo” que en una sentencia exhortativa llama al Estado a velar por la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos, ponderando la realidad económico-social concreta de los afectados por la decisión tarifaria con especial atención a los sectores más vulnerables; y finalmente se menciona que en el derecho comparado ha sido reconocido un derecho humano de acceso a las TIC.

## **Brechas de acceso**

UNICEF en “The State of the world´s Children” de 2017 identifica a nivel global, algunas brechas de acceso a internet que sufren los niños. A continuación se mencionan junto con datos de Argentina (INDEC, 2022).

### **a. Conexión a internet**

El INDEC en un relevamiento de las características de acceso a tecnologías en hogares y su uso por parte de la población de 4 años y más, de 2021, registró que el

90,4% de los hogares urbanos tiene acceso a internet. Ello sin indicar la situación de acceso de hogares que se encuentren fuera de conglomerados urbanos, donde los NNyA muchas veces ya tienen dificultades de acceso a la educación por la lejanía de las escuelas rurales y falta de caminos adecuados (CEPAL, 2020, 4-5).

#### b. Dispositivos

Las brechas digitales van más allá de una simple cuestión de acceso, la conexión desde teléfonos móviles en lugar de computadoras hace una diferencia en las posibilidades de uso. Además, el tipo de dispositivo da cuenta de brechas económicas; dado que los teléfonos móviles son más accesibles que las computadoras, por lo que NNyA con menos recursos que solo accedan a dispositivos móviles, se encontrarán por este hecho en una situación de desventaja.

En la Argentina, INDEC informa que el primer trimestre de 2022 se registraron, en promedio, 7.415.190 accesos a internet fijos desde residencias y 31.180.806 accesos desde dispositivos móviles.

#### c. Conocimientos para el uso

En dos sentidos, por un lado aquellos que permiten manejar los motores de búsqueda y herramientas específicas (softwares) y el lenguaje, la mitad de los dominios registrados está en inglés (UNICEF, 2017, 16).

#### d. Género

También hay una brecha digital de género. A nivel mundial, un 12% más de hombres que de mujeres utilizó internet en 2017 (UNICEF, 2017, 18). Sin embargo, en Argentina los porcentajes informados por INDEC no indican que exista esta brecha<sup>5</sup>.

Trabajar en estas brechas para permitir un mejor acceso a la educación a través de medios tecnológicos de NNyA, supone garantizar un derecho más igualitario y trabajar las desigualdades, que profundizan la vulnerabilidad de estos sujetos.

Sin embargo, no son lo único a tener en cuenta para garantizar este derecho.

---

<sup>5</sup> Accesos desde dispositivos móviles: varones 87,9% y mujeres 88,2%. Acceso desde computadoras: varones 42,5% y mujeres 42,1%.



## Riesgos: llamados a la protección

El Decálogo de los derechos de la infancia en internet (2004) generado por UNICEF reconoce una lista de derechos que pueden ejercerse en un entorno digital, entre ellos, el derecho a la educación, y a todas las oportunidades que las nuevas tecnologías como internet puedan aportar para mejorar su formación. Esto habla de las bondades y posibilidades del acceso a internet de NNyA, pero dota de contenido estos derechos reconociendo que este acceso debe ser seguro y proteger a estos usuarios de diversos riesgos.

UNICEF (*The State of the World's Children 2017 Executive Summary (Spanish): Children in a Digital Age*, 2017, 22) ordena los posibles riesgos en línea en tres categorías:

- a. Riesgos de contenido: exposición a contenidos no deseados e inapropiados para la edad del NNyA.
- b. Riesgos de contacto: por la participación en una comunicación arriesgada. En esta categoría se incluye al “grooming”.
- c. Riesgos de conducta: producidos por un comportamiento del NNyA que contribuye a que se produzca un contenido o contacto riesgoso. En esta categoría debemos mencionar el “ciberbullying”.

Debe mencionarse que estas categorías no engloban todos los riesgos, y que hay prácticas que no están incluidas, como por ejemplo, las compras que realizan NNyA sin autorización de los progenitores en juegos online.

El punto de reconocer estos riesgos es identificar en qué sentido deben tomarse medidas para generar entornos más seguros, en contraposición con generar alarmas que motiven la exclusión de NNyA del internet; en tal sentido se ha expresado un informe de CEPAL-UNICEF donde advierten que si solo se hace foco en las amenazas, se puede generar una actitud sobreprotectora contraproducente ya que se limita el acceso a herramientas clave para la inclusión y crecimiento social (Pavez *et al.*, 2014, 8). En el mismo informe, también se resalta que “las políticas deben considerar el contexto completo de la vida de un niño: edad, género, personalidad, situación en la vida, entorno social y cultural y otros factores a fin de comprender dónde se debe trazar la línea entre el uso saludable y el uso perjudicial” (Pavez *et al.*, 2014, 26).

## **Conclusión**

Tal como se recepta en la normativa constitucional y convencional, la educación hace al pleno desarrollo de los NNyA, es un derecho humano, y debe garantizarse en condiciones de igualdad. Ello debe darse tanto en la educación en su sentido tradicional como en el entorno digital.

Regular para reducir las brechas y mitigar los riesgos, generando un entorno seguro, garantiza este derecho y permite el ejercicio del principio de autonomía de la voluntad en el desenvolvimiento de los NNyA en el ámbito digital siempre de acuerdo con su edad y grado de madurez.

## Bibliografía

- CEPAL. (2020). Caminos rurales: vías claves para la producción, la conectividad y el desarrollo territorial. *Facilitación, comercio y logística en América Latina y el Caribe*, (1), 4-5.  
[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45781/S2000418\\_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45781/S2000418_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Decálogo de e-derechos de UNICEF. (2004). Decálogo de e-derechos de UNICEF. Retrieved agosto 18, 2022, de [http://www.jus.gob.ar/media/3116712/dec\\_ederechos.pdf](http://www.jus.gob.ar/media/3116712/dec_ederechos.pdf)
- Gates, B. (2022). *Cómo prevenir la próxima pandemia*. Plaza Janés.
- INDEC. (2022). *Acceso y uso de tecnologías de la información y la comunicación. EPH [Ciencia y tecnología Vol. 6, n° 1]*. Argentina. Retrieved Agosto 17, 2022, de <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel3-Tema-4-26#:~:text=En%20el%20cuarto%20trimestre%20de,de%20cada%20100%20utilizan%20internet.>
- Pavez, M. I., CEPAL, & UNICEF. (2014). *Los derechos de la infancia en la era de Internet: América Latina y las nuevas tecnologías*. Naciones Unidas. [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37049/1/S1420497\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37049/1/S1420497_es.pdf)
- Pérez Luño, A. E. (2002). Internet y los derechos humanos. *Derecho y conocimiento*, 2. <http://hdl.handle.net/10272/2550>
- PNUMA. (2020). *Prevenir próximas pandemias. Zoonosis: cómo romper la cadena de transmisión*. PNUMA. ISBN: 978-92-807-3815-5
- The State of the World's Children 2017 Executive Summary (Spanish): Children in a Digital Age*. (2017). United Nations Children's Fund, The (UNICEF).
- Touriñán López, J. M. (1998). Derechos humanos y educación para el desarrollo. *Revista Española de Pedagogía*, 56(2011). <https://www.jstor.org/stable/23765679>
- Tully, S. R. (2006). Access to electricity as a human right. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 14(4), 555-557. <https://doi.org/10.1177/016934410602400402>
- Wunder Hachem, D., Luzardo, F., & Gallo Aponte, W. I. (2022). La energía eléctrica como condición material para el goce de los derechos humanos: un derecho fundamental implícito. *Veredas do Direito – Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, 19(43), 177. <https://doi.org/10.18623/rvd.v19i43.1866>

# Niños, niñas y adolescentes en las redes, ¿influencers o trabajo infantil encubierto?

*María Verónica Ojeda*<sup>1</sup>  
*Betina Pancino*<sup>2</sup>

## Introducción

Uno de los aspectos más preocupantes y de mayor auge en los últimos tiempos es la actividad de los niños, niñas y adolescentes en internet; en particular de aquellos denominados “influencer”. A partir de haber tomado conocimiento de

---

<sup>1</sup> Ministerio Público Tutelar. Poder Judicial CABA.

Abogada. Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA. Maestranda de Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles de la UBA. Diploma: Derecho de niños, niñas y adolescentes en Universidad de Salamanca. Posgrado en Derechos de la niñez y medios de comunicación Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes – OEA. Ex integrante de la Clínica Jurídica de Niños y Adolescentes de Fundación Sur. Funcionaria del Ministerio Público Tutelar del Poder Judicial de la CABA. mverojeda@gmail.com

<sup>2</sup> Defensoría de Menores e Incapaces de Cámara. Defensoría Gral. de la Nación.

Abogada y mediadora. Funcionaria del Ministerio Público de la Defensa, Defensoría de Menores e Incapaces de Cámara (Defensora Coadyuvante), Programa de Actualización en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia, Diplomatura en Derechos Humanos, Igualdad y No discriminación. Exasesora en Cámara de Diputados y Honorable Senado de la Nación en las comisiones de Población y Desarrollo Humano, Banca de la Mujer, Mujer, Niñez, Familia y Adolescencia. Se desempeñó en Defensoría Pública Oficial, Juzgado Nacional en lo Civil nor. 11, Juzgado con competencia en asuntos de familia (Juzgados nro. 4 y 92), Tutoría Pública Oficial nro. 1. bettinapancino@hotmail.com

la vulnerabilidad a la que se encuentran expuestos, intentaremos formular propuestas concretas que se traduzcan en acciones positivas y eficaces para la labor cotidiana de operadores jurídicos y no jurídicos abocados a la tarea de proteger, promocionar y restituir los derechos de los NNyA.

Para ello hemos realizado un análisis documental que comprende legislación internacional, jurisprudencia y doctrina, bajo la perspectiva de los nuevos derechos digitales proclamados por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 25, en intersección con los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

## **Estado de situación**

El Comité de los Derechos del Niño parte de la certeza de que el entorno digital atraviesa los más disímiles aspectos de la vida de los niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, requiere de un serio compromiso internacional para garantizar que Estados, empresas y la comunidad en general, respeten, protejan y hagan efectivos los derechos de los niños, niñas y adolescentes en relación con el mundo virtual. Entiende que los Estados firmantes de la Convención sobre los Derechos del Niño, deben apoyar y promover, buenas prácticas, capacitación especializada, provisión de recursos y nuevas tecnologías que tornen factible su derecho a acceder a entornos digitales útiles y seguros.

La ventana de vulnerabilidad digital a la que se hallan expuestos los NNyA, caracterizada por ser un espacio en permanente evolución y expansión, obliga al Estado a permanecer alerta para crear nuevos mecanismos normativos que equilibren la ecuación “riesgo-protección”. En ese contexto pide que los Estados firmantes, formulen una “...definición común de lo que constituye un delito en dicho entorno, la asistencia judicial recíproca y la recopilación e intercambio conjuntos de pruebas...”.

Junto a esa obligación, aparece el compromiso de las Empresas de respetar los derechos de la infancia y de evitar acciones transgresoras en las actividades en que desarrollan.

En la mayoría de los casos, se trata de prácticas que los niños realizan inicialmente como un juego (compartir gustos o aficiones por ropa, música, juegos, libros etc., publicadas *on line* en diferentes plataformas digitales), sin asesoramiento,

consejo o acompañamiento de un adulto. Ni bien comienzan a convocar un significativo número de seguidores o adeptos, se perfilan como “influencers”; aquellos que son exitosos suelen ser convocados por la industria de la publicidad para generar ventas millonarias gracias a su actividad en las redes.

Sin embargo, la mayoría de las empresas lo realizan sin un marco legal que regule esa actividad, como por ejemplo horarios, participación en las ganancias que generan, cobertura médica por posibles consecuencias de la alta exposición a la pantalla, etc.

Un informe elaborado por Humanium<sup>3</sup>, da cuenta que la mayoría de las plataformas de redes sociales como Instagram y YouTube requieren que los usuarios tengan 13 años o más para crear cuentas en sus sitios web. Sin embargo, esta limitación legal no es respetada porque la mayoría de los padres de los niños “influencers” administran sus cuentas para poder mantener su presencia en línea; esto a su vez produce en los niños una presión continua para generar contenido que mantenga interés de forma permanente. Al mismo tiempo las grandes sumas de dinero son un incentivo para los padres, circunstancia que llega a exponer aun más a los niños<sup>4</sup>.

En relación con la Argentina, hay niños menores de edad que arrastran la notoriedad o fama de sus padres (del mundo artístico, modelaje etc.) y se convierten en *influencers* a partir de que sus progenitores les habilitan cuentas en las redes. Nos animamos a cuestionar esta práctica a la luz de los nuevos derechos digitales y los derechos humanos que protegen a este universo de la población, tal como quedará expuesto en este documento.

En cuanto al marco de protección jurídica, nuestro país al igual que la mayor parte del mundo, no cuenta con normativa que regule esta actividad en particular.

Esta laguna legal pone en riesgo a la población más vulnerable, que se expone a horas de cámara sin ser actores; a un trabajo sin tener un “empleador”; a realizar publicidad sin ser “modelos”; a disponer de su tiempo sin horarios. En el peor de

---

<sup>3</sup> ONG internacional de apadrinamiento de niños comprometida a acabar con la violación de los derechos infantiles en el mundo. <https://www.humanium.org/es/presentacion-humanium/>

<sup>4</sup> Ryan Kaji, de 7 años, siendo el centro del canal, ganó aproximadamente 22 millones de dólares en 2018 (Lambert, 2019). Ryan es uno de los muchos niños en el corazón de la industria en la que las familias de niños «influencers» reciben una compensación por el contenido patrocinado promovido en las plataformas de redes sociales, anuncios digitales y mercadotecnia (Masterson, 2020).

los casos a usufructuar una etapa de su vida que debería ser dedicada al estudio, al esparcimiento, a actividades físicas recreativas con sus pares, etc.

Reconocemos en las redes una vía de comunicación de los NNyA con otros compañeros, una ventana de acceso a contenido de actualidad e interés y una herramienta para su libre expresión, pero debemos atender a este grupo por sí mismo vulnerable con el fin de generar una ciudadanía digital responsable.

Se trata de una población que está desarrollándose como persona; de ahí la necesidad de que los progenitores, cuidadores, tutores, Estado, empresas, instituciones de salud y de educación, lleven a cabo acciones positivas de concientización, prevención y reparación.

Hasta el momento el único país que se ocupó de resguardar los derechos de los niños/as y adolescentes fue Francia. El 19 de octubre del 2020 sanciona la Ley N° 2020-1266 que equipara la actividad de los niños *influencers* a la de niños actores o modelos.

## Un modelo para seguir: la ley francesa

La ley francesa, N° 2020-1266, titulada “Encuadre de la explotación comercial de la imagen de los niños menores de 16 años”, vanguardista en el tema, marca el inicio de las diferentes situaciones que deben contemplarse a la hora de pensar en NNyA *influencers*. Establece interesantes propuestas en su articulado para regular un espacio de vacíos legales, de contradicciones, de conflictos, de espacios grises. Se trata de una legislación que establece normas para las nuevas relaciones con empresas a partir del auge de contratos por actividades en línea; tiene como objetivo velar por la salud y la seguridad de los *influencers*, recordemos que son formadores de contenidos, seguidos por sus consejos, por los productos que promocionan a través de las redes exponiendo su cuerpo y sus emociones.

La ley en sus fundamentos explica la causa que evidencia que se trata de un trabajo:

- los NNyA son expuestos a permanecer muchas horas *on line*,
- aparece la subordinación y demanda a un rendimiento laboral,
- se los invita a publicar varios videos semanales que llevan horas de grabación,
- deben participar en promociones, en eventos publicitarios de las marcas que patrocinan y firmar “photo shootings” (autógrafos en línea).

Esta ley recoge la necesidad advertida por educadores, psicólogos y la sociedad en general del impacto negativo y las consecuencias personales adversas que pueden sufrir NNyA en el mundo *on line*, ello con el agravante de que muchas veces son impulsados a llevar a cabo este trabajo por sus progenitores y lo que perciben no solamente sirve para su manutención, sino para sostener económicamente a toda la familia. Sin embargo la familia le resta importancia y consideran esta actividad como ocio o pasatiempo. A raíz de esto, y de manera acertada la ley prevé franjas horarias relacionadas con las edades de los instagramers: un niño o niña de tres años no puede permanecer la misma cantidad de horas que un adolescente de 15 años en línea.

En definitiva entendemos que se trata de trabajo infantil no autorizado que colisiona ostensiblemente con la Convención de los derechos del Niño, la ley 26.061 y las leyes provinciales dictadas en consecuencia, como también con todas las observaciones generales efectuadas por el Comité de Seguimiento de la Convención de los Derechos del niño, la OIT y las recomendaciones de Unicef, entre otros organismos dedicados a la protección de la niñez.

## **Si hay trabajo, también hay Derecho a la remuneración de *Influencers***

La remuneración depende de la cantidad de seguidores, su fidelidad, el alcance y propagación de las publicaciones.

El art. 1 de la ley francesa establece que cuando se demuestre que existe una relación laboral los progenitores (en la ley se habla de tutores) deben depositar el 90% de los ingresos en una cuenta a su nombre hasta que alcancen la mayoría de edad. Asimismo se establece que antes del inicio del trabajo debe requerirse a la autoridad competente administrativa una autorización que dependerá de las aptitudes del menor para poder trabajar, la compatibilidad del trabajo con el desempeño de sus actividades escolares y su estado de salud.

La ley atinadamente avanza sobre los supuestos de los *vlogs* (contracción entre videos y blogs), que no forman parte de la categoría de relación laboral tradicional.

La ley tiene como objetivo la protección de la niñez, establece una normativa acorde con la situación actual de rápida propagación de las actividades de los *influencers*, protege a los niños evitando que lo que es trabajo sea considerado



como algo ocioso en perjuicio de su dignidad, de su vida en pleno desarrollo y de la vulneración a sus datos personales y a su imagen. La importancia de la introducción del derecho al olvido, supone evitar que cuando grande, una persona advierta que se ha generado una identidad digital que dista de su verdadera y deseada personalidad, evitando acarrear serios problemas psicológicos y sociales.

## Obligación de las Empresas a la Protección de Datos Personales

La Ley Nacional n° 25.326 de protección de datos personales, junto con el artículo 43 de la Constitución Nacional (habeas data), protege la información personal de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables, y explicita la confidencialidad del responsable del tratamiento de estos (incluyendo la protección de la privacidad e intimidad en internet)<sup>5</sup>. Esta ley no aborda la especial situación de los NNyA.

Nuestro vecino país a la cabeza de la actualización normativa, sancionó recientemente la Ley de Protección de datos de Brasil No 13.709, es de gran importancia ya que protege la privacidad de los datos de los niños.

Si bien no es tan ambiciosa como la referida ley francesa, vemos como su objetivo es exigir ante todo transparencia en las acciones: a las empresas, sobre los datos que pretenden recoger y los fines para los que se utilizarán; a

---

<sup>5</sup> A los fines de la presente ley se entiende por:

- Datos personales: Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables.

- Datos sensibles: Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.

- Datos informatizados: Los datos personales sometidos al tratamiento o procesamiento electrónico o automatizado.

- Titular de los datos: Toda persona física o persona de existencia ideal con domicilio legal o delegaciones o sucursales en el país, cuyos datos sean objeto del tratamiento al que se refiere la presente ley.

- Usuario de datos: Toda persona, pública o privada que realice a su arbitrio el tratamiento de datos, ya sea en archivos, registros o bancos de datos propios o a través de conexión con los mismos.

los responsables del tratamiento de datos que hagan esfuerzos razonables para obtener el consentimiento de los padres de los NNyA.

Otro punto relevante, es que no se permite condicionar el uso de juegos o aplicaciones por parte de los NNyA, a la revelación de información personal.

## **La Observación General nro. 25**

La observación dedica un apartado específico a un principio del ecosistema de derechos de los NNyA, que es el respeto por la evolución de sus facultades, como habilitador y determinante de su proceso de adquisición gradual de competencias, comprensión y autonomía. Las oportunidades y los riesgos asociados a la participación de los NNyA en el entorno digital, que se da con mayor independencia de sus padres y cuidadores, varían en función de su edad y su fase de desarrollo.

Los Estados y los proveedores de servicios digitales, como así también sus padres y cuidadores, deben tener en cuenta la constante evolución de los NNyA y de su nivel de autonomía en el mundo moderno, así como su grado de competencia y comprensión, que se desarrollan de forma desigual en las distintas esferas de aptitud y actividad, y la diversa naturaleza de los riesgos posibles.

Al respecto, sugiere tomar medidas especiales con el sector empresarial y los servicios de publicidad comercial y comercialización (marketing). La OG25 propone una amplia gama de medidas legislativas, administrativas y preventivas, a fin de crear oportunidades para hacer efectivos los derechos de los NNyA y asegurar su protección en el entorno digital.

Si bien los destinatarios directos de tales propuestas son los Estados parte de la Convención sobre los derechos del Niño, vale destacar las menciones específicas que hace al sector empresarial y a las prácticas de publicidad comercial y marketing. El rol del sector privado, en particular las empresas que proveen diferentes herramientas y servicios tecnológicos, es preponderante. En el caso de las grandes empresas de tecnología, es parte de las tensiones actuales su carácter monopólico y el elevado poder fáctico que ostentan, que muchas veces deja en jaque a los estados nacionales, particularmente de los países en vía de desarrollo y menos desarrollados (Milanes: 2021).

Los niños, niñas y adolescentes como consumidores son un caso paradigmático de consumidores “hipervulnerables”, donde se suma un doble estándar de

vulnerabilidad, por ser niño y por ser consumidor, y un doble estándar de protección, el favor minoris y el principio protectorio de los consumidores.

Los NNyA son actores claves en las relaciones de consumo: desde pequeños son destinatarios de publicidades y de las más diversas prácticas comerciales y participan cada vez más crecientemente en el mercado de consumo, ya sea como consumidores directos o indirectos, tanto de manera presencial como crecientemente en los entornos digitales. Las redes sociales, los juegos en red, las plataformas y aplicaciones de las más diversas funcionalidades, las billeteras virtuales o la publicidad digital son escenarios transitados cada vez más por los niños, niñas y adolescentes, en especial tras las consecuencias de la pandemia del COVID-19 (Barocelli: 2021).

## Conclusión

### **Encuestas recientes hablan de que la profesión del Influencer es una de las más votadas por los niños**

Los anunciantes apelan a lo que comienza como una afición pero que hoy se ha convertido en una profesión lucrativa.

Por ello, de todo lo hasta aquí expuesto se advierte la necesidad de regular la actividad de NNyA cuando lo que efectúan en línea es trabajo, y no un juego o actividad ociosa. Cabe recordar que esta actividad genera ingresos patrimoniales pero no encuadra en una concepción tradicional del trabajo, empleo, profesión o industria.

Los nativos digitales cuentan con habilidades específicas. Numerosos adolescentes desarrollan actividades en diversas plataformas electrónicas que les generan importantes ingresos económicos. También pueden ganar dinero a través de competencias de videojuegos. Según se publicó en la prensa un adolescente argentino de 13 años consiguió un buen puesto en una competencia mundial de un popular video juego y ello le generó una ganancia de casi un millón de dólares (conf. Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci, en webinar brindado el día 29 de abril el IADB, Facultad de Derecho de Buenos Aires). También se señalaron los perjuicios económicos receptados por la Resolución 236/2021 de la Secretaría de Comercio Interior que establece, que frente al avance de las TIC, las y los adolescentes se ven inmersos en relaciones de consumo en el entorno digital, que acrecientan su vulnerabilidad.

Citando nuevamente a nuestra gran jurista y maestra Dra. Aida...”. Así como la invención de la rueda en la Antigüedad o la imprenta de Gutenberg cambiaron el destino de la humanidad, el advenimiento de las redes sociales ha generado un verdadero tsunami en las relaciones humanas y en la comunicación tradicional”. Por esto aislar a un hijo de las redes sociales, prohibírselas, es probablemente, condenarlo al desarraigo.

## Ponencia

El análisis documental realizado nos lleva a proponer que en forma urgente se legisle la actividad de los *influencers*, teniendo en cuenta para ello la normativa internacional mencionada, las recomendaciones de organismos internacionales y nacionales, y a lo que nos convoca la Convención de los Derechos del Niño y la Ley 26.061.

Pretendemos la regulación de la publicidad y el trabajo infantil bajo la modalidad de *influencers* comprometiendo la acción de toda la industria vinculada con la creación, consumo, distribución y difusión de contenidos.

Algunos de los requisitos que deberían cumplir las publicidades digitales realizadas por los *influencers* se apoyan en tres ejes fundamentales:

*Transparencia*: se debe aclarar que se trata de una actividad publicitaria remunerada y diferenciar aquello que no lo es.

La norma debería definir el modo de identificar los contenidos comerciales de forma inequívoca, a través de los Hugtag en IG, o leyendas al pie en videos de YouTube. Evitar publicidad abusiva y engañosa

*Contenido adecuado*: las marcas que crean contenido por y para NNyA deben asumir la responsabilidad de cuidar el contenido en función de ser un público en pleno desarrollo de sus capacidades y potencialidades.

Se deben identificar con claridad y nombrar los contenidos de modo inequívoco para que puedan elegir libremente consumir o no ese producto (como publicistas y consumidores).

*Lenguaje adecuado*: los creadores de contenido (marcas, prestadores) deben adaptar la imagen, voz, texto, sonidos a un lenguaje acorde al público infantil y/o adolescente para que se comprenda fácilmente, que les permita entender qué material se les ofrece y decidir libremente si quieren o no acceder. Esto también facilita la educación digital.

Contemplar idiomas diversos, y niños con capacidades diferentes.

Buscamos que organismos públicos, de la sociedad civil y empresas asuman obligaciones específicas de protección de derechos de los niños y adolescentes.

En particular, sugerimos:

- Definir el tipo de relación que se ha de establecer, así como al deber de tributación por las ganancias obtenidas.
- Definir la edad a partir de la cual pueden ejercer la actividad de *influencers*, ya que de acuerdo con el Código Civil y Comercial desde la adolescencia (13 a 16 años) adquieren capacidad de ejercicio. ¿Qué pasa con los niños menores de 13 años? Deberán ajustarse transversalmente a la CDN y sus recomendaciones.
- Los prestadores (de servicios y plataformas) deben estar obligados a poner a disposición la tecnología de inteligencia artificial con la que cuentan para detectar contenido inapropiado, reconocer e incluso bloquear automáticamente cualquier contenido ilegal. Por ejemplo: sistemas de verificación de edad, sistemas de control parental más seguros.
- Uso responsable de los datos personales de los NNYA, es decir no pueden ser utilizados para otros fines distintos a los que fueron provistos (comercialización, generación de perfiles de comportamiento y preferencias).
- El pago en especie de los *influencers* (algo bastante común), se debe diferenciar entre la retribución y un presente de la empresa al *influencer*; si los artículos van más allá de la colaboración para la actividad contratada, pueden ser considerados salario en especie y podrían sujetos al pago de impuestos.
- Creación de un registro de empresas que hagan uso de los *Influencers* que permita el seguimiento de esta actividad por parte los organismos de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes.
- Determinar la cantidad de seguidores o *likes* a partir de los cuales se consideran *influencers* para medir ventas etc.
- En la relación laboral entre empresa anunciante y el NNYA debe determinarse el mensaje que se quiere transmitir, la periodicidad de los videos.

También entendemos necesario legislar respecto a:

- Garantizar el acceso a remedios jurídicos eficaces para personas y grupos afectados por las actividades empresariales
- Ampliación de canales de denuncia para NNYA (telefónicos o plataformas digitales).

- Oficinas judiciales virtuales especializadas en el abordaje de la seguridad digital
- Espacios de capacitación para operadores jurídicos y no jurídicos.
- Fomentar el dialogo intergeneracional y el derecho a ser oído para conocer las inquietudes de los NNyA OG 25: Programas públicos, encuentros x zoom con otros grupos de pares, Ministerio de Educación, Cultura, etc.

## Bibliografía

- Barocelli, S. S. “Relaciones de consumo en entornos digitales con niños, niñas y adolescentes”. A propósito de la Observación general núm. 25 (2021) del Comité de los Derechos del Niño.
- Cordeiro, V. C. “Niños ‘influencers’ y redes sociales: la evolución de la explotación infantil en la era digital. Posted in Derechos del Niño, Explotación, Libertad, Trabajo infantil. Disponible en <https://www.humanium.org/es/ninos-influencers-y-redes-sociales-la-evolucion-de-la-explotacion-infantil-en-la-era-digital/>
- Grosman, C. P. “Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño”, LL, 1993-B-1095.
- Lambert, H. (2019, August 8) Why child social media stars need a Coogan Law to protect them from parents. Disponible en <https://www.hollywoodreporter.com/news/why-child-social-media-stars-need-a-coogan-law-protect-parents-1230968>
- Masterson, M.A. (2020, May 11). *When Play Becomes Work: Child Labour in the Ear of Kidfluencers*. University of Pennsylvania Law Review, Forthcoming. Disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3650376](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3650376)
- Milanes, V. “Observación General No 25 (CDN) - Un hito necesario para la convergencia efectiva de los derechos de la niñez y de la protección de datos personales” “La Ley” Derechos de los niños en el entorno digital Análisis de la Observación General No 25 (CDN) -AÑO LXXXV No 120 TOMO LA LEY 2021-D ISSN: 0024-1636 - RNPI: 5074180. 23 junio 2021.
- Mizrachi, M. L. “Responsabilidad Parental”, Bs. As., 2015, Astrea, p. 254.
- Torentino, Jia, Disponible en <https://smoda.elpais.com/moda/actualidad/la-lucha-contra-la-belleza-irreal-avanza-noruega-prohibe-a-las-influencers-retocar-sus-fotos-sin-avisar/>.

# E-tnias y discapacidad: La (exin)clusión digital-educativa en la diversidad cultural y funcional

*Julio Manuel Pereyra<sup>1</sup>*

Las plataformas virtuales de enseñanza (entornos virtuales de aprendizaje y/o de educación a distancia) suelen responder a los protocolos generales de accesibilidad; sin embargo, estos no responden a los principios de “usabilidad” funcional y operativa, debiendo recurrir muchas veces a hardware y software especial/adaptado.

No obstante, muchas veces, el diseño de estos espacios digitales logra contemplar algunas necesidades específicas de algunos sujetos bajo la premisa del políticamente correcto “Diseño Universal”. Empero, quién conoce las características operativas de la población minoritaria (estudiantes con discapacidad y de origen étnico diverso) reconoce la necesidad real de un formato que pueda desplegarse según el perfil de usuario (sordo, ciego, extranjero, discapacidad motriz, pueblo originario/aborigen/indígena).

Cuando se diseña “para”, se pierde la parte más significativa que es la adecuación y pertinencia de la adaptación/adequación que si ocurre y se visualiza cuando el diseño parte de un “con” y “desde”.

El diseño universal propuesto en marco normativos no contempla, y es un error atroz, que las rampas y prótesis digitales pueden situarse como obstáculo de uso (usabilidad); en otras palabras, las adecuaciones funcionales de beneficio para un tipo de población, pueden implicar y significar una afectación a otro tipo de población objetivo/problemática/característica. Ejemplo de ellos puede ser que

---

<sup>1</sup> Escuela Ambulante Caminos de Tiza (Argentina).



las adecuaciones para el lector de pantalla que necesita un ciego son contra productivas para quién pose discapacidad motriz con motricidad fina comprometida; es decir, no pueden coexistir en el mismo diseño dos adecuaciones funcionales.

Lo curioso, es que es difícil (o casi imposible) encontrar protocolos de acción, adecuación y amortiguación del impacto ante TEL (Trastornos del Espectro del Lenguaje) y más aún, sobre /para diversidades étnico-lingüísticas, y las implicancias que estas acarrearán por el amplio espectro de lecturas en las relaciones signos/significado/significantes (de Saussure/Pierce). Es decir, no se contempla las problemáticas que puedan surgir en aquellos sujetos que por tramo etario (analfabetos digitales y desconocer del lenguaje operativo digital), o por procedencia (extranjeros programa de intercambio en contextos bilingües o indígenas (multiculturales).

Nuestro abordaje, supone un (re)planteo y (re)visión de aquellos aspectos de diseño y estructura que suelen ser ignorados o considerados secundarios, pero ante el tipo de casos referidos se vuelven altamente significantes (Pereyra). La idea base entonces que proponemos, es la necesidad del precepto de usabilidad y pertinencia (Pereyra) en razón del principio que denominamos 4A (Adecuación, Adaptación, Articulación y Amortiguación) del diseño y estructura de la plataforma virtual. Deben considerarse entonces en este sentido cuestiones que no hacen solo a lo gráfico (contrastes, tamaños, ubicaciones), sino también una necesidad relevante de cuestiones semánticas, dialécticas, de vocabularios y también aspectos cromáticos.

La saturación gráfica, la falta de coherencia de ubicuidad, categorías incluyentes y no excluyentes de selección y hasta la tipografía (letras trópicas que afectan a personas con dislexia, digrafía o alteraciones visuales), atentan contra el uso funcional y obligan a contemplar la imperiosa necesidad de acceso en relación con perfiles (ciegos, sordos, con discapacidad motriz, extranjeros, tramo etario), de tal manera que el formato que se despliegue en pantalla tenga correspondencia con las especificidades/ necesidades propias de cada “tipo” de sujeto.

Debe considerarse que la inclusión y la igualdad no se trata del derecho a ser iguales, sino el derecho a ser distintos/diferentes/diversos, y el abanico/espectro de “ofertas” de acceso no son discriminativas pues la persona opta por los formatos que considere más acordes respecto a su pericia y/o costumbres de uso (asociaciones, analogías, representaciones funcionales). Consideraciones Generales El Diseño Universal (vigente, políticamente correcto y acorde a tipos estándar de problemáticas) olvida y no contempla la conjugación de problemáticas en el mismo sujeto (sordo-ciego, motriz-ciego, sordo-indígena, etc.) y/o las

diferencias del Esquema Conceptual Representativo Operacional (ECRO) (Riviere) que existen entre las personas con discapacidad innata /o adquirida, Es decir; en otras palabras, el diseño no suele contemplar al estudiante que no tiene remanentes de representación de estructuras, formas o icono -descriptivas (imágenes que asociamos inherentemente a funciones cual signo universal). Así para el sordo pre-locutivo (o pre lingüístico) la velocidad de subtítulos de un video necesita otra gramática y velocidad que para el post-locutivo (post-lingüístico) cuya morfosintaxis de la escritura no difiere circunstancialmente de la del normooyente. Lo mismo ocurre con un ciego que no tiene remanente visual y no puede hacerse una representación de la “cosa”, con aquel que al haber tenido visión reconoce formar visuales y no solo una representación tacto- morfológica.

Somos conscientes que nuestro trabajo (práctico-experiencial de investigación y aplicación) (Proyecto Flor de Ceibo/Plan Ceibal-Uruguay/ Red Especial Uruguay (Redesuy-Uruguay) pone en cuestionamiento los protocolos de accesibilidad aceptados, pero no interpelados. Lo que sostenemos es que no basta con cumplir con las partes/normas necesarias si estas no tienen un sentido de estructura lógico (muchas veces adscriptos al mero sentido común) y no se ensamblan en sentido funcional (lo que llamamos ilógica de la “Tetera del Masoquista”).

Analógicamente la diversidad cultural y lingüista se adscribe a esta misma lógica de obstáculos funcionales, donde prima lo estético y no lo estratégico-operativo. Las imágenes móviles sobre las que hacer click, la mala selección de una imagen que induce al error interpretativo, el cambio aleatorio de fuentes (no colores o formatos específicos para tipos concretos de función (autores, títulos, noticias) son algunas de las problemáticas de los analfabetos digitales o migrantes culturales. Se necesita que los diseños sigan una lógica de izquierda a derecha de arriba hacia abajo de tal manera que permita construir y desconstruir el “camino” (teoría del “Click de Encauzamiento”) (Pereyra). 1 Donde se tienen las “partes” requeridas” pero el pico vertedor en lugar de estar opuesto al mango de la tetera están sobre el mismo flanco, lo que por lógica al usarla el usuario se derrama el líquido sobre sí quemándose´. Cumple con las partes, pero el armado es ilógico.

Es usual que los docentes de apoyo a la inclusión (contextos de Educación Inclusiva (no Especial)) no tengamos dialogo directo con los diseñadores gráficos e ingenieros en sistemas, y cuando ocurre, estos aportan ideas propias que se terminan transformando obstáculos didácticos o procedimentales. En este aspecto es necesario que quién diseña y “arma” la página web/EVA se limite solo y nada

más que a estructurar lo que se le es solicitado, y de la manera concreta en que se lo es; no se trata de subestimar el trabajo del otro, se trata de que uno tiene argumentos psico-fisiologizados y lingüísticos que nada tienen que ver con los prejuicios, etiquetas y vox populi sobre las personas con discapacidad y/o pertenecientes a otra cultura. En las plataformas EVA no se trata de hacer lo consideramos, se trata de hacer lo que el otro (que es otro diferente a mi) (Todorov) necesita. Los profesionales de/en la inclusión socio-educativa en este sentido, tienen la necesidad imperiosa que los profesionales informáticos (no especializados en problemáticas cognitivas-cognoscitivas ni lingüísticas) se limiten a desarrollar, implementar y desarrollar software, hardware y/o diseños web limitándose al pedido específico/concreto referido sin modificar los requerimientos explicitados, pues no toman conciencia (por provenir de un área con otra lógica de trabajo) que no se trata de “detalles”, se trata de cuestiones que pueden convertirse en una afectación funcional.

Esta problemática de disociación entre la mirada técnica profesional y la didáctico-pedagógica conlleva a un desencuentro donde el técnico-profesional informático “interpreta” y no “traduce” las solicitudes estratégico-situacionales y funcionales -operativas. Las decisiones así, no se realizan primordialmente desde un abordaje de uso (usabilidad), sino se limita al acceso (accesibilidad sobre la base de protocolos) y un diseño arbitrario librado al criterio de/de los profesional/es de turno (informáticos) que evalúan según criterios de diseño y programación sin sentido de viabilidad y pertinencia respecto a minorías de usuarios; en otras palabras, no se baraja el amplio (y diverso) espectro de los usuarios.

Nuestra propuesta, es diseñar un formato operativo de diseño web, análogo a las páginas que sobre uno de sus márgenes despliega una barra de elección/selección de idioma (lingüística) como alternativa; concretamente que, al igual que se despliega una barra de opciones de idioma, se despliegue una barra de uso con categorías de usuarios (tipos de usuario: ciego, toba, qom, sordo, discapacidad motriz, extranjero, etc.) y que guarde/register (como lo hacen otros sistemas operativos *on-line* u *offline*) las preferencias de este. De lograrse paulatinamente una programación y diseño que dé respuesta a este tipo de problemáticas/necesidades se abrirá camino a EVA cuasi-personalizadas lo que hará a una real democratización del acceso y uso (ingreso y permanencia en el Sistema, sobre todo por las oportunidades de la educación a distancia y el cursado virtual) y fijará bases reales para la inclusión educativa real.

## Consideraciones particulares de referencia

Sin embargo, es posible referenciar a modo de guía (general), algunas consideraciones que han de contemplarse al momento del armado, o al menos en la instancia de planificación de la diagramación de un EVA. Estas, contemplan ideas prácticas (técnico-operativas) para evitar transformar algunos “apoyos” en obstáculos.

Como hemos sostenido, es pertinente ante todo lo expuesto, destacar que, ante el surgimiento de nuevos espacios (digitales/virtuales), se ha dado el desarrollo de determinadas directrices y pautas técnicas de carácter internacional inherentes a la accesibilidad, que regulan las condiciones que permiten el acceso especial, lo que exigen alternativas a los formatos de presentación de contenidos. Recomendamos en este sentido el artículo de de Marco (2009) citado en referencia bibliográficas.

Sobre los sitios web concretamente (y en especial sobre los Espacios Virtuales de Aprendizaje) presentaremos lineamientos básicos y simples, que sin embargo por ello no deben de ser ignorados. No pretendemos conformar una “receta” sino una simple guía práctica de puntos que a la postre, de no ser considerados, pueden implicar lo inaccesible de un espacio virtual para una persona con determinadas problemáticas.

Uno de los principales puntos radica en considerar y tener presente el concepto de Usabilidad, y los requisitos (prácticas pedagógicas mediadas por las tecnologías digitales con prácticas de equidad socio-digital y recomendaciones sobre aspectos técnicos específicos) donde tomamos como base el texto sobre guías de diseño e implementación de portales estatales, en especial en su capítulo III “Accesibilidad Web” el artículo “Acceso sin barreras...” de Humberto de Marco (Agesis, 2009). Los conceptos a poner el juego son: tecnologías (TIC), educación y accesibilidad de/en ordenación y estructuración que se exigen para considerar la accesibilidad. Por qué referimos a “ordenación” y no solo a estructuración (Agesic, 2009); porque no basta únicamente con contar con lo exigido, sino que debe de organizarse de tal manera que no pueda concebirse su uso normal con inconvenientes.

Tomemos un ejemplo (analógico) para entenderlo. Si los requisitos (legales) exigen para poder entrar a un edificio la existencia de una rampa, la mera rampa por sí sola no garantiza el acceso si esta no se encadena a un orden lógico, que

termine en una puerta de acceso y no en una pared. Por lo tanto los recursos no solo deben estar presentes sino también ser funcionales.

Es decir, no solo que puedan/deban ser usadas, sino con la menor dificultad posible. Por lo tanto lo que pretendemos plantear es el que debe en todo momento buscarse reducir las dificultades en lo que refiere al uso propio de la herramienta informática, sustituyendo, corrigiendo o planteando alternativas de uso, particularmente en lo referente a la interacción. Recordemos que el principio de usabilidad, está en correlación directa con la calidad del producto/espacio virtual.

Para ello es necesario el diseño de una interfaz sencilla (no compleja), que se adscriba a criterios y estrategias considerando sus objetivos y el alcance pretendido. Retomamos aquí el (re)pienso en la construcción del sitio y sobre todo el pensar a quién va dirigido (si apunta específicamente a personas con discapacidad o de contextos bilingües o multiculturales, que discapacidad, o que lenguas (ejemplo lenguas ágrafas); o si pese a tener un público amplio si es posible que sea de interés particular para estos grupos/los abarque).

A su vez debe de tomarse en cuenta el fin del sitio ¿cuál es su finalidad, ¿comunicar?, ¿espacio de interacción?, ¿apoyo o base del trabajo en aula?... cada propuesta necesitará sus propias adecuaciones. Esto no es más que considerar quién utilizará el sitio, por qué, y en qué condiciones (cómo) (personajes-objetivos-escenarios) (Agesic, 2009).

Ello exige una estructuración a partir del/los perfil(es) de los usuarios, el qué buscan y qué cosas requieren en esa búsqueda, una vez más particularmente procurar información de los requerimientos y necesidades de las distintas discapacidades (o moverse dentro de criterios estándar).

Ejemplo de un caso concreto refiere a si entre los estudiantes existen personas con discapacidad auditiva; esto exige implementar una serie de alternativas que hagan a una compensación lingüística en caso de materiales es formato de audio (textos, interpretación, imágenes, subtítulos, etc.). Sobre aspectos particulares: los títulos y los nombres del sitio o referencias deben ser claros y específicos, en lo posible no ambiguos y dentro de lo que permita las características sin un lenguaje muy técnico (al menos en uso y tareas). Si son acotados y acompañados de imágenes o recursos (vídeo, textos, interpretación en Lengua de Señas) mejor. La presencia de categorías, agrupación por colores, detallismos en el diseño que permitan ordenar la pantalla y los motores de búsqueda sin contaminar visualmente (“ensuciar”) colaboran en facilitar el acceso; es decir, que la búsqueda sea

clara, sencilla y no remita a otros elementos que redunden en confusión: “Si usted busca un destornillador determinado cuánta más herramientas tenga la caja, más difícil será la búsqueda. Y si todas las herramientas son destornilladores, peor aún”. (Agesic, 2009; p. 58).

Es necesario y primordial un buscador semántico, no de etiquetas. Esto determina la fácil interacción con la página, lo que no genera frustración, a la vez de considerar los aspectos del lenguaje; pretendemos decir con ello que, nos referimos a que las propuestas y las acciones tiendan a mantener un lenguaje de uso e identificación (viabilidad) prefijado.

La accesibilidad y la usabilidad implican entender/comprender /atender las problemáticas perceptivas y de motricidad fina (contrastes, punteros, espacios y distancias entre botones, etc.), como también los déficit atencionales que tiende a estar presentes en este tipo de población. Una vez más recordemos la importancia del lenguaje (debe evitar tecnicismos, textos extensos y dentro de lo posible trasponerse al lenguaje común del usuario en aquellos casos de Trastornos del Espectro del Lenguaje o lengua originaria).

Una recomendación básica en el sentido de lo que se viene presentando es el ordenar los contenidos en categorías, en lo posible excluyentes (que algo este concretamente en un lugar fácil de ubicar y no entre dos o tres lugares y confunda). Se sugiere armar en secuencia de estructura de árbol con título y subtítulos. A esto se le denomina “Arquitectura de la información”. La necesidad de una estructuración funcional- operacional, exige elementos gráficos adaptados y adecuados, sin que ello por supuesto implique descuidar lo estético.

Es recomendable, dentro de lo permitido por el soporte, que el ingreso pueda darse a partir de un perfil de usuario (por ejemplo elección de categoría de discapacidad), lo que determinaría un diseño de acceso relativamente personalizado. Sería interesante la posibilidad de que en sitios de uso común (EVA en este caso) pueda permitirse a los usuarios personalizar acciones frecuentes (Agesic, 2009; p. 86), lo que es el componente básico de la individualización sistema ayuda-usuario.

Es necesario en esta línea una confección que considere los diferentes niveles de interacción y consecuentemente conlleve a una fácil comprensión y uso (optimizar modos). Es posible responder a ello si ubicamos a los diseños desde un modelo competencial (desde la competencia), desde el qué pueden hacer y cómo, y no solo desde las limitaciones, y desde aquí desarrollar los medios complementarios-suplementarios necesarios.

El mirar, leer y pensar son tres niveles distintos con requerimientos propios (especificidades) y que deben ser contemplados. De igual modo cabe destacar que cuando un visitante enfrenta un sitio web, lo hace con una serie de prenociones, es decir un “bagaje” de experiencias y aprendizaje adquiridos previamente, determinando un ECRO que podrá tender al reconocimiento de patrones y relaciones causa-efecto (no es una “tabla rasa”). Es importante en este contexto entonces, hacer especial hincapié en estructurar el espacio a partir de patrones de reconocimiento simple y elemental los que van desde efectos cromáticos, pasando por espacios, hasta ubicación y tamaños (colores, formas, agrupamientos).

Es imprescindible junto con lo expuesto, que la interacción sujeto-espacio permita el principio de manejo por intuición, o sea, aprovechar los patrones que en marcos “estándares” los individuos han ido adquiriendo y tender a reproducirlos. Tengamos en cuenta en este sentido las nociones de estímulo-respuesta reforzamiento de Pavlov (Fachinelli, 1997) y Skinner (1979), y en esa relación lo simple y significativo, es decir, la importancia de lo evidente: “... Seguir convenciones del mundo real, desplegando información en un orden natural y lógico”. (Agesic, 2009; p. 83).

El uso de estándares y convenciones de formatos juegan aquí un rol determinante, pues hacen al permitir poder percibir, entender, navegar e interactuar de forma real y efectiva, así como crear y aportar contenidos, cosa que también hace al respeto de los DDHH.

De considerar los factores anteriormente descriptos no solo se contemplan las personas con discapacidad sino que alcanzará a otros grupos que también presentan necesidades (enfrentan otras problemáticas) frente al acceso y uso de las TIC y la WEB como: las personas de edad avanzada, las de bajo nivel de alfabetización, las que poseen problemas idiomáticos (extranjeros o de pueblos o culturas indígenas/originarias) y aquellos que se desempeñan en ambientes/contextos poco favorables (ambientes ruidosos, de problemas lumínicos, equipos antiguos, etc.).

Incorporar políticas de accesibilidad y usabilidad (y sus pautas) aparejará grandes ventajas operativas-funcionales. Tecnologías, educación y accesibilidad/usabilidad particularmente se combinan en el eje/ aspecto central: es derribar (y no instaurar) barreras, lo que equivale a sostener que no basta (o se limita) a los requisitos o criterios que hemos desarrollado, sino que a su vez debe ser un diseño tolerante a errores, que minimice el impacto de acciones accidentales o casuales (fortuitas) que puedan acarrear consecuencias “fatales” o no deseadas.

Deben de pensarse aspectos técnicos en apariencia insignificantes y promover que estos sean ineludiblemente considerados. El no diseño de contenidos que presenten cambios bruscos de luminosidad o destellos ya que estos pueden ser causantes de (generar) ataques de epilepsia es ejemplo de ello. Ya sea accesibilidad total o parcial, contemplar estos y otros factores nos permitirá cumplir con la obligación moral y profesional de dar igualdad de derechos y oportunidades a esta población en apariencia “invisible”.

## Conclusiones de proposición

En cuanto a la educación inclusiva en sí, y el papel que juegan las innovaciones del orden tecnológico, es importante entonces poder elaborar y poner en ejecución proyectos pedagógicos (Gros, 2004) que contemplen lograr instituir estrategias pedagógico-digitales que profundicen una integración cuanti-cualitativa de recursos tecnológicos en los procesos de enseñanza-aprendizaje. SID 2016, 16º Simposio Argentino de Informática y Derecho 45 JAIIO - SID 2016 - ISSN: 2451-7526 - Página 37

Estos procesos tanto en el orden macro (estableciendo principios y concepciones en los procesos educativos) como en el micro (manifiestos en la acción del docente/educador en la relación con el estudiante y entre estos), deben identificar necesidades y potencialidades (y demandas) y eruirse como un instrumento de índole técnico-pedagógico-cognitivo, partiendo de las interrogantes ¿qué hacer? ¿por qué hacer? ¿cómo hacer? ¿para quién hacer?

Es innegable el impacto (y efectos) de los factores expuestos en marco del modelo 1 a1. Estos espacios permitirán un aprendizaje en tres niveles: con los docentes, con la exploración individual y en la exploración entre pares. Sin embargo no pretendemos que estos espacios y modos impliquen una revolución didáctico-pedagógica, pero si al menos una evolución/innovación en el orden de la educación especial y/o inclusiva. Hasta el momento las políticas de inclusión de personas con consideraciones didácticas especiales (ex-necesidades educativas esenciales/específicas) se han centrado (y puesto en práctica) en “microacciones” o “micropolíticas” en instituciones educativas concretas (casos puntuales), y a su vez en estos en muchos casos solo reducidos al aula. Han atendido instancias coyunturales y no estructurales. Todo el ideario expuesto se construye a partir de



bases conceptuales, prácticas y teóricas, que se desprende del trabajo fáctico que refieren al papel/rol de TIC como instrumentos y recursos (didácticos y/o pedagógicos) que aportan modos significativos a partir de los cuales se instrumentan e innovan (y crean) nuevas formas e interfaces para la enseñanza y el aprendizaje (Castellano y Montoya, 2011), reconociendo que el ambiente/medio incrementa o reduce el impacto de la discapacidad en el individuo, lo que hace a la necesidad de considera en todo momento el atender, entender y comprender las NEE (en este caso la situación problema).

## Referencias bibliográficas

- Alcantud, F. y Ferrer, M. Ayudas técnicas para estudiantes con discapacidades físicas y sensoriales. Rivas F. y Lopez, M. Asesoramiento vocacional a estudiantes con minusvalías físicas y sensoriales. Universitat de Valencia.1998.
- Basil, C, Almirall, C. y Soro-Camats, E. Discapacidad motora, interacción y adquisición del lenguaje: sistemas aumentativos y alternativos de comunicación. Madrid: MEC, 1995.
- Castellano, R. & Montoya, R. Laptop, un andamiaje para la educación especial. En: Gunter Cyranek (Ed.) Montevideo, 2011.
- Coll, C. Psicología de la educación y prácticas educativas mediadas por las tecnologías de la información y la comunicación: una mirada constructivista. Sinéctica, 2004. CPA-Ferrere Plan Ceibal. Principales lineamientos estratégicos. Noviembre. Disponible en: <http://www.ceibal.org.uy/docs/Informe%20Plan%20Estrategico%20CEIBAL.pdf> 2010
- de Marco, H. “ Acceso sin barreras”. Capítulo III, Accesibilidad Web Guía para diseño de portales. Agesisc. (p. 149 en adelante). 2009.
- Fachinelli, E. Feud y Pavlov. Centro editor de América latina, Bs. As. 1997 SID 2016, 16º Simposio Argentino de Informática y Derecho 45 JAIIO - SID 2016 - ISSN: 2451-7526, p. 38.
- Gros, B. “De cómo la tecnología no logra integrarse en la escuela a menos que... cambie la escuela”. Experiències d’ús de les TIC a l’ensenyament. Jornada Espiral, 2004.
- King, D. La aplicación del software en la Educación Especial. Informática y Educación Especial, Edición ICEUniversidad de Barcelona. Barcelona. 1990, pp. 10-31
- LATU (2010). “Desarrollos especiales. Desarrollos y adaptaciones para la inclusión de niños con discapacidades al Plan Ceibal”. Centro para la Inclusión Tecnológica y Social. (CITS) Disponible en: [http://www.agesic.gub.uy/innovaportal/file/997/1/Guadalupe\\_Artigas\\_Plan\\_Ceibal.pdf](http://www.agesic.gub.uy/innovaportal/file/997/1/Guadalupe_Artigas_Plan_Ceibal.pdf)
- Moreira, N & Viera. A “Aproximación diagnóstica sobre el funcionamiento del Plan Ceibal en la educación especial. El caso de la discapacidad motriz”. Ponencia presentada en las IX Jornadas de Investigación de la Facultad de Ciencias Sociales. Montevideo. Disponible en: <http://www.fcs.edu>

- uy/archivos/Mesa\_16\_Moreira%20y%20Viera.p (2011). “Diagnóstico e intervención en escuelas especiales. El Plan Ceibal y la discapacidad motriz” En IV Jornadas de Investigación y III Jornadas de Extensión de Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Montevideo: FHCE. 2010.
- Orellana A. y otros. Como valoran y usan la Tecnología de la Información y la Comunicación (TIC) los profesores de alumnos con Necesidades Educativas Especiales. *Revista de Educación*, 2007. 342, 249-372.
- Pereyra, J.M. (2014) Tecnología, educación y accesibilidad: nociones didácticas, pedagógicas y técnicas sobre nuevos espacios de aprendizaje. 14º Simposio Argentino de Informática y Derecho, SID 2014 -43 JAIIO - SID 2014 - ISSN: 1850-2814 (pág. 34-43) <http://43jaiio.sadio.org.ar/proceedings/SID/4.pdf> (Octubre, 2014)
- Pichon Riviere E. El proceso grupal: del psicoanálisis a la psicología social. Bs. As., Buena Visión, 1999.
- Ropero Ruiz, P.; Ropero Ruiz, G.; Torres, J. “Aspectos educativos de la discapacidad motórica” *Revista DOCES*, 114-120.1998
- Santarosa, A. (Org). *Tecnologias Digitais Acesíveis*. JSM Comunicacao Ltda. Porto Alegre. 2010.
- Skinner, B. *Tecnología de la enseñanza*. Barcelona, Labor, 1979. Berlín Heidelberg Nueva York, er-Verlag, (1996).
- Viera, A., Cairoli, F., Elgue, A., Pereyra, J.M., Rodríguez, S. y C. Varlotta (2012). *Accesibilidad, Inclusión y discapacidad motriz. Una experiencia de intervención en escuelas especiales*. En Flor de Ceibo (2012). Comisión Sectorial de Investigación Científica (CSIC). Universidad de la República (UdelaR). Uruguay.

- Derechos humanos: Niñez y adolescencia -

# Derechos Humanos

Niñez y adolescencia

TOMO I

Laura Lora  
*(compiladora)*

ISBN 978-950-29-1979-9

