



Derechos Humanos

Niñez y adolescencia

Laura Lora
(compiladora)

TOMO II

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 978-950-29-1980-5

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.

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

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

COMISIÓN 3

NIÑEZ VÍCTIMA Y NIÑEZ IMPUTADA: NUEVAS MIRADAS 9

Los traslados de los/as adolescentes privados/as de libertad y su impacto en el desarraigo familiar 10

María Consuelo Barletta Villarán

Los estándares comunes para Iberoamérica sobre determinación y revisión judicial de sanciones penales de adolescentes: una aproximación a su posible impacto en la práctica de las y los operadores jurídicos..... 26

Sofía Cobo Téllez e Ignacio V. Mayoral Narros

La necesidad de creación e implementación del fuero penal juvenil en la provincia del Chubut..... 39

Oswaldo Ariel Heiber

Críticas a la era del siglo 21, la niñez, nuevas perspectivas, nuevos guardianes civiles..... 60

Gabriela Isabel Posteraro

Mediación penal juvenil, promoviendo diálogos generativos y prácticas restaurativas..... 65

María Dolores Suárez Larrabure

COMISIÓN 4

MIGRANTES, GÉNERO E INFANCIA..... 85

Infancia migrante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Reflexiones sobre la naturaleza de algunos derechos.....86

Fernando Arlettaz

Integración de los migrantes a la estructura de los sistemas educativos para la efectivización del derecho humano a la educación 104

Paula Noelia Bermejo y Salvador Francisco Etchevers

Niñeces, derechos humanos e identidad de género..... 117

José Carlos Leanza

¿Quiénes son las X? Identidades no binarias a la luz de la ley Identidad de Género 140

Matías Ezequiel Leiría

Regulación normativa de la adopción homoparental en Ecuador frente al derecho de los NNA a tener una familia e interés superior del niño..... 155

Ilíana López Ruiz y Francisco Burbano Bolaños

Comunidades originarias y trabajo infantil. ¿Infancias indígenas trabajando o Infancias trabajando? El peligro entre la simplicidad y complejidad no siempre lineal..... 173

Jacqueline Ivone Paul

COMISIÓN 5

PUEBLOS ORIGINARIOS E INFANCIA 191

La naturalización y justificación de los abusos sexuales de niñas y adolescentes pertenecientes a comunidades originarias..... 192

Silvia Noemí Escalante

Jerarquización del proceso de control de legalidad de la medida excepcional	201
<i>Ángela Gabriela Fernández y Esteban Caride</i>	
Cronicidad, progresividad, denuncia tardía y retractación: factores psicosociales que interpelan el tratamiento jurídico del abuso sexual intrafamiliar hacia niños, niñas y adolescentes.....	215
<i>Sergio Oscar Libera Medina</i>	
Pornografía infantil: el papel jurídico y su eficacia disuasoria frente al delito.....	233
<i>Misael Tirado Acero, Carlos Alfonso Laverde Rodríguez y Jenniffer Pinilla León</i>	
Gestación por sustitución: la deuda del derecho argentino, una realidad que no puede ser silenciada.	256
<i>Daiana Giselle Varela, Alexia María Molina y María Dolores Suárez Larrabure</i>	

COMISIÓN 3

Niñez víctima y niñez
imputada: nuevas
miradas

Los traslados de los/as adolescentes privados/as de libertad y su impacto en el desarraigo familiar

María Consuelo Barletta Villarán¹

En la estrategia de reintegración sociofamiliar de los adolescentes en conflicto con la ley penal, se tiene como fundamento primordial mantener al adolescente cerca de su propia familia, a fin de favorecer al desistimiento futuro de su conducta infractora de la ley penal, sin embargo, de manera excepcional podrá evaluarse lo contrario, cuando la propia dinámica familiar tiene factores criminógenos.

En consecuencia, los traslados deberán considerar la especial situación de vulnerabilidad del adolescente en conflicto con la ley penal, no debiéndose olvidar su condición de sujeto derechos y la consiguiente posición garante del Estado, en la medida que se encuentra obligado a brindarle un trato con humanidad y con dignidad inherente a su condición humana.

El presente trabajo se basa en el caso sucedido en relación con una adolescente cuyo traslado se consideró obligatorio, por solo existir un único centro de privación de libertad de adolescentes mujeres a nivel nacional, y sin embargo el Tribunal Constitucional peruano, máximo interprete constitucional, determinó lineamientos para evitar la afectación de sus derechos mediante el desarraigo familiar y social.

Esta decisión jurisprudencial, es expresión de lo indicado con anterioridad por el propio Tribunal Constitucional, cuando señala que la finalidad del ámbito

¹ Docente Universitaria Pontificia Universidad Católica del Perú.

penal juvenil consiste en: “...no sancionar al adolescente, sino prevenir que vuelva a incurrir en actos similares y lograr un cambio en su conducta...” (Fundamento N°21.1.b STC 00804-2013-PHC/TC)

Es decir, toda intervención con adolescentes en conflicto con la ley penal, tiene una única finalidad, lograr que el sujeto abandone la trayectoria delincuen- cial, mediante una intervención educativa, que favorezca a la culminación de un proceso de socialización no concluido o defectuosamente construido, y en donde la familia se constituye una institución primordial para su logro.

Un caso para el análisis

Adolescente mujer de 14 años es hallada responsable de robo agravado en la ciudad de Trujillo² por una autoridad judicial competente. Debido a la gravedad del tipo penal, el juez especializado (11/04/2009) resuelve otorgarle el internamiento preventivo. Al no existir Centros Juveniles de privación de libertad en la ciudad de Trujillo, establece su traslado al Centro Juvenil “Santa Margarita”, ubicado en la ciudad de Lima³, para que cumpla con la medida coercitiva.

El Juez justifica su decisión señalando que la ciudad de Trujillo no cuenta con un centro de internamiento para adolescentes mujeres, habiendo solo el Hogar de la Niña para su custodia temporal, amparándose en el artículo 211 del Código de los Niños y Adolescentes⁴ (norma que no autoriza este traslado).

Sobre el particular, el Tribunal constitucional peruano afirma lo siguiente:

² Ciudad que queda al norte del Perú.

³ La distancia entre la ciudad de Trujillo y Lima es de 487 kilómetros (302 millas).

Artículo 211°.- Internación.- La internación preventiva se cumplirá en el Centro de Observación y Diagnóstico del Poder Judicial, donde un Equipo Multidisciplinario evaluará la situación del adolescente. El Estado garantiza la seguridad del adolescente infractor internado en sus establecimientos.

⁴ Artículo 211°.- Internación.- La internación preventiva se cumplirá en el Centro de Observación y Diagnóstico del Poder Judicial, donde un Equipo Multidisciplinario evaluará la situación del adolescente. El Estado garantiza la seguridad del adolescente infractor internado en sus establecimientos.

- Que el traslado de las adolescentes es un supuesto para interponer un Habeas Corpus, puesto que se vincula a la trasgresión de derechos conexos a la libertad.⁵

- Procede el Habeas Corpus conforme al Código Procesal Constitucional, para brindar protección al derecho de no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad.

Adicionalmente, en relación con las garantías propias de la especialidad penal juvenil, sostiene que el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño ha establecido los parámetros mínimos de un sistema penal juvenil, entre los cuales se encuentra;

- La privación de libertad como última ratio, es decir como último recurso y por el plazo más breve.

- Se debe brindar un trato con humanidad y con dignidad, inherente a su condición humana, que incluye su contacto con su familia, salvo circunstancias excepcionales.

Aquí resulta fundamental señalar el contenido propio del trato con humanidad y con dignidad de las y los adolescentes privados de libertad, que incluye el contacto con su familia, por lo que esto denota para su desarrollo afectivo y emocional, salvo circunstancias excepcionales, las cuales deberán determinarse y limitarse a situaciones en que la familia no es un buen ejemplo o cuando sus miembros disponen al adolescente a la comisión de conductas trasgresoras de la ley penal.

Por otro lado, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

“...de conformidad con las disposiciones del artículo 5 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en una situación de detención compatible con su dignidad personal. Asimismo, como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos...”⁶

⁵ Corte IDH. Caso «Instituto de Reeducción del Menor» Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

⁶ Conforme el artículo 200 inciso l y el artículo 25 del Código Procesal Constitucional.

En consecuencia, está vigente el principio de la doble garantía, puesto que la posición de garante del Estado adquiere mayor responsabilidad, ya que se vincula a la garantía adicional del resguardo derechos fundamentales propios de la etapa adolescente, entre los cuales se identifica el derecho al contacto con la familia, relacionado con el derecho a la vida y al desarrollo integral, contenidos en el artículo 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño respectivamente.

Agregándose asimismo, que el rol garante estatal, está consignado en el deber de prodigar protección especial a los/as adolescentes, por su condición de tales, establecido en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, y el mantener al adolescente privado de libertad alejado de su familia incumple este deber y transgrede la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por lo tanto, el máximo intérprete de la Constitución refiere a que la privación de libertad es una medida excepcional dentro de un sistema garantista, y que tiene como eje la reintegración del adolescente en la sociedad, y en consecuencia no debe quebrar el acceso al estudio, al servicio básico de salud y nutrición, y mucho menos el quiebre del vínculo familiar.⁷

Adicionalmente, se agrega que la normativa peruana no establece un parámetro mínimo que permitirá determinar en qué centro se cumplirá con dicha medida y bajo qué condiciones se efectuará, el Tribunal considera que debe existir un estándar más riguroso en la aplicación de las medidas de internamiento, con la finalidad que los/as adolescentes en conflicto con la ley penal tengan un tratamiento proporcional y razonable a la infracción cometida⁸, cuestión que finalmente implica considerar los traslados como un atentado al principio de proporcionalidad aludido, al producirse un efecto más lesivo en la medida privativa de libertad.

Asimismo, se agrega que el Traslado de los/as adolescentes en conflicto con la ley penal constituye una práctica habitual por parte de los jueces encargados de aplicar la justicia penal juvenil. Sin embargo, el Tribunal constitucional advierte que ni los jueces, ni los organismos de la sociedad civil encargados de velar por los derechos del niño, han estudiado con el debido cuidado el impacto que este

⁷ Fundamento 15 de la Sentencia del Tribunal Constitucional.

⁸ Fundamento 19 y 20 de la STC.

tipo de traslados tiene sobre el niño y su familia. Esto se reafirma con el reporte de la Defensoría del Pueblo del Perú, el que refirió a que la ubicación de los Centros Juveniles en algunas ciudades del país ocasiona que los adolescentes sean visitados por sus familiares de manera ocasional o escasa, originando la afectación del mantenimiento del vínculo familiar.⁹

Finalmente, se juzga esta práctica judicial, la cual es calificada como errónea y que demuestra un rezago de la doctrina de situación irregular, puesto que decidir en qué ciudad se deberá cumplir la medida de internación supone considerar al niño y adolescente como un objeto y no como un sujeto de derecho. Cuestión distinta podrá proceder cuando hay mecanismos de recojo de opinión del adolescente al respecto.

Al momento de resolver, el Tribunal Constitucional ordena a los jueces competentes que imparten justicia especializada, que se abstengan de imponer medidas de internamiento o medidas socioeducativas que impliquen el traslado del niño a una ciudad ajena su domicilio y entorno familiar y se resuelve declarando fundado el Habeas Corpus, y el agravio constitucional por violar el artículo 4 de la Constitución Política del Perú y asimismo, nula la resolución de la Sala Superior que confirma el traslado. Por último, ordena a los juzgados respectivos que la adolescente sea trasladada y que cumpla la medida socioeducativa en Trujillo, siendo esta su ciudad de origen.

El derecho a mantenerse cerca a su familia

La privación de libertad no debe restringir el ejercicio de otros derechos fundamentales, sobre el particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que [...] la protección de la vida (...) requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga

⁹ Defensoría del Pueblo, La situación de los adolescentes infractores de la ley penal privados de libertad. Lima, Informe Defensoría, N° 123, 2007.

privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su detención o prisión.¹⁰

Adicionalmente, la Corte reitera que los Estados deben garantizar los derechos humanos de todos los niños privados de su libertad, y además tiene la obligación de desarrollar acciones que permitan neutralizar o disminuir los efectos de-socializadores de la privación de libertad. A estos efectos, resulta indispensable que las medidas sancionatorias eviten en la mayor medida posible la vulneración de otros derechos distintos a la libertad ambulatoria, como son la educación y la salud, y permitan el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios.

Lo indicado coincide y tiene su sustento normativo en el artículo 1 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescente, que señala: “El adolescente entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, es sujeto de derechos y obligaciones, responde por la comisión de una infracción en virtud de una responsabilidad penal especial, considerándose para ello su edad y características personales”.

Es decir, antes de aludir a su condición de adolescente infractor a la ley penal y privado de libertad, se enfatiza en su conceptualización jurídica, como sujeto de derechos y obligaciones. Esto implica no desconocer su condición primera de “adolescente”, que conlleva la aplicación conjunta de los principios de la especialidad, contenidos

prioritariamente en el título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y en la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo además aplicable todo el corpus juris internacional en materia de derechos humanos que favorece a prodigarle protección especial.

Sobre el particular, la normativa peruana señala que los adolescentes son destinatarios de derechos inherentes a la persona humana y adicionalmente de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo, y por otro lado

¹⁰ Corte IDH, Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” de Fundação CASA. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de julio de 2007, considerando octavo; Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” de FEBEM. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de julio de 2006, considerando décimo; Caso Instituto de Reeduación del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 160.

también, se les reconoce destinatarios de protección específica.¹¹ Esto se manifiesta en la necesidad de mantener el vínculo familiar e incorporar a esta como parte de la estrategia de desistimiento de la conducta infractora a la ley penal.

La aplicación de estos principios jurídicos es reforzado al señalarse actualmente en la normativa que la medida socioeducativa de internación debe ser cumplida en los Centros Juveniles más próximos al entorno familiar del/la adolescente,¹² con lo que se establece el requerimiento de mantener la cercanía de la familia, a fin de buscar atenuar al máximo los efectos del encierro y favorecer al involucramiento de sus miembros para la ejecución del Plan de Tratamiento Individual.¹³ Sin embargo, en la normativa peruana la referencia a este derecho también es satisfecha con la comunicación por escrito o teléfono con sus padres, tutores y/o adulto responsable, desconociendo la especial relevancia que implica el contacto personal, más aún si resulta requerido en base la Teoría de la Tensión para el desistimiento de la conducta infractora. La mencionada teoría criminológica plantea que las personas que desistieron coinciden en el hecho de que su contexto personal y social fue un factor relevante a la su salida de los centros de encierro, para resolver los problemas asociados a la continuación de la delincuencia (Farrall & otros, 2002), de esta manera el involucramiento de los miembros de la familia en el proyecto de vida futuro del adolescente, no solo resulta de vital importancia sino también estratégico.

En consecuencia, este derecho a mantener contacto con sus familiares, involucra no solo el contacto “por escrito o teléfono”, sino a visitas que permitan mantener el vínculo requerido para el momento del egreso del adolescente, y que se constituye en un derecho expresamente consignado en la normativa, al señalarse que: “El/la adolescente tiene derecho a recibir visitas y a comunicarse con sus familiares y/o personas autorizadas por el Equipo Técnico Interdisciplinario en los ambientes acondicionados en los centros juveniles, de acuerdo con el horario y medidas de seguridad establecidas por el/la directora/a”.¹⁴

¹¹ Artículo II y IV del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

¹² Artículo 165 literal a) del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente.

¹³ Artículo 177.10 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

¹⁴ Artículo 152.1 del D.S.004-2018-JUS, Reglamento del Código de Responsabilidad Penal de

Sin embargo, las restricciones para el ejercicio de este derecho se encuentran vinculadas al orden, disciplina, capacidad y seguridad del Centro Juvenil. Sobre la base de ello, corresponde al director/a del Centro Juvenil determinar el número máximo de visitantes a que tiene derecho cada adolescente.

Los integrantes de la familia que visitan al adolescente

La normativa establece los familiares que pueden visitar al/la adolescente, entre los cuales se prioriza: los familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y de los cónyuges o convivientes¹⁵, sin embargo deberán contar con la autorización del director del Centro Juvenil, previo informe del Equipo Técnico Interdisciplinario.¹⁶

Asimismo, en la normativa peruana se consigna el supuesto de menores de edad que pueden ser autorizados a visitar al adolescente, quienes podrán entrar en compañía de una persona mayor de edad, salvo el supuesto que se trate del cónyuge o conviviente del adolescente, quien no requiere de la compañía de un adulto.¹⁷

Adicionalmente a lo indicado, en términos criminológicos para favorecer al desistimiento de la conducta infractora en adolescentes, es necesario detenernos en la Teoría del Control, la cual refiere a generar un “punto de inflexión”, es decir generar que el/la adolescente se sienta vinculado/a personas con roles convencionales y que se genere en ellos/as la preocupación de defraudarlos si siguen infringiendo la ley penal, lo que contribuye a que asuma actividades e identidades convencionales, como los relativos a ser “pareja” o ser “padre” (Laub & Sampson,

Adolescentes (D.L. 1348).

¹⁵ Colocándose en el supuesto de carencia de certificado de convivencia, lo cual podrá ser suplido con un informe positivo del equipo técnico interdisciplinario del Centro Juvenil de privación de libertad. 15 Artículo 152.4 del D.S.004-2018-JUS, Reglamento del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes (D.L. 1348).

¹⁶ Artículo 152.4 del D.S.004-2018-JUS, Reglamento del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes (D.L. 1348).

¹⁷ Artículo 158 del D.S.004-2018-JUS, Reglamento del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes (D.L. 1348).

2001), de esta manera recomponer su vínculo con sus familiares o generar nuevas relaciones familiares, se constituye en una estrategia vital, que solo será aplicable manteniéndolo en su entorno sociofamiliar de origen.

Sobre el particular, en la única encuesta obtenida de adolescentes privados/ as de libertad en el Perú del año 2016, se constata que los padres son las personas que mantienen mayor contacto con el/la adolescente, mostrando la madre mayor constancia en la visita. También se incluye la familia extensa y la pareja de los adolescentes. Asimismo, se indica en los resultados de la encuesta que el informante pudo dar más de una respuesta.

Cuadro N°1 Población juvenil Infractora a nivel nacional, por sexo, según persona que visita frecuentemente en el Centro Juvenil, 2016 Fuente: INEI – Censo Nacional de Población en los CJDR, 2016

Persona que visita	Total		Sexo			
			Hombre		Mujer	
	Abs.	%	Abs.	%	Abs.	%
Total	1 965	100	1 878	100	87	100
Mamá/madrasta	1 375	70,0	1 323	70,4	52	59,8
Papá/padrastro	780	39,7	750	39,9	30	34,5
Hermanos(as)	642	32,7	621	33,1	21	24,1
Abuelo(a)	222	11,3	209	11,1	13	14,9
Tíos(as)	138	7,0	120	6,4	18	20,7
Pareja	106	5,4	106	5,6	0	0,0
Hijos(as)	67	3,4	61	3,2	6	6,9

Fuente: INEI – Censo Nacional de Población en los CJDR del Perú, 2016

Otra ventaja de mantener al adolescente cercano a su familia, es la probabilidad de obtener la variación de la medida socioeducativa, y por lo tanto generar un externamiento más pronto del centro de privación de libertad, esto sobre la base de la revisión de su medida, conforme el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los requisitos planteados para la variación de la medida socioeducativa se encuentran orientados en mostrar los avances o progresos, así también el retroceso

de los adolescentes en el cumplimiento de la medida socioeducativa privativa de libertad. Esta decisión judicial procede de oficio o a solicitud de parte, cuando se cumplan los siguientes requisitos establecidos por ley¹⁸: a. Se haya cumplido la tercera parte del plazo¹⁹ de internación impuesto²⁰, b. Informe favorable del Equipo Técnico Interdisciplinario, c. La decisión considera el respeto al principio educativo, del interés superior del adolescente y que se haya cumplido con el fin de la medida socioeducativa. En consecuencia, si el informe del Equipo Técnico Interdisciplinario incorpora referencias de un buen respaldo familiar al adolescente, es una cuestión positiva a valorar, por evidenciarse como factor de protección, en la medida que este favorece al abandono de la trayectoria delincuencial por el adolescente, así es entendido cuando al señalarse los criterios en el reglamento de la mencionada ley, se menciona valorar la participación y acompañamiento favorable del entorno familiar en la ejecución de la medida socioeducativa.²¹

El Traslado y su impacto en el Principio de Proporcionalidad y del Interés Superior del Adolescente.

El Traslado debe ser medido y evaluado en su aplicación conforme principios propios de la especialidad penal juvenil.

En relación con el Principio de Proporcionalidad: De manera general, la orientación de su aplicación esta direccionada a limitar el *ius punendi* y favorecer a la adecuada armonización entre la gravedad del delito y la severidad de la pena. Al respecto, el art. VIII del título preliminar del CP (de aplicación supletoria en el ámbito penal juvenil) señala que la sanción penal no puede sobrepasar la

¹⁸ Artículo 164.1 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

¹⁹ Salvo las infracciones de sicariato, violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesiones graves, o terrorismo, así como su pertenencia a una organización criminal o vinculada ella, que originan la exigibilidad de haber cumplido las tres cuartas partes de la medida socioeducativa privativa de libertad.

²⁰ Artículo 164.5 del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente.

²¹ Artículo 164.1.5 del D.S.004-2018-JUS, Reglamento del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes (D.L. 1348).

responsabilidad por el hecho cometido, aquí se visualiza la justicia retributiva, que es propia del derecho penal.

Adicionalmente, según lo indicado en la especialidad penal juvenil, el principio de proporcionalidad nos aproxima a las necesidades criminógenas del adolescente, que han sido conocidas al reconocer sus circunstancias personales y sociofamiliares, esto favorece a implementar intervenciones sustentadas en medidas socioeducativas que garanticen el desistimiento de conductas infractoras a futuro en los adolescentes y según lo que venimos compartiendo el contacto con las familias es una estrategia clave para el desenganche delictivo.

De lo contrario, favorecer los traslados de los adolescentes aumentan los efectos lesivos de la sanción privativa de la libertad en el adolescente, desde el momento que afecta su contacto con su entorno familiar y social inmediato, y por lo tanto impactan en el principio de proporcionalidad.

En relación con el Principio del Interés Superior del Adolescente: Es útil para determinar la medida más beneficiosa en cada supuesto y así favorecer el desistimiento de la conducta infractora en el adolescente. Así es indicado en el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente²²:

Es obligación de la autoridad que adopte una medida, evaluar las posibles repercusiones de las decisiones adoptadas en el adolescente, debiendo justificar expresamente la forma como se ha considerado el interés superior, así como los criterios utilizados para dicha decisión y la ponderación efectuada frente a otros derechos e intereses.

En la actualidad el interés superior del adolescente se vincula con el deber de evaluar las posibles repercusiones de las decisiones adoptadas en el adolescente. Esta exigencia viene dada desde la normativa especializada para la aplicación del interés superior del niño (Ley N.º 30466²³) y obliga al juez a proyectarse sobre las consecuencias de su decisión en el adolescente, en la temática de análisis, deber considerarse como el traslado afectaría la estrategia planteada en el plan de tratamiento individual y por lo tanto impacta negativamente en su interés superior.

²² Artículo II.2 del título preliminar del Código de Responsabilidad del Adolescente (D. Leg. N.º 1348).

²³ Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 17 de junio del 2016.

Las exigencias para el Traslado de los adolescentes

Se establecen reglas para el traslado de los adolescentes, las cuales deberá dar cumplimiento el director/a del Centro Juvenil, bajo responsabilidad²⁴:

1. Informar a el/la adolescente, sus familiares o tutores/as y abogado/a defensor/a sobre el Centro Juvenil de destino, así como los motivos del traslado. Por razones de seguridad, esta información puede ser proporcionada instantes previos al traslado.

2. Permitir a el/la adolescente una comunicación con su familia o abogado/a para informar sobre su traslado. Por razones de seguridad, esta información se podrá brindar cuando se haya ejecutado el traslado.

3. Permitir a el/la adolescente llevar sus pertenencias personales indispensables o garantizar que las mismas lleguen a su lugar de destino en un plazo no mayor de cinco días.

4. Garantizar el respeto de la dignidad, integridad y seguridad de el/la adolescente.

5. Trasladar el expediente matriz de el/la adolescente. El/la director/a del Centro Juvenil receptor verifica la documentación. En caso de omisión informa a la autoridad a cargo de los Centros Juveniles para la adopción de las medidas correctivas correspondientes”.

La normativa parte del supuesto que los traslados podrían poner en riesgo la seguridad del cumplimiento de la medida, motivo por el cual es restringido al máximo el derecho a la información no solo del adolescente, sino también de la familia y el abogado. Cuestión que debería valorarse al momento de considerar el nivel de afectación mayor que acarrea al adolescente su traslado a otro espacio totalmente desconocido, en el cual deberá iniciar una nueva dinámica de interacción personal, esta vez alejado de su familia.

Por dicho motivo, la resolución del traslado emitida por la autoridad a cargo de los centros juveniles, deberá encontrarse debidamente motivada, logrando recoger el parecer del adolescentes y de su equipo interdisciplinario del Centro

²⁴ Artículo 203 del D.S.004-2018-JUS, Reglamento del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes (D.L. 1348).

Juvenil, a fin de favorecer a que la decisión se ajuste al principio de proporcionalidad y al interés superior del adolescente.²⁵

La Justificación del Traslado en el ámbito penal juvenil

Sobre la base de todo lo afirmado, los traslados se constituyen en excepciones, que en la normativa peruana pueden clasificarse de la siguiente manera:

Trasgresión de normas

- El adolescente lidera o participa de reyertas, motines o fugas
- El adolescente violenta a la autoridad, otra persona u adolescente
- El adolescente coloca en peligro la seguridad del Centro Juvenil

Resguardo de Derechos en los adolescentes:

- Salud
- Seguridad (Peligra Integridad)
- Unidad Familiar
- Para su tratamiento

No atribuibles al adolescente

- Hacinamiento o sobrepoblación.
- Creación de nuevo Centro Juvenil.

Finalmente, también se encuentra autorizado el traslado determinado al adolescente adquirir la mayoría de edad y previo informe del Centro Juvenil a un ambiente del Establecimiento Penitenciario que habilite el Instituto Nacional Penitenciario para tal fin, siendo ubicados en un anexo especial que se encuentre separado y sin contacto alguno con la población penal ordinaria, y donde deberá continuar con su tratamiento individual.²⁶ Sin embargo, este traslado es ampliamente riesgoso en términos de brindar la continuidad de su tratamiento especializado y diferenciado y que ha sido prodigado desde su ingreso al Centro Juvenil.

²⁵ Artículo 204 del D.S.004-2018-JUS, Reglamento del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes (D.L. 1348).

²⁶ Artículo 166 del D.S.004-2018-JUS, Reglamento del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes (D.L. 1348).

Conclusiones

- La finalidad de la justicia penal juvenil es favorecer al desistimiento o al abandono de la trayectoria delincinencial por el/la adolescente, la práctica del traslado de los/as adolescentes ocasiona el alejamiento de su familia y su entorno social e impacta negativamente en cualquier estrategia que busque el desenganche delictivo, esto es ampliamente respaldado por teorías criminológicas de desistimiento como la Teoría de la Tensión y del Control.
- El Estado asume un especial rol de garante de los derechos de los/as adolescentes privados/as de libertad, debiendo entenderse que la afectación del derecho a permanecer cerca a su familia, trasgrede la dignidad y el trato con humanidad de los/as adolescentes privados/as de libertad, asimismo su derecho a la vida y al desarrollo integral contenidos en los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los derechos del Niño y a su protección especial referido en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú.
- La práctica habitual de los jueces de trasladar a los/as adolescentes en conflicto con la ley penal, ha sido calificada por el Tribunal Constitucional peruano como errónea y demuestra un rezago de la doctrina de la situación irregular, en la medida que decidir donde deberá cumplir la medida de privativa de libertad, supone su consideración como un “objeto” y no como un “sujeto”, en la medida que no se valora su opinión al respecto.
- La condición de sujeto con derechos y obligaciones del adolescente en conflicto con la ley penal, se mantiene pese a la privación de libertad, la normativa peruana señala que los/as adolescentes son destinatarios de derechos inherentes a la persona humana y adicionalmente de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo, y por otro lado también, se les reconoce destinatarios de protección específica, motivo por el cual es necesario resguardar su derecho a mantener su vínculo familiar, a fin que contribuya a la estrategia de desistimiento de la conducta infractora de la ley penal.
- El derecho y la estrategia del contacto personal con los padres y/o familiares no puede ser satisfecha con la comunicación por escrito o por teléfono, puesto que se requiere de la interacción continua y personal, según distintos planteamientos de la teoría del desistimiento, a fin de contribuir

a la definición y consolidación del

- proyecto de vida futuro del adolescente con la presencia de su propia familia, cuando esto sea viable, efectivo y pertinente.
- Otra cuestión altamente valorada es la participación y acompañamiento favorable del entorno familiar al momento de calificarse la variación de la medida socioeducativa privativa de libertad, puesto que si procediera un traslado, este criterio sería seriamente afectado, afectando la decisión judicial.
- El Principio de Proporcionalidad y el principio del Interés Superior del Adolescente son posible de afectación en la decisión de traslado del adolescente, en la medida que acarrea una sanción más lesiva y asimismo, podría impactar negativamente en la estrategia de desistimiento establecida en el Plan de Tratamiento Individual.

Bibliografía

- Barletta, M. C., “El Principio de Proporcionalidad en la Justicia Penal Juvenil”.
Actualidad Penal. Al día con el Derecho. Instituto Pacífico. N° 92.
Febrero 2022.
- Barletta, M. C., *Derecho de la Niñez y Adolescencia*, Colección “Lo que debes
saber del Derecho en el Perú”, Editorial Pontificia Universidad Católica
del Perú, 2018.
- Bustos Ramírez, J., *Obras Completas*. Tomo II Control Social y otros estudios.
Lima: Ara Editores, 2004.
- Cillero, M. El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional
sobre derechos del Niño. En: Emilio García Mendez y Mary Beloff (comp.)
Infancia, Ley y Democracia en América Latina. 2da. Edición. Tomo I.
Buenos Aires, Temis, 1999.
- Farrall, S., Bottoms, A. & Shapland, J. Social structures and desistance from crime.
<https://doi.org/10.1177/1477370810376574> 2001
- Laub, J. & Sampson, R. *Understanding Desistance from Crime*. The University of
Chicago, 2010.

Los estándares comunes para Iberoamérica sobre determinación y revisión judicial de sanciones penales de adolescentes: una aproximación a su posible impacto en la práctica de las y los operadores jurídicos

Sofía Cobo Téllez¹
Ignacio V. Mayoral Narros²

Introducción

Los *Estándares Comunes para Iberoamérica sobre Determinación y Revisión Judicial de Sanciones Penales de Adolescentes* (en adelante, *Estándares comunes para Iberoamérica*) se plantean desde un inicio el objetivo de “proponer un conjunto de pautas (...) en materia de determinación y revisión judicial de sanciones penales de adolescentes, a partir de los principios y estándares del derecho internacional de los derechos del niño, considerando las experiencias, tensiones y focos

¹ Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI), Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) y Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

² Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI), Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) y Universidad Internacional de Valencia (VIU).

problemáticos de sus respectivos sistemas jurídicos, con el propósito de contribuir al perfeccionamiento de la legislación, la jurisprudencia y la práctica judicial”³.

Los referidos estándares nacen de la labor de investigación del *Grupo de Estudios Iberoamericano en Justicia Juvenil* –constituido en el seno del *Centro Iberoamericano de Derechos del Niño* (CIDENI)⁴, en diálogo con un conjunto de expertos, expertas y personal operativo de la justicia juvenil de la región. Parten de los principios del Derecho Internacional de los Derechos del Niño y tienen como propósito primordial, impactar en la práctica no solamente del personal operativo jurisdiccional al momento de individualizar o revisar en etapa de ejecución las sanciones penales juveniles, sino de las y los legisladores de los países de la región a fin de contribuir en la mejora continua y el perfeccionamiento de la legislación, la jurisprudencia y la práctica judicial en materia de justicia juvenil.

Génesis y fundamento de los Estándares Comunes para Iberoamérica

Los *Estándares comunes para Iberoamérica* pueden concebirse como un instrumento de ámbito regional en línea con instrumentos de otras regiones que de forma específica atienden ámbitos o situaciones de interés en materia de justicia juvenil y que emanan de la individualización y ejecución de las sanciones penales juveniles⁵. En ese sentido, los *Estándares comunes para Iberoamérica*

³ Couso, Jaime / Cillero, Miguel / Cabrera Myriam (Editores), *Proporcionalidad de la sanción penal de adolescentes. Estudio comparado y estándares comunes para Iberoamérica*, Thomson Reuters, Santiago, 2019.

⁴ Gonzalo Berríos (Universidad de Chile), Myriam Cabrera Martín (PUC-Comillas, España), Álvaro Castro (Universidad de Chile), Miguel Cillero (Cideni, UDP, Chile), Sofía Cobo (Inacipe, México), Jaime Couso (Cideni, UDP, Chile), Ignacio Mayoral (Universidad Internacional de Valencia / ILANUD), Iván Meini (PUCP, Perú), Alejandra Mera (Academia Judicial de Chile UDP), Ana Paula Motta Costa (Universidade Federal do Rio Grande do Sul), Karyna Sposato (Universidade Federal de Sergipe, Brasil) y Carlos Tiffer (Univ. de Costa Rica).

⁵ Tal es el caso de las Reglas Europeas para Infractores Juveniles sujetos a sanciones o medidas de 2008 (*Recomendación CM/R(2008)11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas*, adoptada por el Comité de Ministros el 5 de noviembre de 2008 en la 1040ª reunión de los representantes de los Ministros). Vid. <https://www.fiscal.es/documents/20142/157164/>

van más allá y tratan de identificar respuestas concretas a problemas más específicos relacionados con la individualización y revisión judicial de las sanciones penales de personas adolescentes, fundamentándose en el principio de proporcionalidad diferenciada y considerando en todo momento la menor culpabilidad adolescente, debido al impacto negativo (efectos estigmatizantes y desocializadores) que las sanciones pueden generar en el desarrollo integral del grupo etario, concretamente en esa fase de su vida.

Derivado de los argumentos vertidos, podemos concluir que los *Estándares comunes para Iberoamérica* contribuyen a la Especialidad del Sistema, respondiendo así a uno de los principios esenciales y específicos de la justicia penal juvenil en el marco del Derecho Internacional de los Derechos del Niño, debido a que tales estándares aplican parámetros diferenciados respecto a la justicia penal ordinaria. Con el objetivo de cumplir con su propósito inicial, los estándares contemplan un conjunto de herramientas metodológicas que pretenden dar claridad y certeza en la aplicación de la justicia especializada, a fin de mejorarla y armonizarla al paradigma garantista, aplicando los principios del Sistema de Protección Integral, reforzando el argumento de la titularidad de sus derechos y garantías.

El punto de partida de los *Estándares comunes para Iberoamérica* radica, como no puede ser de otra forma, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante, CNUDN), la cual se define como el instrumento internacional por excelencia que sirve de fundamento para la protección de los derechos humanos de las personas menores de edad. En concreto, los artículos 37 y 40 CNUDN delimitan un conjunto de pautas relativas a las personas menores de edad que se encuentran detenidas, procesadas o sentenciadas (personas adolescentes en conflicto con la ley), existiendo, en la *praxis*, una amplia diversidad de criterios y procedimientos para individualizar y revisar judicialmente las sanciones penales en el mundo, muchos de ellos alejados de los principios, derechos y garantías derivados de la CNUDN.

Es en este escenario de tensiones o brechas entre las normas, estándares y principios aplicables frente a la práctica real del derecho penal juvenil por las y

Recomendaci%C3%B3n+2008+11.pdf/6801dd9a-89c7-1306-67dd-78bc3963c07d?version=1.1 (fecha de último acceso: 28 de julio de 2022).

los operadores de los sistemas de justicia juvenil donde nace la pertinencia de la adopción de los *Estándares comunes para Iberoamérica*. En este sentido, para contribuir a la consolidación de la justicia juvenil, resulta indispensable mejorar los conocimientos técnicos mediante la investigación, formación y delimitación de buenas prácticas hacia las personas operadoras del sistema de justicia especializado en adolescentes, a fin de preservar su naturaleza socio-educativa, favorecer la reinserción social y familiar y resguardar los derechos humanos de la persona adolescente.

Así, los *Estándares comunes para Iberoamérica* proponen ser un instrumento de referencia que pueda constituirse en guía de actuación principalmente en la labor jurisdiccional, que delimite criterios y propicie la generación e institucionalización de buenas prácticas en el ámbito de la determinación y revisión judicial de sanciones penales de personas adolescentes.

Estructura y contenido

En línea con el objetivo principal marcado por los *Estándares comunes para Iberoamérica* los mismos se estructuran de tal forma que analizan de forma consecutiva cada una de las dimensiones o situaciones que provocan o pueden provocar diferencias en la concepción de las normas y en la aplicación práctica de las mismas que, como se ha indicado con anterioridad, es la esencia de estos estándares.

A continuación, se recoge el esquema de contenido de tales estándares:

I. Preámbulo

El cual incluye tanto la naturaleza como los alcances de los Estándares Comunes para Iberoamérica, como el marco normativo internacional de los derechos del NNA, con sus correspondientes principios y estándares.

II. Principios generales y definiciones.

Los principios en los que se sustentan los Estándares son el principio de legalidad, adecuación de la sanción al caso individual, interés superior, tramos de penalidad y criterios flexibles, fundamentación de las sentencias, sistemas de impugnación y distinción entre sanciones privativas y no privativas. El contenido de los estándares relacionados con este título son los siguientes:

1. Principios rectores para la legislación y para los tribunales.
 - a. Legalidad de la sanción, igualdad de trato y certeza jurídica: rol de los principios y reglas legales.
 - b. Justicia y adecuación de la sanción en el caso individual: rol de la aplicación judicial del derecho en la imposición y la modificación de la sanción.
 - c. Interés superior de la persona adolescente.
 - d. Tramos de penalidad y criterios flexibles.
 - e. Fundamentación de las sentencias y sistema de impugnación.
2. Distinción categorial entre sanciones privativas y no privativas de libertad.
3. Naturaleza de las sanciones penales adolescentes.
 - a. Carácter aflictivo de la sanción.
 - b. Relación entre sanción y responsabilidad: reconocimiento de la persona adolescente como sujeto responsable.
 - c. Distinción clara entre la justicia juvenil y el sistema de protección de derechos de NNA.
4. Fines de la justicia juvenil.
 - a. Protección de intereses individuales y sociales afectados por delitos.
 - b. Protección del desarrollo y de la integración social de la persona adolescente.
 - c. Enjuiciamiento con garantías jurídicas.
5. Fines de la sanción.
 - a. Prioridad de la dimensión expresivo-educativa de la sanción.
 - b. Prevención delictual.
 - c. Reparación a la víctima y recomposición de lazos sociales a nivel de la comunidad.
 - d. Fines incompatibles con estándares internacionales.
6. Especialidad de la determinación de sanciones adolescentes y atención al derecho penal común.

III. Estándares relativos a la proporcionalidad de la sanción en relación con sus fines.

Los Estándares consideran el principio de proporcionalidad en sentido amplio, debido a que se somete cualquier medida limitadora de derechos fundamentales a exigencias mínimas de racionalidad e idoneidad para alcanzar los fines. Así tenemos como estándares los siguientes:

7. Idoneidad, necesidad y prohibición de exceso (principio de proporcionalidad en sentido amplio).

8. Subsidiariedad de la sanción y el proceso frente a otras formas de resolución del caso.

IV. Estándares relativos a la proporcionalidad de la sanción con el delito.

A fin de no asumir un enfoque retribucionista al momento de individualizar la medida de sanción, sino una sanción justa y adecuada a la culpabilidad del autor se delimitan los siguientes principios:

9. Factores de proporcionalidad entre sanción y delito.

10. Consideraciones especiales para determinar la gravedad del delito perpetrado por una persona adolescente.

- a. Mayor énfasis en la culpabilidad y consideración prioritaria del desvalor de la conducta, más que del resultado.
- b. Menor énfasis en consideraciones de seguridad pública y fines simbólicos.

11. Consideraciones especiales para determinar la severidad de las sanciones adolescentes.

- a. En relación con la categoría de las y los adolescentes.
- b. Considerando diferencias etarias dentro de la categoría adolescente.
- c. Considerando especiales necesidades de ciertas personas adolescentes.

12. Relación entre gravedad del delito y severidad de la sanción respecto de personas adolescentes.

- a. Especial comprensión frente a la adolescencia como fase de aprendizaje.
- b. Renuncia a reglas de proporcionalidad positiva absoluta respecto de las sanciones privativas de libertad.
- c. Reglas de proporcionalidad ordinal negativa respecto de las sanciones privativas de libertad.
- d. Límites absolutos de proporcionalidad cardinal negativa de las sanciones y máxima de no retroceso.
- e. Renuncia especial a una sanción proporcionada en virtud de procesos de justicia restaurativa.

13. Criterios de imposición de internamiento provisional y su impacto en la práctica sancionatoria. Proporcionalidad de la medida cautelar.

V. Estándares relativos a la proporcionalidad de la sanción con las circunstancias de la persona adolescente.

Al momento de individualizar y revisar las sanciones adolescentes, resulta indispensable que se haga de manera individualizada y además de considerar los hechos, las circunstancias personales del o la adolescente deben ser considerados como un elemento clave en la aplicación de las mismas; sin embargo, este elemento no se encuentra debidamente delimitado en los estándares internacionales en la materia, razón por la cual los Estándares Comunes para Iberoamérica proponen los siguientes:

14. Pertinencia de la consideración de las circunstancias de la persona adolescente de conformidad con criterios legales.

15. Consideración no discriminatoria de las circunstancias de la persona adolescente y principio de legalidad de la sanción.

16. Antecedentes penales previos de la persona adolescente.

17. Circunstancias de la persona adolescente durante la ejecución de la sanción.

VI. Estándares específicos para la imposición judicial de la sanción.

Como se consideró anteriormente, al momento de imponer judicialmente la sanción resulta indispensable partir del supuesto de la menor culpabilidad y mayor sensibilidad de la sanción, respecto a las personas adultas. Razón por la cual la respuesta estatal no solamente debe ser diferenciada, sino menos radical frente a ellas y ellos. Los estándares específicos para la imposición judicial de la sanción son los siguientes:

18. Criterios de selección de una sanción privativa de libertad.

- a. Prohibición de discriminación negativa de la persona adolescente, en relación con los adultos.

- b. Idoneidad y necesidad de la sanción privativa de libertad.

- c. Criterios específicos aplicables en sistemas jurídicos con reglas de proporcionalidad negativa.

- d. Criterios específicos aplicables en sistemas jurídicos sin reglas de proporcionalidad absoluta.

19. Criterios de determinación de la extensión de la sanción privativa de libertad.

- a. Proporcionalidad con el delito.

- b. Prohibición de discriminación negativa y deber de trato privilegiado a la persona adolescente, en relación con los adultos.

20. Criterios de selección entre sanciones no privativas de libertad.

VII. Estándares específicos para la revisión judicial de la sanción, durante su ejecución.

Bajo la hipótesis de que los mismos principios y fines de la sanción deben ser aplicados tanto al momento de individualizarla como al momento de revisarla, se elaboran estándares específicos en materia de ejecución, los cuales son los siguientes:

21. Plan individual de cumplimiento.
22. Consideración primordial del desarrollo e integración social del o la adolescente durante la ejecución de las sanciones y sustitución o término anticipado de la sanción.
23. Proporcionalidad entre el delito y la severidad de la sanción efectivamente ejecutada como una consideración secundaria.
24. Continuidad o modificación de la sanción no privativa de libertad en caso de reiteración delictiva o concursos de delitos.
 - a. Reiteración delictiva posterior al inicio de la ejecución de la sanción no privativa de libertad dirigida a favorecer la integración social.
 - b. Concurso de delitos identificado con posterioridad al inicio del cumplimiento.
25. Incumplimiento de la sanción no privativa de libertad por parte de la persona adolescente
 - a. Respeto de sanciones dirigidas a promover la integración social de la persona adolescente.
 - b. Respeto de sanciones que no están dirigidas a promover la integración social del o la adolescente.
26. Perpetración de un delito como mayor de edad durante la ejecución de una sanción adolescente.

VIII. Información sobre circunstancias de la persona adolescente.

Al considerar las circunstancias personales del o la adolescente al momento de individualizar y/o revisar la sanción, es indispensable contar con sistemas confiables de generación de dicha información, es decir, debe satisfacer estándares profesionales de acuerdo con cada área de conocimiento. En este sentido, los criterios que deben considerarse son los siguientes:

27. Pertinencia en relación con los criterios de determinación de las sanciones.
28. Formación y especialización del tribunal y demás órganos de la justicia para la valoración de la información y la aplicación de los criterios relativos a las circunstancias del o la adolescente.

29. Información pertinente durante diversas fases del proceso. Especial relevancia de la información considerada para aplicar una medida cautelar.

30. Garantías procesales durante la obtención, aportación al proceso y valoración de la información sobre él o la adolescente pertinente para la determinación de la sanción.

- a. Cesura procesal.
- b. Defensa y protección contra la autoincriminación.
- c. Imparcialidad y principio contradictorio.
- d. Protección de la vida privada.

Esta descripción del contenido de los Estándares Comunes para Iberoamérica, nos sirve como fundamento para argumentar la necesidad de generar un impacto en la práctica de las y los operadores jurisdiccionales, legisladores y autoridades encargadas de la ejecución de las sanciones, tal y como se describe a continuación.

Impacto en la práctica: principio de especialidad e interseccionalidad

Como se valoró en el apartado anterior, los Estándares Comunes para Iberoamérica, recopilan las buenas prácticas contenidas en los documentos nacionales e internacionales en la materia y permiten la determinación de pautas y reglas precisas por parte de la persona juzgadora. Dentro de su contenido es importante resaltar el estándar relativo a la proporcionalidad de la sanción con las circunstancias de la persona adolescente, el cual determina la pertinencia de considerar, las circunstancias de la persona adolescente, las cuales nunca deberán ser discriminatorias por pertenecer a Grupos en Especiales Condiciones de Vulnerabilidad (GECV). En este sentido, los estándares son armónicos con el principio de interseccionalidad, concepto que va de la mano con el derecho a la no discriminación, por lo que se debe partir del análisis de las diferencias a fin de no discriminar.

La interseccionalidad ha sido definida como el estudio de cómo los grupos dominantes organizan y privilegian el poder (de manera inconsciente o no) para preservar su posición de supremacía (Platero, 2014). Por lo que debemos de partir de la idea de que cada persona sufre opresión u ostenta privilegios, de acuerdo con su pertenencia en múltiples categorías sociales.

En este sentido, al individualizar y/o revisar la sanción penal en personas adolescentes, debemos partir de análisis categóricos diversos, multidimensionales

y complejos, para lo cual necesitamos aplicar la interseccionalidad como una herramienta de análisis que deben de considerar las y los juzgadores desde un enfoque más amplio, es decir, al momento de individualizar y revisar las sanciones adolescentes se deberán considerar las necesidades de los GECV, los cuales de acuerdo con las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad se definen como aquellas personas o grupo de personas que se encuentran limitadas por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2018). El documento analizado, considera que pueden constituir causas de vulnerabilidad la edad *per se*, la discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas u otras diversidades étnicas-culturales como las personas afrodescendientes, la migración, condición de refugio y desplazamiento interno, pobreza, género, orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad. De ahí que además de individualizar y revisar una sanción penal con perspectiva etaria, se deberá aplicar también la perspectiva diferencial y de género.

Conclusión

Los Estados Parte de la CNUDN se obligaron armonizar sus leyes internas a los principios contenidos en ella; respecto a la Justicia para Adolescentes, se resalta el trato diferenciado, la atención especializada, el debido proceso reforzado y la aplicación de criterios de interseccionalidad.

Tal y como se deriva de la lectura de la estructura y contenido de los *Estándares Comunes para Iberoamérica*, se puede concluir que todos ellos se encuentran contenidos, por lo cual, los mismos están llamados a ser una hoja de ruta o instrumento de trabajo para los operadores jurídicos de los sistemas de justicia penal juvenil en Iberoamérica al momento de individualizar o revisar una sanción juvenil, de forma que faciliten el ajuste del actuar de los responsables últimos en la determinación y revisión de las sanciones penales juveniles a las normas y estándares internacionales en la materia.

Del mismo modo, la delimitación de cada uno de los principios y estándares, así como los comentarios técnicos aportados en los mismos pueden servir al personal jurisdiccional para reflexionar en torno al derecho positivo aplicable en

sus respectivos ordenamientos jurídicos, así como en torno a la Política Criminal imperante en cada uno de los sistemas de justicia penal juvenil en la región.

Los *Estándares Comunes para Iberoamérica* se fundamentan principalmente en los principios contenidos en la CNUDN, la cual constituye una fuente vinculante para los Estados Parte inmersa en el denominado bloque de constitucionalidad, por lo que debe ser empleada al momento de investigar, juzgar y sancionar a las personas adolescentes que se encuentran dentro del sistema especializado. Los *Estándares Comunes para Iberoamérica* se han concebido y confeccionado de tal forma que puedan ser una fuente de respuesta a dudas y cuestiones teórico-prácticas que surgen en el día a día al momento de determinar y revisar las sanciones penales juveniles que, en definitiva, son dos dimensiones de la justicia penal juvenil que afectan en mayor medida su desarrollo integral por la repercusión que estas pueden tener en su vida futura.

Fuentes de información

- Beloff, Mary (2016). *Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1999-2006)*, en: Justicia y Derechos del Niño (n°8).
- CIDENI (2019). *Estándares Comunes para Iberoamérica sobre determinación y revisión judicial de sanciones penales de adolescentes*. Grupo Iberoamericano de Estudios sobre Justicia Juvenil del Centro Iberoamericano de los Derechos del Niño. En: <http://www.cideni.org/wp-content/uploads/2019/11/Esta%CC%81ndares-comunes-para-Iberoame%CC%81rica-determinacio%CC%81n-sanciones-adolescentes-CIDENI.pdf> (fecha de último acceso: 17 de agosto de 2022).
- Cobo, Sofía (2019). *La Ejecución de las Medidas aplicadas a adolescentes: un acercamiento al garantismo*, México, INACIPE.
- Couso, Jaime / Cillero, Miguel / Cabrera Myriam (2019), *Proporcionalidad de la sanción penal de adolescentes. Estudio comparado y estándares comunes para Iberoamérica*, Thomson Reuters, Santiago.
- Couso, Jaime/Duce, Mauricio (2013). *Juzgamiento penal de adolescentes*. Santiago, LOM.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Justicia juvenil y derechos humanos en las américas*. En: <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/justiciajuvenil.pdf> (fecha de último acceso: 17 de agosto de 2022).
- Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia. En: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf> (fecha de último acceso: 17 de agosto de 2022).
- Dünkel, Frieder/Castro, Álvaro (2012). *Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas*, en: Revista Digital Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica (n°4).
- García, Octavio (2019). *Las medidas y su ejecución en el sistema de justicia penal juvenil* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- Maldonado, Francisco (2004). *La especialidad del sistema de responsabilidad penal de los adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado*. Justicia y Derechos del Niño (n°6).
- Reglas Europeas para Infractores Juveniles sujetos a sanciones o medidas de 2008 (*Recomendación CM/R(2008)11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas europeas para infractores menores*

de edad sometidos a sanciones o medidas. En: <https://www.fiscal.es/documents/20142/157164/Recomendaci%C3%B3n+2008+11.pdf/6801dd9a-89c7-1306-67dd-78bc3963c07d?version=1.1> (fecha de último acceso: 28 de julio de 2022).

ONU/ Comité de los Derechos del Niño (2019). *Observación General N°24 relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil*. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/12/G1927560.pdf> (fecha de último acceso: 17 de agosto de 2022).

Platero, Raquel (2014). *La interseccionalidad en las políticas públicas sobre la ciudadanía íntima: los discursos y la agenda española (1995-2012)*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <http://espacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:CiencPolSoc-Rplatero/Documento.pdf> (fecha de último acceso: 17 de agosto de 2022).

Tiffer, Carlos (2014). *La ejecución de las sanciones penales juveniles. Entre el discurso y la realidad*, en: TIFFER SOTOMAYOR, Carlos; LLOBET, Javier y DÜNKEL, Frieder, *Derecho Penal Juvenil*, 2ª edición, San José, Ilanud-DAAD.

Tiffer, Carlos (2018). *Principio de especialidad en el Derecho Penal Juvenil*, en TIFFER SOTOMAYOR, Carlos (Coord.), *Derecho Penal Juvenil. Experiencias y buenas prácticas* San José, Editorial Jurídica Continental.

La necesidad de creación e implementación del fuero penal juvenil en la provincia del Chubut

Oswaldo Ariel Heiber¹

Introducción. Objetivos

El presente trabajo tiene como objetivo principal exponer la *necesidad de crear una legislación procesal específica* que recepte en el sistema jurídico de la provincia del Chubut los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada en el año 1990 por la República Argentina e incorporada a nuestra Constitución Nacional conforme artículo 75 inciso 22) en lo relacionado con el proceso penal de las y los adolescentes en conflicto con la ley penal. Esta falta de legislación procesal específica en la materia genera un *incumplimiento por parte de la provincia del Chubut con la misma Constitución Nacional*.

A nivel nacional, se aprobó mediante Ley n° 23.849 la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN). Dicha norma, que incorpora el mencionado instrumento internacional, fue sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre del mismo año. Desde ese momento han sido varias las provincias que han adecuado la normativa procesal a los estándares establecidos por la CDN. No obstante ello, la provincia del Chubut al momento solo cuenta con algunas reglas especiales en el Código Procesal Penal provincial

¹ Abogado (UBA), mediador. Especialista en Derecho Penal (U.N.S.), Ex Fiscal General de la Provincia del Chubut.

(arts. 402 a 413) que no responden al principio de especialidad que debe ser rector en la materia, aspecto que será expuesto con mayor desarrollo a lo largo del presente trabajo.

La formulación de este trabajo me lleva como principal objetivo, a postular la imperiosa necesidad de implementar una ley que recepte en el ordenamiento jurídico procesal de la provincia del Chubut, los principios que adecúen la normativa penal de forma a la CDN en lo relacionado con la respuesta que debe dar el Estado al cumplimiento del principio de especialidad que debe regir en el proceso penal de las personas de 16 y 17 años.

Sistema de derechos y garantías establecidos en la CDN

El basamento sobre el que se construye el sistema de derechos y garantías de los niños y niñas es la CDN, que fue ratificada en el año 1990 por la República Argentina a través de la sanción de la Ley 23.849, amén de haber sido incorporada expresamente a nuestra Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 22. Dicho instrumento internacional establece que los niños y niñas son sujetos plenos de derechos y que gozan de los mismos derechos que las personas adultas más un “plus de derechos” por su especial condición de personas en proceso de crecimiento y formación.

La creación del fuero penal juvenil responde a un sistema de administración de justicia que extiende los derechos y garantías del debido proceso a las personas adolescentes en conflicto con la ley penal.

Cabe destacar que el verdadero rol del derecho penal juvenil es la finalidad educativa y sancionadora de la pena, lo que permite la reparación del daño causado, cobrando una particular importancia el *principio de justicia restaurativa*. Por otra parte, se procura la menor restricción de derechos que sea posible al momento de imponer una sanción a una persona adolescente, siendo la privación de su libertad el último recurso y solo para infracciones de extrema gravedad.

La CDN, junto a los principios interpretativos que surgen de los diversos instrumentos internacionales tales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia

Juvenil (Directrices de Riad), representan la opinión consensuada de la comunidad internacional respecto de los temas que involucran a jóvenes en conflicto con la ley penal.

La principal característica de la justicia penal juvenil es su *especialidad*. Los jóvenes que cuentan con 16 y 17 años a la hora de ocurrencia de los hechos que originen una investigación penal, deben tener un *tratamiento especializado, diferente al de los adultos que se encuentren en conflicto con la ley penal*.

El *principio de la especialidad* del sistema de responsabilidad penal juvenil tiene raigambre constitucional. Como derivación de este principio surge la *especialización de los operadores del sistema*, todo ello plasmado en los arts. 4, 40.2.b.ii y iii y 40.3 de la CDN. Ello implica que *los jueces y juezas, fiscales/as y defensores/as deben tener una capacitación específica* en cuestiones relativas a los derechos de las personas de entre 16 años cumplidos y 18 años no cumplidos que se encuentren involucrados/as en un proceso penal, y deben contar con la *competencia específica* para actuar cuando los delitos sean presuntamente cometidos por jóvenes punibles. Con el fin de cumplir con este estándar de especialización, los operadores y operadoras de los órganos judiciales deberían contar con una capacitación específica. Sería deseable que esta especialización no abarque solo a los operadores y operadoras del proceso penal –jueces y juezas, fiscales/as y defensores/as– sino que se extienda a todas aquellas personas que trabajen en el marco de la justicia penal juvenil, incluyendo también a los y las profesionales no jurídicos/as que participen en el sistema.

En definitiva, de acuerdo con los principios señalados, los y las jóvenes de entre 16 y 18 años no cumplidos al momento de la presunta comisión de un delito deben tener un *tratamiento especial diferenciado del sistema penal para personas adultas*.

Por otra parte, la Observación General N° 10 del año 2007 del Comité de los Derechos del Niño, establece un sistema diferenciado de Justicia en lo relativo a adolescentes en conflicto con la ley penal. En dicho instrumento, en el ítem 10 se establece: “...En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar

un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública...”².

Normativa vigente en algunas provincias argentinas en referencia al procedimiento de responsabilidad penal juvenil

De un informe de UNICEF titulado “Procedimientos penales juveniles a nivel provincial. Estado de avance de la adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño en la reforma legislativa y en la jurisprudencia provincial”, surge que poco tiempo después de la incorporación de la CDN al texto constitucional en la reforma de 1994, los gobiernos provinciales dictaron leyes vinculadas con la justicia penal juvenil (el primer caso fue la provincia de Mendoza en el año 1995). En algunas provincias se trataba de leyes de protección de la infancia que incluyeron algunos artículos o capítulos en materia penal juvenil (como Neuquén o Salta). En otros casos, como en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o en la provincia de Buenos Aires, se creó un régimen procesal penal especial³.

Con respecto a la provincia de Mendoza, la Ley nro. 6354, sancionada el 22 de noviembre de 1995, creó el Fuero de Familia y Penal de Menores, diseñando un procedimiento especial para las cuestiones de familia y otro procedimiento para las personas menores de edad en conflicto con la ley penal. Se la conoce como la primera ley provincial en adecuarse a los principios de la CDN. Crea el Consejo Provincial de Niñez y Adolescencia, cuya función es asesorar al Poder Ejecutivo en

² OBSERVACIÓN GENERAL N° 10 (2007) Los derechos del niño en la justicia de menores. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 44º período de sesiones. Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007.

³ “*Procedimientos penales juveniles a nivel provincial. Estado de avance de la adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño en la reforma legislativa y en la jurisprudencia provincial*”, difundido por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y avalado por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (primera edición, febrero de 2012). Publicado en <https://bibliotecacorteidh.winkel.la/Product/ViewerProduct/1286#page=1>.

la formulación y coordinación de la política general infanto juvenil y la Dirección Provincial de la Niñez y Adolescencia, a cargo de la implementación de programas sociales para la prevención y asistencia. La misma ley crea la Cámara y Juzgados de Familia, Ministerio Público Fiscal y Pupilar de Familia, Asesorías de Familia, Tribunales y Juzgados en lo Penal de Menores, Ministerio Público Fiscal y Pupilar en lo Penal de Menores, y un Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario. Uno de los principales aportes efectuados por la Ley N° 6.354 de 1995 ha sido diferenciar la situación de los niños, niñas y adolescentes con derechos vulnerados de la de aquellos en conflicto con la ley penal.

En la provincia de Buenos Aires, con fecha 28 de diciembre de 2006 se sancionó la Ley 13.634 sobre la implementación de los fueros de familia y de responsabilidad penal juvenil, complementaria de la ley 13298 de “Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños”, la que fuera publicada en el boletín Oficial el 2 de febrero de 2007, comenzándose a diseñar así la política jurídica constitucional de la niñez en la provincia de Buenos Aires. La norma bonaerense se halla integrada por tres títulos:

I. Principios generales del Fuero de Familia y del Fuero Penal del Niño; II. Fuero de Familia y III. Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil. Se regula un régimen procesal penal aplicable a todo niño punible –según la legislación nacional– imputado de la comisión de un delito en el territorio de la provincia de Buenos Aires, sustentado en la aplicación de la Ley nro. 11.922 –Código Procesal Penal– y modificatorias, con las adecuaciones que se propician. Es así que a través de dicha normativa se le reconocen a los niños y niñas los mismos derechos, deberes y garantías que a los adultos, y por su particular condición de ser personas en desarrollo, se les conceden derechos y garantías especiales, asegurando su privacidad y la de su familia, su identidad, dignidad y desarrollo integral.

En la Capital Federal rige el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley n° 2451), publicada en el BOCBA n° 2809 el 13/11/2007, con un diseño similar al de la provincia de Buenos Aires en cuanto al respeto de las garantías constitucionales y las previsiones de la CDN, implementándose el principio de especialidad del fuero penal juvenil y dándose especial relevancia a la justicia restaurativa en el proceso de adolescentes.

En la provincia de Córdoba se sancionó en el año 2011 la ley n° 9944 de “Promoción y Protección Integral de Derechos de Niños y Adolescentes” que derogó la anterior ley 9053, en ella hubo una adecuación a las disposiciones de

los tratados internacionales firmados por el país y ratificados por la Constitución Nacional en su primera parte referida a la protección de derechos en general. Esta adecuación no se dio en la segunda parte de la ley referida al procedimiento penal juvenil, que implicó casi una copia textual de la ley 9053 derogada. Luego, con la sanción de la Ley 10.637 en fecha 19 de junio de 2019, se adecuó el sistema a los estándares de la CDN, ya que dicha ley modificó algunos artículos de la ley 9944 en consonancia con los principios establecidos en los tratados internacionales en la materia. Así, se determinaron las competencias del juez penal juvenil, del fiscal penal juvenil y se delimitaron las funciones del asesor de niñez y juventud en relación con la defensa de los y las adolescentes en conflicto con la ley penal, cumpliendo de esa manera con el principio de especialidad. Por otra parte se establecieron pautas para la determinación de la responsabilidad penal de las niñas, niños y adolescentes y la aplicación de sanciones, así como el respeto de sus derechos y garantías. Amén de lo expuesto, se incorporaron directrices para implementar en dicho ámbito prácticas y estrategias restaurativas y vías alternativas de resolución de conflictos.

En la provincia de Tucumán, en el año 2010 se sancionó la Ley provincial nro. 8.293 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

En la provincia de Catamarca fue implementada la Ley 5.544 del fuero penal especial juvenil y del procedimiento de responsabilidad penal juvenil, publicada en el Boletín Oficial de dicha provincia el 5 de octubre de 2018, cuyo contenido se adecúa a los estándares previstos por la CDN en la materia.

La Pampa ha sido la última provincia en sancionar una ley al respecto, la Ley 3353 de Procedimiento Penal para Adolescentes, publicada en Boletín Oficial de dicha provincia el 13 de agosto de 2021, cuyo texto también está en concordancia con los principios y garantías que establece la CDN.

Normativa de la provincia del Chubut en materia de justicia penal juvenil

En una publicación del año 2005, la Dra. Mary Beloff manifestó: “...es fácil advertir que el extendido escepticismo respecto de la adecuación del derecho interno argentino a la CDN está soslayando un elemento sustancial en la descripción general del problema. Las preguntas que inician este trabajo parecen ignorar que

en la República Argentina sí se ha dado cumplimiento al mandato emanado del art. 4 de la CDN cuando determina que ‘Los Estados Parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...’; pero han sido los estados provinciales los que lo han hecho, no el Estado nacional”⁴. Este análisis ha sido volcado en el marco de la crítica que hacía la mencionada autora respecto de la aplicación de la Ley de Patronato de Menores n° 10.903, sancionada en el año 1919 y que se encontraba vigente al momento de la redacción del mencionado artículo, y que ha sido derogada por el art. 76 de la Ley N° 26.061, sancionada y promulgada a fines de 2005, culminando con la judicialización de las cuestiones asistenciales. Allí la autora menciona que algunas provincias han asumido el compromiso de adaptar la legislación interna a los estándares de la CDN, destacando que los estados provinciales han avanzado más que la Nación en ese sentido. Por eso creo pertinente señalar que en relación con el párrafo transcrito, resulta oportuno analizar el plexo normativo de la provincia del Chubut al respecto.

En la provincia del Chubut se sancionó la Ley n° 4.347 de protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia, aprobada el 16 de diciembre de 1997 y publicada en el Boletín Oficial el 5 de enero de 1998, cuya aplicación en el ámbito procesal penal no se encuentra vigente. El art. 71 de la citada normativa creó el fuero de la niñez, la adolescencia y la familia, integrado por los juzgados de familia, los juzgados en lo penal y contravencional de niños y adolescentes, las asesorías civiles de familia e incapaces y los equipos técnicos interdisciplinarios. Se implementaba en el ámbito penal la figura del juez penal y contravencional de niños y adolescentes. Se ha dicho con respecto a esta ley, con referencia al procedimiento penal allí previsto “...Más allá de las falencias que se señalarán en comparación con el nuevo Código adjetivo recientemente sancionado en Chubut, justo es reconocer que la Ley 4.347 crea un proceso penal superador del esquema tutelar clásico. A partir del marco establecido por la Convención, la Ley estructura un procedimiento basado en el sistema de responsabilidad penal de adultos. Este nuevo enfoque exige el estricto cumplimiento del debido proceso,

⁴ BELOFF, MARY, “*Constitución y Derechos del Niño*” separata de estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio Maier, David Baigún et al., Ed. del Puerto, Bs. As. 2005, pág. 766. Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina30896.pdf>

es decir, el respeto de las garantías penales adjetivas y sustantivas, que aseguren tanto los derechos del adolescente imputado como la actuación de un reproche penal que a su vez lo debe asumir como un sujeto en formación. El proceso penal está concebido, entonces, como un proceso acusatorio, sumario, oral y privado, en el que el fiscal tiene una función activa y dinámica. El juez, en cambio, es un tercero imparcial que debe garantizar ante todo los derechos fundamentales de las partes en el proceso, y cuyas decisiones deben apoyarse siempre en la idea de la protección integral y del interés superior del adolescente...”⁵.

Podemos decir que el diseño del procedimiento penal implementado en la Ley provincial n° 4.347 de protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia (regulado en los arts. 152 a 178 de la mencionada normativa) constituyó un avance en la materia, por cuanto de alguna manera dejaba atrás el paradigma de la situación irregular derivado de la arcaica Ley nacional de Patronato de Menores N° 10.903. No obstante ello, lo cierto es que dicha normativa no se adaptaba al principio de especialidad, puesto que no preveía la figura del fiscal y defensor especializado en la materia y con funciones específicas, amén de carecer de instrumentos específicos en relación con el principio de justicia restaurativa, por lo que tampoco cumplía con los estándares previstos en la CDN.

Actualmente en el Libro V del Código Procesal Penal vigente en la provincia del Chubut se prevén las reglas especiales para niños y adolescentes (arts. 402 a 413), lo cual si bien constituye un avance, su articulado tampoco responde al principio de especialidad previsto en la CDN. De ello podemos deducir que a pesar de su carácter innovador, con el tiempo la norma ha quedado desactualizada con respecto a los parámetros internacionales de justicia penal juvenil, precisamente por no responder al principio de especialidad. Con referencia al principio de justicia restaurativa, el art. 407 hace una escueta referencia, cuyo texto se transcribe a continuación: “Art. 407. Mediación. El juez podrá autorizar que algún servicio público procure un acercamiento entre el niño o adolescente y quien aparezca

⁵ CALDERWOOD DE CORNEO, ELSA; FREIRE MÉNDEZ, RODRIGO P.; PAOLONI, LUIS ALBERTO, Y PÉREZ GALIMBERTI, ALFREDO, “*Ley 4.347 Protección Integral de la Niñez, la adolescencia y la familia, Provincia del Chubut*” (págs. 61-62), año 2006, publicado en Revista Pensamiento Penal <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina34257.pdf>

como víctima del delito que se le atribuye. Si esta mediación diera como resultado una composición del conflicto entre ambos, podrá también disponerse el archivo de la causa. En los supuestos precedentes se dispondrá el sobreseimiento”. En su articulado, muy escuetamente se prevén las reglas atinentes a los derechos y garantías (art. 402: “Derechos y garantías- El niño o adolescente gozará de todos los derechos y garantías previstos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales incorporados a ella, la Constitución de la Provincia del Chubut [artículo 50], este Código y normas especiales”), pautas para la investigación de los hechos presuntamente delictivos atribuidos a adolescentes, medidas de coerción personal, reglas para el juicio, medidas socioeducativas y recursos.

Destaco en este punto que si bien el último párrafo del art. 72 del Código Procesal Penal del Chubut prescribe que “Tratándose de la aplicación de las normas del Libro V (artículos 402 a 413), se procurará que los jueces penales que entiendan cuenten con especialización en materia de niños y adolescentes...”, lo cierto es que dicho requerimiento solo se refiere a la judicatura, ya que la norma no alcanza a la pretensión de especialización respecto del resto de los operadores del sistema penal, omitiendo la inclusión del Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa. Amén de ello, nunca fue implementado en la provincia un programa de capacitación de jueces y juezas penales a fin de dar cabal cumplimiento a dicha manda, por lo que en la práctica la redacción del párrafo citado del código ritual solo quedó como una mera expresión que nunca resultó ser operativa.

De todo lo expuesto surge la pregunta que da fundamento a este trabajo: *¿Por qué es necesaria la creación de un fuero de responsabilidad penal juvenil en la provincia del Chubut?* La respuesta surge del art. 40 inc. 3° de la CDN, cuando refiere que “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes...*”. Esto refleja que –más allá de las reglas especiales previstas en el Código Procesal Penal provincial– la provincia del Chubut, al no contar con una ley procesal específica en relación con las personas adolescentes en conflicto con la ley penal, no cumple con las mandas de la CDN, instrumento internacional que goza de jerarquía constitucional por haber sido incorporado desde la reforma del año 1994 a través del art. 75 inc. 22 de nuestra carta magna, lo cual equivale a decir que Chubut incumple con la

misma Constitución Nacional. Esto nos lleva a la imperiosa necesidad de adecuar la legislación procesal para estar a tono con este mandato que emana de nuestra Ley Suprema. En tal sentido, algunas provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ya adaptaron su procedimiento mediante la sanción de leyes de creación e implementación del fuero de responsabilidad penal juvenil en sus respectivos territorios.

Estado actual de situación de las personas adolescentes en conflicto con la ley penal en la provincia del Chubut

En la provincia del Chubut existen dos centros de alojamiento para adolescentes en conflicto con la ley penal: el Centro de Orientación Socio Educativa (COSE) de Trelew, sito en la ruta Nacional Nro. 3 en una zona descampada ubicada a mitad de camino entre Trelew y Puerto Madryn, y el Centro de Orientación Socio Educativa (COSE) de Esquel, sito en el área urbana de dicha localidad.

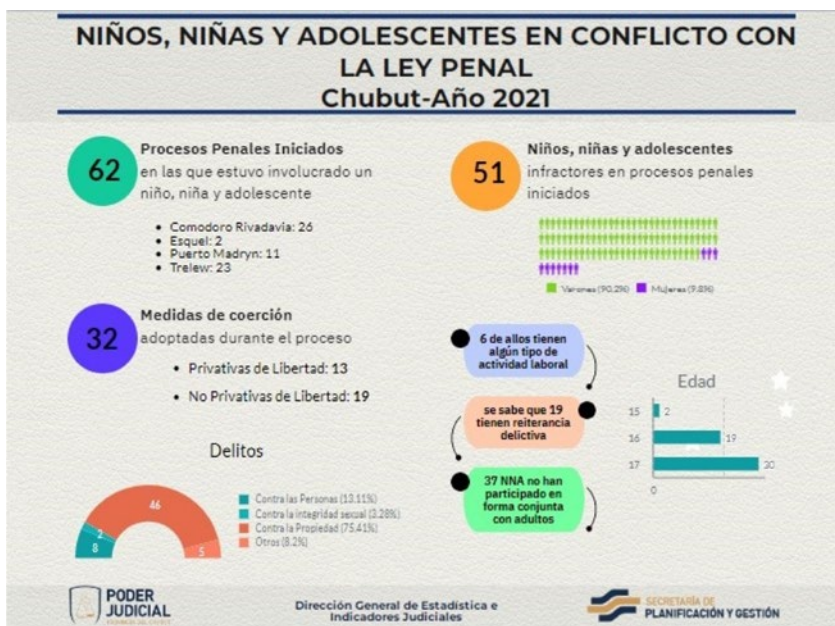
Con respecto al COSE de Trelew, se encuentran allí alojados seis jóvenes, todos varones, cinco de ellos en cumplimiento de medida de coerción personal y/o medidas socioeducativas, y uno de ellos con imposición de pena, este último con sentencia que al día de la fecha no se encuentra firme por cuanto se encuentra pendiente de resolución la impugnación presentada por la defensa pública de Puerto Madryn ante la Cámara en lo Penal de dicha ciudad. Los jóvenes allí alojados asisten a la educación secundaria brindada a través de la Escuela Provincial N° 7713 de la ciudad de Trelew, cuyos profesores se trasladan hasta el lugar. Asimismo, cuentan con talleres de herrería tres veces a la semana, y dos veces semanales cuentan con taller de electricidad domiciliaria. Asimismo, está prevista la implementación de un taller de apicultura que comenzará en aproximadamente dos meses. También cuentan con actividades deportivas, tales como fútbol y vóley. Desarrollan también un taller de carpintería en el que aprendieron a fabricar algunos elementos. Por otra parte, tienen asistencia espiritual brindada por un pastor perteneciente a una iglesia evangélica de la ciudad de Puerto Madryn que asiste al lugar una vez a la semana. El edificio es amplio, cuenta con habitaciones/celdas, algunas de ellas con baño privado. Además cuenta con una biblioteca muy completa, dos aulas, cocina amplia, salón de usos múltiples (SUM), patio, e instalaciones con aparatos deportivos y una mesa de ping pong.

En relación con el COSE de Esquel, en la actualidad no cuenta con jóvenes alojados en cumplimiento de medidas socioeducativas. Se trata de un establecimiento pequeño que cuenta con una cocina, un comedor, dos habitaciones y un baño, ubicado en un barrio esquelense rodeado de escuelas, es decir en contacto con la comunidad, a diferencia del COSE de Trelew/ Puerto Madryn que se encuentra en la ruta a mitad de camino entre ambas ciudades. Las autoridades del COSE de Esquel realizan trabajos en forma territorial, cumpliendo funciones en la etapa de libertad asistida de adolescentes en conflicto con la ley penal, y actividades de acompañamiento con la familia y con la escuela, trabajando también en funciones de prevención. Al momento de confección de este informe, el mencionado establecimiento de la ciudad cordillerana se encontraba en etapa de mantenimiento, restando solo trabajos de pintura para estar completamente apto para el eventual alojamiento de adolescentes.

Con respecto a la problemática de las personas adolescentes en conflicto con la ley penal en la provincia patagónica, el día 23 de junio del año en curso el diario El Chubut publicó una nota en referencia a un informe estadístico elevado por el Superior Tribunal de Justicia al Sistema Único de Indicadores Penales Juveniles impulsado por JuFeJus y Reflejar, en donde se revelaba que en 2021 se iniciaron 62 causas con jóvenes involucrados en delitos penales. Explicaba esa nota que en el marco del Plan de implementación del Sistema Único de Indicadores Penales Juveniles, impulsado por la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de las Provincias Argentinas y CABA (Jufejus) a través del Instituto de Capacitación de las provincias argentinas y CABA (Reflejar), se presentaron los datos respecto a la situación de la provincia del Chubut en cuanto a las causas que iniciaron investigación durante el año 2021 en las que hubo al menos un niño, niña o adolescente infractores a la ley penal. Los datos publicados reflejan la cantidad de niños, niñas y adolescentes con intervenciones y/o medidas de privación de la libertad o alojamiento en instituciones por causas penales, detallando género, edades y nivel de formación educativa y/o situación laboral, así como los tipos delictivos infringidos y los tipos de medidas tomadas, y la existencia de controles oficiales en las condiciones de detención. El marco de referencia final es el Manual para Cuantificar los Indicadores de la Justicia de Menores de Unicef (Nueva York, 2008, actualizado). La nota referida fue acompañada con una infografía, donde se refleja que en la provincia de Chubut durante el año 2021 se iniciaron un total de 62 causas en las cuales estuvo involucrado al menos un niño, niña o adolescente.

En ese universo se registran al menos 51 niños, niñas y adolescentes infractores en procesos penales iniciados, de los cuales el 90.2% son varones y el 9.8 son mujeres. Al mismo tiempo se indica que 37 de esos infractores no participaron en forma conjunta con adultos en sus infracciones penales, y la que la mayoría de los hechos en los que estuvieron involucrados –un 75.4 %– fueron delitos contra la propiedad, mientras que en menor medida se registran delitos contra las personas, contra la integridad sexual y otro tipo de delitos. Dicha nota periodística puede leerse a través del siguiente enlace: <https://www.elchubut.com.ar/policiales/2022-6-23-11-59-0-chubut-en-2021-se-iniciaron-62-causas-con-jovenes-involucrados-en-delitos-penales>

Se transcribe a continuación la infografía publicada en el matutino relativa al informe explicado:



Opiniones de adolescentes en conflicto con la ley penal

En este apartado quiero exponer algunas opiniones de adolescentes que actualmente están alojados en cumplimiento de medidas de coerción bajo la modalidad de prisión preventiva en el COSE (Centro de Orientación Socio Educativa) ubicado en la Ruta Nacional N° 3 a mitad de camino entre Trelew y Puerto Madryn, de quienes soy profesor de la asignatura Construcción Ciudadana. Estas opiniones fueron volcadas por algunos de mis alumnos en forma anónima, a preguntas formuladas en relación con la posibilidad de implementación de un fuero de responsabilidad penal juvenil, y a sus condiciones actuales de encierro.

ENCUESTA

1) ¿Crees que sería bueno contar con un fuero de responsabilidad penal juvenil?

(SI)

NO

¿Por qué?

Por que las personas que estén juzgado estarian mas capacitadas en el tema.

2) ¿Te gustaría que la parte acusadora (fiscales), los defensores y los jueces que actúan en un proceso para adolescentes tuvieran una especialización?

(SI)

NO

¿Por qué?

Si, por que tomaria los derechos y los beneficios acorde a los derechos del niño

3) ¿Te sentís escuchado en el proceso que se realiza actualmente para adolescentes?

SI

NO

¿Por qué?

Si, me escucharon pero no me sent. escuchado por que no me dieron una segunda oportunidad.

4) ¿Te sentís escuchado en tus necesidades en el cumplimiento del encierro?

(SI)

NO

¿Por qué?

SI POR QUE ALGUNOS MOMENTOS
IMPORTANTE NO TOMOS ME AN
DADO IMPORTANCIA EN LOS MOMENTOS
QUE EN POCO COSAS.

5) ¿De qué modo creés que sería mejor para el caso de tener una sentencia de
responsabilidad que se cumpla?

Propuestas: NO GUSTARIA CUMPLIR MI SENTENCIA
CON MONEDAS DE ESTUDIO Y AL CAPACITACIONES
Y TRABAJAR ALGUN OFICIO PARA EL DIA
QUE SALGA PODER TENER CONOCIEMION EN ALGUN
OFICIO PARA SER UTIL EN LA SOCIEDAD.

ENCUESTA

1) ¿Creés que sería bueno contar con un fuero de responsabilidad penal juvenil?

SI NO ¿Por qué?

Por que SI AH MAS POSIBILIDAD DE QUE QUEDEMOS LIBRE PA ESLO
QUE YO OPINO NO

2) ¿Te gustaría que la parte acusadora (fiscales), los defensores y los jueces que actúan en un proceso para adolescentes tuvieran una especialización?

SI NO ¿Por qué?

Por que SABEN OTROS DERECHOS Y LO TOMAN MAS EN CUENTA
QUE SOMOS ADOLESCENTES

3) ¿Te sentís escuchado en el proceso que se realiza actualmente para adolescentes?

SI NO ¿Por qué?

NUNCA ABLE EN NINGUNA AUDIENCIA POR QUE NO ME
PREGUNTARON SI QUERIA DESIR ALGO

4) ¿Te sentís escuchado en tus necesidades en el cumplimiento del encierro?

SI NO ¿Por qué?

POR LO QUE VI NADIE ESCUCHA A LOS PRESO Y MUCHO MENOS A UN ADOLESCENTE

5) ¿De qué modo creés que sería mejor para el caso de tener una sentencia de responsabilidad que se cumpla?

Propuestas: EN DOMICILIARIA PERO CON UNA CONDICION QUE ME ENSEÑEN UN OFICIO

ENCUESTA

1) ¿Creés que sería bueno contar con un fuero de responsabilidad penal juvenil?

SI

NO

¿Por qué? Juzgaría de otra forma
y sería mejor para el
imputado

2) ¿Te gustaría que la parte acusadora (fiscales), los defensores y los jueces que actúan en un proceso para adolescentes tuvieran una especialización?

SI

NO

¿Por qué? tendrías más conocimiento
y no tendrías las cosas

3) ¿Te sentís escuchado en el proceso que se realiza actualmente para adolescentes?

SI

NO

¿Por qué? desde que te dan tu
estricto tiempo no te
prestan atención

4) ¿Te sentís escuchado en tus necesidades en el cumplimiento del encierro?

SI

NO

¿Por qué? Pero es un lugar q te enseña cosas para el día de mañana puedes con tus necesidades

5) ¿De qué modo creés que sería mejor para el caso de tener una sentencia de responsabilidad que se cumpla?

Propuestas: sería algo mejor q solo estes en un lugar en el q puedas estudiar y puedas convivir con otras personas y poder aprender oficios para cuando vuelvas a la sociedad puedas en parte de eso

Conclusiones

De todo lo expuesto en el presente trabajo, surge que existe una exigencia internacional que impone a los Estados la implementación de sistemas de justicia especializada para los casos en los que se pretenda la persecución penal de una niña, niño o adolescente. Tampoco entra en discusión que el Estado Argentino está obligado por ese mandato que hoy tiene raigambre constitucional, y en particular las provincias, por cuanto las leyes de procedimiento no han sido delegadas al Gobierno Federal, conforme nuestra carta magna.

En relación con la propuesta materia de este trabajo, la creación por parte de la provincia del Chubut del fuero de responsabilidad penal juvenil resulta ser una necesidad a la luz del interés superior del niño, a fin de cumplimentar en forma efectiva con directrices impostergables, como lo son el derecho a ser oído de todo/a menor involucrado/a en un procedimiento, el interés superior del niño, la garantía del debido proceso, el derecho a ser juzgado/a por un fuero especializado en materia de niñez, la necesidad de que las medidas que se adopten en relación con el/la persona menor de edad sean lo menos estigmatizantes posible, la prohibición del encierro perpetuo del/la niño/a como pena privativa de libertad, la adopción de medidas que separen al/la adolescente del núcleo familiar como último recurso, entre otras, lo cual fundamenta la necesidad de un fuero penal juvenil. Ello sumado a que la función resocializadora de la pena cobra particular relevancia en la franja etárea sobre la que versa este trabajo, precisamente por tratarse de personas en formación.

Sería también deseable (por no decir necesaria) la creación de una alzada específica para casos de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Tanto el Estado Nacional como las provincias son responsables de cumplir con los compromisos internacionales asumidos mediante la implementación de las garantías procesales que sienten su base para incorporar el paradigma de la protección integral de derechos, mediante la sanción de legislaciones adecuadas en pos del funcionamiento del sistema de responsabilidad penal juvenil. Esta es precisamente la deuda que tiene Chubut al día de hoy.

Como reflexión final y a modo de síntesis, es necesario y conveniente que la provincia del Chubut sancione una ley conforme los principios de la CDN (con jerarquía constitucional), y ponga en funcionamiento lo antes posible un sistema procesal acorde con la propuesta aquí expresada, a fin de estar en consonancia con las legislaciones procesales en la materia vigentes en otras provincias.

Bibliografía

- Beloff, Mary, *Los Derechos del niño en el sistema interamericano* (Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires 2004).
- Beloff, Mary, *Constitución y Derechos del Niño*, separata de estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, David Baigún *et al.*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- Segovia, Edna Marysel y Valle, María Eugenia, *Justicia Penal Juvenil en Argentina. Su funcionamiento en los casos de Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las Provincias de Buenos Aires, Mendoza, Jujuy, Tucumán y Córdoba*. 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asociación Civil para los Derechos de la Infancia, 2016. Libro digital, Book \”app\” for Android - (Investigaciones del Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia).
- Calderwood De Corneo, Elsa; Freire Méndez, Rodrigo P.; Paoloni, Luis Alberto, y Pérez Galimberti, Alfredo, *Ley 4.347 Protección Integral de la Niñez, la adolescencia y la familia, Provincia del Chubut*, publicado en Revista Pensamiento Penal <http://www.pensamientopenal.com.ar>
- Maldonado Fuentes, Francisco, *Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales de adolescentes*. Revista de Derecho- Escuela de Postgrado N.º 5, julio 2014, Páginas 17–54.
- Nota periodística publicada en diario El Chubut en fecha 23/06/2022: <https://www.elchubut.com.ar/policiales/2022-6-23-11-59-0-chubut-en-2021-se-iniciaron-62-causas-con-jovenes-involucrados-en-delitos-penales>
- Observación General N° 10 (2007) Los derechos del niño en la justicia de menores. Comité de los Derechos del Niño, 44^o período de sesiones. Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007.
- “Procedimientos penales juveniles a nivel provincial. Estado de avance de la adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño en la reforma legislativa y en la jurisprudencia provincial”, difundido por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y avalado por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (primera edición, febrero de 2012). Publicado en <https://bibliotecacorteidh.winkel.la/Product/ViewerProduct/1286#page=1>

Críticas a la era del siglo 21, la niñez, nuevas perspectivas, nuevos guardianes civiles

Gabriela Isabel Posteraro¹

Los puntos centrales de esta ponencia, realizan una crítica a la era del siglo 21, primero en materia de Derechos y economía, los problemas que actualmente tienen a La Niñez como centro, que pronto iniciaran su actividad como ciudadano activo, con Derechos y cargas de responsabilidades.

La esfera del Niño/a en materia derecho económico, vital para su desarrollo desde el empleo en el hogar, los ingresos de sus padres, personas a la guarda del menor o Instituciones, son la base del cuidado del menor, alimentos, vestimenta, educación.

Son el primer núcleo que hacen al menor para sobrevivir, las economías mundiales pos pandemia hablaron en el mundo, ninguno estaba preparado al 100 %, los líderes de mundo junto con los Organismos, intentaron dar respuesta a lo vivido frente a un colapso económico, sanitario y temor Mundial. Familias en crisis económicas durante los últimos años, perdidas dentro y fuera de cada núcleo familiar. Las economías mundiales, en recuperación, familiar que continúan luego de sus pérdidas, todo dentro de la observación de los niños en cada hogar, intentando comprender los cambios de cada día por las influencias de una pandemias, crisis sanitaria, económica, modificaron la vida diaria de cada hogar,

¹ Estudiante de la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Carrera Abogacía. Nacida en Argentina, Provincia de Buenos Aires, 04 de enero de 1986, vive actualmente Gregorio de Laferrere, expone primera Ponencia: “Crítica a la era del siglo 21, La Niñez nuevas perspectivas, nuevos Guardianes civiles”.

adaptándose a nuevos hábitos, de los cuales desprendemos desde un marco psicológico, en la conducta de los niños horas en conexión con los distintos dispositivos, horas de entretenimiento, posible solución desde las nuevas tecnología, la rapidez en información, conectados.

¿Cuál es su desventaja? la misma está presente pre pandemia, dando rastros de los nuevos conectados a Internet según datos fuente, UNICEF, en 2018 cerca de 175.000 niños comenzaron a utilizar las redes sociales, Laurance Chandy Director de Datos, investigación y políticas de Unicef. Durante la pandemia millones de niños conectados.

¿Las horas frente a una computadora, celular, Tablet cuanta seguridad en los dispositivos, medios de conexión presentan los hogares como defensa? Posiblemente todos y aun así ser víctimas de tráfico de Datos, desde los dispositivos, vulnerando cuentas Bancarias, o cuentas en redes sociales a las cuales los propensos son los niños, a través de perfiles falsos, lamentablemente sufriendo en primera medida el robo de datos, la exposición, el Acoso en las redes, muchas veces con perfiles falsos de adultos actualmente tipificado en nuestro Derecho Penal como “GROOMING”.

Desde el marco legal, la legislación protege al menor a través de la ley 26.904 sancionada en noviembre de 2013 a través del fallo Mica, que impulso dicha ley, condenando al autor a la pena máxima dando al autor cadena perpetua, por Asesinato.

El niño/a tiene como defensa una ley 26.904, un simple número que protege sus derechos 137 y un Organismo llamado INADI, nuestro país tuvo campañas acerca de este delito logrando difusión para contener a las víctimas.

En un marco legal-Informático, con intermediación de leyes, promover la seguridad informática, evitando el tráfico de datos, acompañados de sus padres con información y resguardando esta nueva etapa de descubrimiento del niño frente a la nueva era de tecnologías, evitando el acoso en las redes, la comunicación de los niño/as es muy importante para lograr exteriorizar comunicarse establecer vínculos que los contengan ante una incomodidad, poder ser acompañados, este año 2022, tendremos nuevos conectados en las redes, cuantos?

Otro punto en torno a las nuevas tecnologías con una mirada crítica-jurídica, rondan distintas disciplinas. Desde el área Médica en relación con los tratamientos invasivos, a informarse debidamente y tomar la decisión de no someterse a tratamientos que dañen su cuerpo o poner en riesgo su integridad física y Mental.

Nuestra legislación consagrada en la ley 26.529 artículo N° 2 (Ley del Paciente) brinda en esta etapa de Niñez –pre Adolescencia-Adolescencia (13 a 16 años) la posibilidad de informar al menor y verificar el consentimiento de optar o no un tratamiento. Con el diagnóstico del paciente tomar, las medidas necesarias del procedimiento médico e informar cuan invasivo será el tratamiento, que se realizará sobre su Cuerpo, por parte del médico y responsables legales de dicha institución.

Continuando con mi crítica jurídica en Materia Contractual, note que los Niños es su hacer, al armar y desarmar, nacen sus habilidades a temprana edad, las cuales son muchas veces expuestas a niveles artísticos, de una simple risa imitación o baile, pasan a ser Públicos. Una obra teatral, una obra de arte, un diseño, cualquier expresión del niño llevado a términos económicos, implican un Contrato verbal o Contractual. Los cuales pueden o no ser cumplidos, bajo qué condiciones, tienen el consentimiento del Niño/a?

No todos son públicos, Niños Invisibles, en una fábrica, una cosecha, en cualquier oficio , bajo condiciones de Explotación en cualquier parte del Mundo, Argentina tiene una regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación Artículo N° 681, a favor y contemplando el resguardo de los Niño/as en materia contractual Menores de 16 años el Consentimiento dependen de la autorización de sus padres o responsables legales, Artículo 682 el Consentimiento, se presta en este artículo exclusivamente bajo la aceptación del Adolescente de 16 años o más.

Los Niño/as que desconocen la defensa ante actividades que se presentan con un velo de regularidad ante una actividad diaria por una paga y condiciones de trabajo que no resguardan su bienestar físico, mental y espiritual, son explotados, hasta que notan las dificultades en su cuerpo, su mente, su “Niño Interior”, aun notando las secuelas son necesarias las horas y esfuerzo del menor para sobrevivir a la realidad que tienen todos los días.

Pueden estar aquí o en cualquier ciudad del Mundo, en los distintos horarios de Nuestro Planeta. Son los Invisibles, Visibles, de todos a la vista de todos, los Organismos, el ciudadano común, cualquiera, transformado por un instante en un responsable Civil, un Guardián, con una simple acción, en resguardo hacia eso que notamos, un sentido que nos despierta hacia eso que no está bien, hacer valer un Derecho y proteger a un indefenso. Los estados existen, las Normas, Leyes, Tratados, las hacemos funcionar todos los días cuando no hacemos invisible las acciones, lo que ocurre en tiempo real, transformamos un instante.

En esta etapa de Niñez está protegido en Materia económica (Derecho de Familia) previsión y seguridad social (Ley 26.579) para su sustento aun adquiriendo la mayoría de edad a los 18 años, el resguardo por parte de sus progenitores, responsables legales, hasta los 21 años, si este estudiara y no podría solventar sus necesidades básicas, podría incluso extender esta obligación hasta los 25 años.

Hasta aquí, la observación que realizo es el consentimiento que el Niño/a y nuestra Legislación concede al menor a partir de los 10 años, ante una Filiación en el caso de Niño/as adoptado/as si aceptan o no nuevos apellidos. A los 13 años con el consentimiento de sus progenitores y el propio, puede tomar decisiones sobre la base de su Cuerpo, Salud mental, Educación Religiosa, Fuerzas Armadas, en Materia contractual y salidas del país, cambios de residencias permanentes de país en el extranjero. Todo aquello que ataque a su integridad moral, ética, física y mental, tendrá las leyes de este país para responder por tales violaciones a sus Derechos consagrados aquí y en tratados Internacionales en defensa de la Niñez, estará resguardada por la legislación y de no ser así, los distintos Organismos comenzaran la Luchas para hacer valer sus Derechos.

A lo largo de estas críticas fundadas en derecho, Leyes, Organismos y la simple crítica de una estudiante de esta Casa, la realidad de miles de Niño/as, ronda el consentimiento, esta resguardado por nuestra legislación hacia el menor, La Defensa hacia él es interminable, la información debe ser en cuidado hacia su etapa en la Niñez, pertinente, con responsabilidad cuidando su integridad física y mental, desconoce sus Derechos, se introduce en las esferas, espacios a lo largo de su desarrollo en la sociedad, tenemos el deber de proteger e informar las distintas responsabilidades y sus Derechos, “su consentimiento con la debida información, es universal”.

Bibliografía

Código Civil y Comercial de la Nación, Artículo N° 681 y Artículo N° 682 (Derecho en Materia Contractual).

Ley 26.579 Derecho de Familia. (Materia en Previsión y Seguridad Social).

Ley 26.529 Artículo N 2 (Ley de Pacientes).

Ley 26.904 -Derecho Penal.

UNICEF, Director de Datos, Investigación y Políticas de Unicef, Laurence Chandy Artículo Acoso y peligro a lo Niño/as en las redes/Ciber delito/ Grooming, 2018.

INFOBAE. Grooming.

Fallo Mica-2013. Impulso la Ley 26.904, tipificado en el código Penal actualmente, como Grooming.

Mediación penal juvenil, promoviendo diálogos generativos y prácticas restaurativas

María Dolores Suárez Larrabure¹

*Nunca debemos dudar que un pequeño grupo de ciudadanos
motivados y decididos pueden cambiar el mundo.*

Margaret Mead

Este trabajo tiene objeto analizar la Mediación Penal Juvenil como mecanismo intervenir en el caso de que el infractor a la ley penal sea un menor de edad, teniendo presente un marco teórico que reúne la teoría de los sistemas, la complejidad, construcción social, la ética del cuidado, el paradigma de los diálogos generativos y el concepto y principios de la justicia restaurativa para la construcción de la ciudadanía y la paz. Esto implica analizar el conflicto desde la lógica de la colaboración, a través de un nuevo re-encuadre entendiendo que las partes pueden tener una mirada diferente sobre los mismos hechos.

Antes que nada debemos definir que entendemos a la Mediación Penal Juvenil como un proceso en el cual el conflicto penal a mediar reside en un *hecho ilícito o contravencional* que vincula, como partes, a una *persona menor de edad*, (a la que se relaciona con el hecho), con otra persona o conjuntos de personas, físicas o jurídicas (que padecieron el hecho en calidad de *victima(s)*) y en el que

¹ Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNT.

ambas partes, con la colaboración de un *tercero imparcial*, intentan generar un encuentro común para tratar la posibilidad de resolver el conflicto a través de un *acuerdo restaurativo* a nivel relacional y/ o sustancial. (Tula, 2005)

En la medida en que logremos un acercamiento entre las partes, eliminando la actual distancia que existe entre el victimario y la víctima y propugnemos medidas de participación, como la Mediación Penal, los beneficios redundarán en toda la sociedad pues las partes recobrarán su protagonismo como bien manifiesta Zaffaroni (Zaffaroni, 1992) y el beneficio de la autocomposición se expande con progresión geométrica ya que “Que la intervención del Estado como único ofendido, confiscando a la víctima su conflicto, invocando el bien común la defensa social o cualquier otra vaguedad parecida elimina la posibilidad de resolver aquel conflicto porque falta una de sus partes: la víctima (Cafferata Nores, 2000).

Esto, en virtud de que la Mediación es una herramienta útil para que el “conflicto” deje de ser una amenaza abstracta para la comunidad ya que a través del afectado de manera concreta se acercará al infractor a la ley y se humanizará la reparación del daño sufrido. Indirectamente se comprenderá que tanto las víctimas como los victimarios integran la comunidad y que a través de este mecanismo la primera tendrá una humana reparación a la vez que podrá colaborar en la recuperación del autor del hecho evitando su exclusión social.

Esto es más importante aun cuando los infractores de la ley son menores de edad que merecen la posibilidad de no recorrer el camino de la represión que los conduce a través de la pena privativa de la libertad a la escuela del delito.

En la Mediación Penal Juvenil se crea un espacio relacional que constituye un “sistema” que queda integrado por el mediador, las partes, los padres del menor de edad y los profesionales del derecho y otras personas significativas, en el que circularán conversaciones tendientes a intentar la restauración de la relación de los involucrados y la reparación a nivel de contenido.

También inciden otros sistemas tales como la sociedad, la familia, los grupos de pares, los medios de comunicación, la escuela, la justicia, diferentes funcionarios y organismos del estado u otros núcleos de interacción significativos de los sujetos, con sus prejuicios, cultura, creencias, mitos y valores. Por ejemplo, puede ocurrir que las inconductas penales se relacionen con situaciones familiares de las cuales el menor de edad es solo un emergente o con los sistemas comunales que incluyen al adolescente en contextos de pobreza y marginación, que lo colocan en un marco contracultural que normaliza las conductas antisociales

como respuesta a la exclusión social y en ambos casos que la reparación sea un punto de partida que permita a la familia revisar su sistema de funcionamiento y a la comunidad examinar y proyectar medios de inclusión social.

Para Britto Ruiz (2010), el encuentro entre comunidad, víctima y ofensor despierta en este último cuestionamiento sobre sus acciones, ya que la cercanía a la experiencia de los afectados le permitiría sensibilizarse ante su dolor y volver sobre los alcances de sus actos. Esta sensibilización aportaría a la reconstrucción de lazos con la comunidad y a la no reincidencia en actos delictivos.

En el caso de la víctima también la esfera de influencia es ampliada pues podrá extender el daño sufrido y su estado emocional al entorno familiar, laboral, de amistades, etc. Entre sus particularidades, la justicia restaurativa sitúa a la víctima como actor y eje de los procesos de justicia, y su reparación constituye una prioridad por encima del castigo o pena otorgado al victimario

Es relevante tener en cuenta que el comportamiento no puede verse aisladamente sino que está rodeado de un contexto y es apoyado o no por refuerzos, positivos o negativos, que llevan al sujeto a elegir dentro de una gama de opciones. Estos refuerzos se encuentran en el ambiente (contexto) y tienden a ser causa de los comportamientos y sentimientos por lo que trabajamos incluso con los grupos de pares, la familia, los distintos actores judiciales, administrativos, del área de salud, educación, etc. y tendremos en cuenta que el comportamiento también está marcado por la experiencia pasada vivida, por lo tanto es un registro importante a tener en cuenta por el mediador.

Con este criterio ampliado se pretende vincular al proceso a toda clase de personas quienes busquen la mejor salida al mismo, movidas por su interés ético, no exclusivamente juristas expertos pues como bien señala Gallo (2014) el encuentro como proceso de mediación contribuye a que los “participantes entren en una relación dialéctica atravesada por un movimiento ético” (pág. 249), mediación que asume una función civilizadora del vínculo entre seres que han entrado en contradicción.

Cada una de las partes llega con su propia visión del mundo y de la situación planteada y para entender esto resulta de fundamental importancia el paradigma del construccionismo social pues da marco a perspectivas y prácticas que ofrecen la posibilidad de construir conjuntamente realidades, racionalidades y nuevos valores compartidos. Inspirados en Kenneth Gergen proponemos un conjunto de principios orientadores que algunos, lo muestran como la promesa de afrontar en

forma productiva las situaciones de conflicto y sus consecuencias pues se cuestiona al concepto de realidad como algo aprehensible por el individuo en “forma objetiva”, que luego le permita elaborar normas aplicables a un universo social determinado, en forma rígida pues la realidad depende de la mirada y el discurso del observador. (Gergen, 2007)

La Mediación permite a las partes desentrañar el origen de la conducta con reconocimientos y ofertas de mutuo beneficio y de esa manera lograr enderezar dicha conducta y mantener la paz en la sociedad.

A través de la Mediación no se busca el castigo para remover un comportamiento, sino que busca mostrarle al sujeto que realizando conductas apropiadas recibirá refuerzos positivos. Busca enseñarle esos refuerzos, por lo que allí está el trabajo del mediador, ayudarlo a percibir escenarios futuros de realización personal y social

La comunicación a través de los diálogos generativos

Desde la perspectiva de Maturana, la comunicación está presente en toda la vida social por lo que incide en la aparición del conflicto y también en el proceso de resolución en la mediación ya que “El efecto de la comunicación hace que dos o más sujetos que se relacionan y se acoplan estructuralmente en la coordinación de sus conductas, construyan un mundo conjuntamente. Este acoplamiento da lugar a la vida social, siendo el lenguaje una de sus herramientas. (Labay, 2004)

Las herramientas comunicacionales de la Mediación permiten, en un espacio protegido volver a reencontrar los pilares de las relaciones humanas, aprender a comunicarse positivamente, desarrollar habilidades de empatía, aprender a escuchar desde el otro y traer nuevamente a la relación los espacios de respeto, aceptación y reconocimiento del otro como una persona distinta a nosotros. Esta conversación reconstructiva se da por lo que Maturana llama el entrelazamiento del emocionar y el lenguaje que permite disolver el sufrimiento en conversaciones de reformulación y aceptación de las experiencias y contenidos negados (Maturana, 1992)

Con el manejo adecuado a través de diálogos generativos podemos abandonar, transformar o disolver formas de vida que no se adecuan a las situaciones presentes, dolorosas o traumáticas, y crear alternativas conjuntamente. Si encontramos

condiciones adecuadas para hacerlo podremos sostener procesos de creación de valores, de realidades y relaciones o crear nuevos futuros; teniendo presente que llevarlo a cabo requiere la participación en tramas sociales que sostengan esta reconstrucción por lo tanto cuando hablamos de víctima y victimario hablamos de todo su entorno, de los distintos dispositivos disponibles y de la sociedad misma.

Así es que (Ceretti A., Di Cio F. y Mannozi G., 2001) citado por la Dra. Kemelmajer de Carlucci (Kemelmajer de Carlucci, 2009) sostiene desde una “Perspectiva moderna” que: “El valor de una mediación no se limita a las relaciones entre los individuos, a expresarse y responsabilizarse recíprocamente de lo sucedido; no opera solo entre los sujetos sino entre ellos y sus formaciones sociales del entorno”.

Estos sujetos, relacionados en el sistema de Mediación, desde las construcciones de sus propios significados del conflicto, logran un acoplamiento que da lugar a un posible acuerdo, obtenido en ese “espacio de conversaciones”.

El paradigma del constructivismo permite que las partes sean capaces de reconocer que su mirada de la situación puede no coincidir con la de la otra ya que los sujetos que interactúan en la mediación como protagonistas ya sea victimario, víctima, mediador o terceros provienen de distintos extractos económicos, sociales y culturales y además se encuentran en diferentes estadios de sus procesos evolutivos, sienten de diferentes maneras sus experiencias en el conflicto y reciben diversas influencias de sus entornos significativos ya sean padres, parejas, otros parientes, amigos, profesionales etc.

Viviana Labay expresa: “desde este enfoque, la realidad no es única, ni objetiva, como lo era para el positivismo, sino que existen “realidades”, y estas son construidas desde la experiencia de cada sujeto, según su propia estructura y la interacción que mantiene con el medio”. (Labay, 2004) Pues, como señala Maturana, en su “Ontología del observar”, se reconoce al observador como un participante constitutivo de lo que observa, el cambio que aquí se propone es evidentemente radical: el paso de un universo, es decir, de una realidad objetiva unívoca que es igual para todos, a lo que Maturana llama un Multiverso, en que cada mundo construido por el observador es igualmente válido y único respecto de otros.

A través del aprendizaje de la perspectiva generativa de Dora Fried Schnitman (Fried Schnitman, 2008) utilizamos como plataforma las posibilidades emergentes del diálogo para la construcción de futuros posibles y realizables en situaciones de conflicto. Supone un proyecto y un acuerdo deliberado de co-creación de

alternativas y de co-gestión responsable en el tratamiento de situaciones problemáticas donde el diálogo es el medio y el instrumento de este proceso relacional.

En medio de diferencias, contradicciones y conflictos esta herramienta permite encontrar espacios intermedios, opciones y perspectivas emergentes que puedan ser asumidas como propias por los participantes y visualizar hacia el futuro una realidad centrándonos en aquello que los participantes puedan construir creando posibilidades inéditas, y en la exploración activa de las zonas de contacto y los enlaces como nuevos territorios

Los “espacios intermedios” de los que hablamos son instancias dialógicas de acción social coordinada donde interpretan, construyen sentido y acciones conjuntamente, y se reconocen recíprocamente como copartícipes del diálogo y la coordinación de acciones que tienen lugar.

Es necesario tener presente que quien tiene la posibilidad de escuchar capta a quién va dirigido lo que dice el interlocutor, la relaciona con su propia trama compleja de intereses y supuestos, imagina cómo responder y decodifica cada elocución que a la vez es un enlace en una red de diálogos, simultáneamente posibilitada y limitada por enlaces precedentes y futuros.

El resultado del uso de las herramientas comunicacionales y que las partes sean capaces de reconocer que quizás cada una tiene diferentes lentes o está parado en un ángulo desde donde se ve diferente la realidad posibilita el acuerdo, que surgirá del re-encuadre desde las distintas formas de percibir la realidad del conflicto, y de la posible reformulación de esas miradas, que intentan co-construir las partes, en el procedimiento, con la asistencia del mediador.

Este enfoque difiere de la “verdad jurídica” de compleja construcción técnica que corresponde desarrollar a los abogados y culmina en una sentencia sometida a la “sana crítica” de un magistrado que solo tiene acceso a las posiciones jurídicas.

El acuerdo obtenido en la Mediación surge de interacciones impregnadas de la vivencia y la emocionalidad de las partes involucradas y posiblemente resulta un mensaje para la sociedad, fácilmente descifrado, que puede ser pensado como “protagonismo y participación en la construcción de la paz social”.

Nos proponemos analizar propuestas para la paz a través de las prácticas restaurativa, haciéndonos eco de la propuesta pazológica (Galtung, 1985) para superar la impotencia interiorizada y participar así del cambio que queremos ver en el mundo

Se trata al decir de Galtung de reconstruir las maneras de hacer las paces que, aunque sean imperfectas, constituyen parte de nuestra condición humana.

El proceso de mediación es una oportunidad de hacer viva la axiología de la Paz que observa y escruta los ideales como la libertad, la justicia, la equidad, la concordia y la solidaridad, los cuales son valores relevantes para los seres humanos y las culturas, porque mediante su logro se construye el valor de dicha paz que añade una apertura hacia el futuro, impactando sobre cómo queremos que sea ese futuro y hacia dónde debemos orientarnos.

Cuando pensamos en mediación penal podemos encontrarnos con diferentes obstáculos (Causau, 2021) epistemológicos que es el impedimento de orden académico que limita o inhibe la progresión en la construcción del conocimiento o epistemofílico que es un impedimento de orden personal ligado a la afectividad del sujeto que le impide entender, comprender intelectualmente, pero el origen de la dificultad cognitiva es emocional, es de suma importante distinguir frente a que obstáculo estamos, pues es diferente trabajar desde lo intelectual a trabajar desde lo emocional.

Vamos a referirnos solo a un marco normativo internacional que es la Asamblea General de las Naciones Unidas el 6/10/1999, a través de la resolución 53/243 de la Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz”, avala nuestra postura cuando manifiesta su accionar con el fin de promover que los gobiernos, las organizaciones internacionales y la sociedad civil orienten sus actividades al fomento y promoción de una cultura de paz en beneficio de los pueblos del mundo. Se reconoce que la paz no solo es la ausencia de conflictos, sino que también requiere un proceso positivo, dinámico y participativo en que se promueva el diálogo y se solucionen los conflictos, en un espíritu de entendimiento y cooperación mutuos y define a la cultura de paz, como un conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida

La Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz de la ONU establece que el arreglo pacífico de los conflictos y el desarrollo de aptitudes de negociación, diálogo y formación de consensos son compromisos, valores y estilos de vida necesarios para poder generar una Paz Positiva lo cual implica que la mediación penal es una herramienta para ello.

Entre los elementos para el pleno desarrollo de una cultura de paz menciona el arreglo pacífico de los conflictos, respeto y entendimiento mutuos y la cooperación internacional; el desarrollo de toda la población en aptitudes para el diálogo, la negociación, la formación de consenso y la solución pacífica de controversias; la comprensión, tolerancia y solidaridad entre todas las civilizaciones los pueblos

y las culturas, incluso hacia las minorías. Todo lo cual indica que a través de la justicia restaurativa estamos dando cumplimientos con el programa de acción para una cultura de paz.

La justicia restaurativa pretende (Zehr, 2010) favorecer que el que causó el daño (al que llamaremos victimario) asuma que causó un daño, que podría no haberlo hecho, que es responsable y que puede repararlo.

Y también favorece que el que lo sufrió pueda verbalizar su dolor, pueda pasar del desorden al orden, de la falta de empoderamiento al empoderamiento, del aislamiento y la desconexión, a la reintegración y reconexión de nuevo con la comunidad.

Haremos uso de los utensilios indispensables para la búsqueda de la paz que son el diálogo, empatía, creatividad, la compasión y la no violencia del hacedor de paz para lograr la transformación de conflictos a través de las 3R de Galtung: la Reconciliación con la necesidad de revertir las actitudes violentas, la Reconstrucción con la recuperación tras la violencia lo que implica reconstruir las relaciones pensando metas comunes y la Resolución de las contradicciones e incompatibilidades tratando de superar la violencia estructural.

Aporte de la filosofía del cuidado

Nos nutriremos de la filosofía del cuidado que da cuenta de la fragilidad humana que queda a la deriva en las situaciones de violencia, y potencia la construcción de paz con el propósito de “desgenerizar el cuidado para generalizarlo”, y de esta manera ampliar el espectro de posibilidades de construir la paz desde el cuidado.

La educación es fundamental en lo que respecta a la cultura del cuidado por lo que también trabajamos en la mediación educativa la resolución adecuada de los conflictos tendiendo en cuenta esta mirada que es objeto de otras publicaciones (Suárez Larrabure, 2013) en virtud de que juega un papel esencial donde la perspectiva constructivista pone sus esfuerzos en rescatar, reconstruir y visibilizar el legado, las experiencias históricas y socialmente construidas de las mujeres a fin de desarrollarla en todos los géneros desde la más temprana edad.

La práctica del cuidado requiere e implica, la empatía, la responsabilidad, la paciencia, la ternura, perseverancia, la escucha, el acompañamiento, la compasión y el compromiso, que son elementos constituyentes de una Cultura de paz teniendo presente que lo que hacemos nos hace, y esa atribución histórica del

rol del cuidado a las mujeres tanto en la esfera privada como en la esfera pública ha desarrollado en las mujeres unas determinadas competencias de paz que bien podríamos compartir todos los seres humanos ya que el cuidado no es solo origen o base de la esencial intersubjetividad, sino también proyecto de futuro de toda la humanidad.

Consideramos que la ética del cuidado debe ensamblarse con la ética de la justicia y no verla en contraposición tomando los aportes de Victoria Camps (CAMPS, 2013) que manifestó como propios de la primera de ellas que se trata de una ética relacional, donde importa más que el deber, la relación con las personas; no se limita a concebir la ley, sino que le interesa la aplicación situacional de la ley; considera que la racionalidad debe mezclarse con la emotividad; se centra en la implicación y compromiso directo y casi personal con los otros y añade un enfoque particularizado al enfoque abstracto y general de la ética de la justicia.

A través de las prácticas restaurativas damos lugar a la articulación entre la ética del cuidado y la ética de la justicia a fin de desarrollar lo que Sevenhuijsen (Sevenhuijsen, 2003), siguiendo el trabajo de Joan Tronto llama la ciudadanía cuidadora” o “Ciudadanía” donde es fundamental crear espacios donde las personas puedan manifestarse a sí mismas como cuidadoras y/o receptoras del cuidado; en diálogo unas con otras, preocupadas por el bienestar propio, el de los otros y otras, y el de la naturaleza. Todo ello implica acercar el cuidado a la política a efecto de despertar a la ciudadanía de la pasividad, la falta de compromiso y el sostenimiento de la vida, el bienestar y la paz.

Esto permitirá la legitimación de cada uno y durante las distintas etapas del proceso lo tendremos en cuenta para trabajar con elementos propios de cada uno, de su narrativa, y de la realidad de la que cada uno habla que está teñida de los colores de sus propios lentes

También trabajamos el autocuidado, porque guía hacia la autoestima, la autonomía, la madurez y la libertad; la esencia del cuidado es la compasión y el prestar-se atención, comprender-se para que cada uno pueda ser quien es como lo indica (Rogerio, 2010) Lo que se materializa en el hecho de procurar el bienestar de la persona en todas sus dimensiones: cuerpo, mente, espíritu e intelecto cuidando del cuerpo como primer territorio donde acontece la vida, el primer territorio de decisión, poder, transformación y ejercicio de los derechos. (Boff, 2012)

De ese modo podemos decir que la democracia y la vida ciudadana en tanto y en cuanto devuelve la palabra a sus miembros cumplen con sus dos dimensiones:

la instrumental, en cuanto método que permite resolver pacíficamente las disputas y exigir por parte de los ciudadanos a los gobernantes la satisfacción de sus necesidades; y la sustancial, en la medida en que esa participación política de los ciudadanos constituye una actividad humana intrínsecamente consustancial al desarrollo de las cualidades propias del ser humano digno y responsable de sus propias decisiones.

El eje crucial se encuentra en la habilidad de pensar en las personas diferentes a nosotras como incluidas en la categoría de «nosotros». Para que ese compromiso empático tenga implicaciones en la calidad de la vida social colectiva es necesario reconciliar las tensiones entre la ética de la justicia y la ética del cuidado (Smth, 2000)

Entre los métodos de resolución de conflictos adversariales o contenciosos y los métodos adecuados o pacíficos

En los métodos adversariales las partes están enfrentadas y son contendientes; un tercero decide por ellas; necesariamente una parte gana y la otra pierde, pues la solución es de “todo o nada”; la resolución que pone fin al juicio está basada en la ley o en el precedente centrándose en el pasado, no en la satisfacción de los intereses de las partes, las más de las veces no se escucha a los involucrados, la resolución se limita a las partes sin tener en cuenta el entorno familiar o social y se hace hincapié en el delito como violación contra el Estado o la ley que debe ser penado y no en el daño causado. La persona lleva su proceso aislada en la cárcel, lo que genera rupturas sociales y, por ende, conlleva a que esta institución no cumpla con su fin resocializador.

En los métodos adecuado o pacíficos se fomenta la participación, responsabilidad propia y directa de los involucrados asumiendo el daño causado para que ellos mismos puedan encontrar una solución o determinar la que más les conviene privilegiado la cooperación, tolerancia, empatía y el diálogo y quienes tienen un proceso en el marco restaurativo refieren a una sanción que implica la inmersión en diferentes escenarios sociales que contribuyen a la reparación del daño cometido, lo que repercute en el desarrollo de lazos sociales.

En este apartado nos interesa destacar la diferencia en los adjetivos con los que calificamos a estos métodos pues cuando surgieron se hacía referencia al

adjetivo “alternativos” frente al modelo tradicional de resolución de controversias que es la vía jurisdiccional, los MASC formaban otra opción para llegar a una solución al pleito.

Nosotros preferimos sustituir la “A” de MASC por “adecuados”, tomando en cuenta que siempre será preferible que las partes puedan ir adquiriendo la capacidad de solucionar sus disputas por sí mismos, fomentando la responsabilidad, la participación y el compromiso social.

Supone la revisión del límite material absoluto de la verdad real, heredada del sistema inquisitivo, para crear espacios de «consenso». Implica el reconocimiento de un derecho penal de “alternativas”, abierto a la recepción de las necesidades de los verdaderos protagonistas del conflicto.

La mediación penal juvenil significa una solución extrajudicial alternativa al proceso penal con un importante potencial educativo en el marco de la cual víctima y autor del delito, con la participación de un facilitador/mediador capacitado, se implican en la búsqueda de soluciones en el conflicto que los enfrenta como consecuencia del hecho delictivo, devolviendo el protagonismo a las partes para que sean ellos quienes decidan la forma en que quieren reparar y ser reparados.

Esto implica desarrollar la cultura de la mediación y de la resolución adecuada y pacífica de los conflictos definida como un conjunto de actitudes, valores y de normas que determinan una manera de pensar, de hacer y de actuar en las relaciones que se establecen en la base de las instituciones sociales que priorizan el diálogo, la concordia, la inteligencia emocional, la cooperación y la empatía entre las partes con el objetivo de encontrar salidas armónicas para todas las partes involucradas en un conflicto (Viñas, 2008) lo cual inspira a sentar los cimientos para que el ser humano vaya aprendiendo y apreciando formas de vidas pacíficas, pero, críticas, no pasivas, armónicas pero no conformistas, comprometidas con la defensa de los derechos humanos, pero abierta al cambio, sensibles más no débiles, no dependientes, ni indiferentes. Construye nexos de paz, más no a cualquier precio, ya que la paz positiva o justicia social implica la defensa activa de los derechos inalienables de todos los seres humanos (Boque, 2003)

Los métodos adecuados de resolución de conflictos tienen las características de que las partes actúan juntas, y cooperativamente, trabajan unidas para alcanzar la solución aun en el caso de que no se encontraren físicamente; cuentan con el control del procedimiento y es su decisión la que prevalece; es un requisito

que se beneficien todas las partes y su contexto con la solución que ellas mismas acordaron, la decisión a la que arriban las partes pondrá fin a su controversia atendiendo sus propios intereses, se amplía la repercusión y se escucha al contexto familiar y social.

Estimamos que con este marco epistemológico estamos en condiciones de pasar al punto de los Objetivos definidos en el Protocolo en Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos que fue aprobado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, mediante la resolución 813/2018

Objetivos

- a. Promover la mediación penal juvenil y los acuerdos restaurativos como una práctica transformadora tendiente a restablecer derechos vulnerados acentuando la calidad de un proceso humano más que la obtención de un resultado;
- b. Permitir a las víctimas o los ofendidos del ilícito penal expresarse y que su opinión y sus necesidades sean tenidas en cuenta, otorgándoles el protagonismo que ameritan;
- c. Permitir a la comunidad recuperar el tejido social dañado y trabajar sobre la construcción de seguridad fundada en la confianza comunitaria.
- d. Facilitar el acceso a la Justicia a los ciudadanos posibilitando formas ágiles y participativas de la resolución de los conflictos
- e. Reducir los impactos relativos de la estigmatización o de la victimización de los protagonistas dentro de un espacio humanizado;
- f. Fomentar la internalización de responsabilidad y protagonismo del joven ofensor en la autocomposición del conflicto, a partir de un espacio de diálogo y escucha acorde con su grado de madurez y desarrollo.
- g. Procurar la reparación del daño a través de un proceso de autocomposición y de pacificación del conflicto.
- h. Propiciar el trabajo en red y la participación de organizaciones públicas estatales y de la sociedad civil y/o miembros de la comunidad que faciliten la realización efectiva y eficiente de la mediación penal juvenil;
- i. Prevenir la reiteración de conductas delictivas.

Experiencia en Tucumán

En el centro de mediación del Poder Judicial de Tucumán por la acordada 00000765/16 del 24 de Junio de 2016 se inicia el plan piloto de mediación penal, aunque de manera personal había tenido a mi cargo la primera mediación penal juvenil en el año 2009 por una derivación de la Suprema Corte de Justicia de Tucumán.

Luego de haber realizado mi Diplomado en Prácticas generativas y ser actualmente parte del plantel docente del diplomado decidí aplicar la perspectiva generativa a la mediación lo que implica que el mediador y las partes trabajan como miembros de un equipo colaborativo que diseñan, construyen el proceso y aprenden reflexivamente desde los resultados de sus propios procesos e interacciones.

Es un aprendizaje emergente que requieren de una motivación, y un importante factor motivador es la preocupación por el bienestar de los seres humanos y el reconocimiento de nuestras capacidades para ser agentes de cambio donde se trabaja juntos como una comunidad capaz de desarrollar y crear posibilidades aun a costa de las críticas de aquellos que buscan la pena y el castigo como finalidad de la justicia.

Hemos podido comprobar que tanto víctimas como victimarios mediante las tareas de cuidado permiten y se permiten, sentirse y pensarse como individuos significativos, importantes, necesarios, y se dan cuenta de que tienen cierto poder para modificar la realidad porque pueden plantearse a partir del presente acciones futuras.

A través de los diálogos generativos invitamos a los participantes a focalizarse en la construcción de un futuro, ¿hacia dónde quieren dirigirse?, ¿cómo transformar su situación conflictiva actual?, ¿cómo quisieran que fuese el futuro si tuvieran la oportunidad de construirlo? y ¿cómo comenzar a hacerlo?

La mirada hacia el futuro vuelve relevantes las preguntas sobre ¿qué cambiar?, ¿qué podría hacer cada uno de manera diferente?, ¿qué ha funcionado?, ¿qué puede ser reciclado? ¿Cómo notarían que cambiaron? ¿Qué obstaculizaría imaginar un futuro?

¿Qué elegirían si pudieran plantearse opciones? ¿Con qué recursos cuentan?

Siguiendo a Joan Tronto, Ruth Lister y Selma Sevenhuijsen, podemos decir que asumimos el cuidado de modo personal e intentamos que las partes lo vean como un proceso social que se desarrolla en tres fases: 1. Ser sensibles y detectar las necesidades sociales de cuidado, 2. Asumir la responsabilidad y la potencialidad para

ser agente de cambio, 3. Realizar las acciones pertinentes, es decir, materializar el cuidado. El cuidado, con esta estructura, sirve como base para el logro político de una sociedad mejor y vamos a seguir trabajando para que a través de la mediación penal los involucrados encuentren el verdadero acceso a justicia empoderándose, y reconociendo al otro como un legítimo otro donde a partir de la generación de una nueva mirada cada uno pueda decir “me cuido y te cuido... nos cuidamos”

Todo el proceso es un ejercicio de atención plena en el que nos concentramos en generar diálogos que les permitan construir nuevos significados, por lo que tenemos que generar un espacio de confianza que le permita por ejemplo al victimario mostrarse para dar el paso de dejar de la rebelarse con “b” larga desde la rebeldía para poder revelarse con “v” corta, es decir mostrar su luces y sombras que permiten descubrir su verdadera identidad y a la víctima darle espacio para que pueda expresar también su pensar y sentir sin que por ello pierda su dignidad o se re victimizarse.

Transformar el conflicto conlleva trascender las posiciones iniciales de las partes en conflicto definiendo si fuera posible otros objetivos, tratando de no acostumbrarnos al discurso inmovilista, donde vamos guiando el proceso a fin de fomentar sentimientos y competencias de cohesión de todos los individuos impulsando la transformación no solo social, sino en el interior de cada individuo, permitiendo en un espacio cuidado bucear sobre su propias debilidades y fortalezas lo que traerá por consecuencia, la Paz externa que buscamos (CRAGH, 2006)

Investigación acción participante

Hemos decidido transitar este proceso de investigación acción participante teniendo como norte que el método de acuerdo con Núñez significa “el camino a través del cual se alcanzan los objetivos” (Núñez, 1989, p.37). En tal sentido, es la búsqueda exhaustiva de una aparente verdad la cual se encuentra ubicada en diversos espacios del saber y del conocimiento. Todo estudio debe estar entrelazado entre la teoría y la realidad palpada, es decir, es la exploración constante cuya dimensión concrete la experiencia del individuo dentro de su propio escenario de discernimientos, sin ser este manipulado ni viciado.

Por todo esto estamos en un proceso de investigación acción participante en la cual participan y coexisten dos procesos: conocer y actuar; por tanto, favorece en todos nosotros el conocer, analizar y comprender mejor la realidad en la cual se

encuentran inmersos sus problemas, necesidades, recursos, capacidades, potencialidades y limitaciones. El conocimiento de esa realidad nos permite, además, reflexionar, planificar y ejecutar acciones tendientes a la mejora y transformación significativa de aquellos aspectos que requieren cambios; por lo tanto, favorece la toma de conciencia, la asunción de acciones concretas y oportunas para el empoderamiento, la movilización colectiva y la consecuente acción transformadora.

Nuestra propia experiencia

En el enfoque restaurativo podemos ser totalmente restaurativos o parcialmente restaurativos

Podemos trabajar solo con víctimas, o solo con ofensores o solo con la comunidad pero sin perder de vista los valores y principios de la justicia.

Trabajar con una parte implica que se desarrollan con una sola de las partes afectadas que están encaminadas a atender sus necesidades o al menos algunas de ellas, que en un proceso voluntario, muy útil y esperanzador, le permite por ejemplo al victimario encontrar su propio camino restaurativo.

Los objetivos de nuestras intervenciones serán: reconocimiento del daño, trabajo personal de emociones, espacio con la familia, visibilización de las habilidades, construcción del ser ciudadano, elaboración de un plan de acción personal para repararse y reparar el daño; sonde pueda pensar, sentir y actuar con miras al pasado, presente y futuro en relación con lo que cada parte piensa, siente y fomentar la posibilidad de plantearse un proyecto que permita promover la reconexión al salir, por lo que es fundamental el trabajo con el entorno y redes de contención.

Para llevar adelante el proceso como primera medida nos proponemos la creación del contexto, y clima de confianza con el reconocimiento de cada uno de los participantes.

Primero les pedimos que nos cuenten quienes son, que hacen y estamos pendientes de sus palabras, gestos, tonos de voz y reacciones ya que sus descripciones nos ayudan a conocer sus recursos, valores y habilidades para superar dificultades por lo que hacemos un reconocimiento de cada uno y nos da una idea de con quien estamos y que diálogos están presentes.

Vamos avanzado y hacemos la legitimación de cada una de las partes y durante las distintas etapas del proceso lo tendremos en cuenta para trabajar con elementos propios de cada uno, de su narrativa, y de la realidad de la que cada uno habla.

Tanto en los adolescentes como en los adultos está presente su identidad y pertenencia, como se narran a sí mismos y como los narran a los otros, la alteridad da lugar a su subjetividad, esto es algo que será tomado como legitimación para asumir responsabilidades y tomar decisiones.

Dedicación exclusiva a cada caso con atención plena

Nos concentramos en generar diálogos que les permitan construir nuevos significados, desarrollamos la atención plena para observar lo nuevo que pudiera surgir por lo que preguntamos: ¿Qué situaciones les inquietan a los padres y al adolescente, a la víctima, y su entorno?

Las primeras respuestas son la «historia narrada o la historia oficial» como la llama Edgardo Morales Arandes (Morales, 2009), en algún momento se produciría la crisis de fe de su propia mirada que tiene que ver con la confianza que genera el proceso de mediación y el mediador.

Poco a poco advertiremos la implicancia del problema según diversos encuadres, ya que el problema tenía consecuencias diferentes en cada parte.

Estamos en presencia de la historia narrada, por lo que tenemos que observar con atención cuándo podrían moverse de ese lugar y poner en cuestión sus narrativas y el orden de las secuencias y la trama.

Este es un camino a recorrer varias veces, de allí la importancia de las dinámicas y las preguntas generativas hasta producir el re-encuadre

Trabajamos con preguntas generativas que involucran la afectación de cada parte, tenemos en cuenta a quienes más involucra el conflicto, las necesidades de cada uno, la responsabilización y la acción a realizar.

En este apartado nos interesa transmitirles algunas preguntas abiertas que nos permiten tejer con nuevos colores la trama de la historia. Así por ejemplo ¿Qué es lo que pasó? ¿Qué piensas de la situación? ¿Qué sentiste y qué sientes ahora? ¿Cómo te afectó? ¿A quién más afectó? ¿Sabes lo que le hiciste a la otra persona y lo que ella siente? ¿Te gustaría saberlo? ¿Te interesa hacer algo para que ella no se sienta así? ¿Qué podrías hacer?

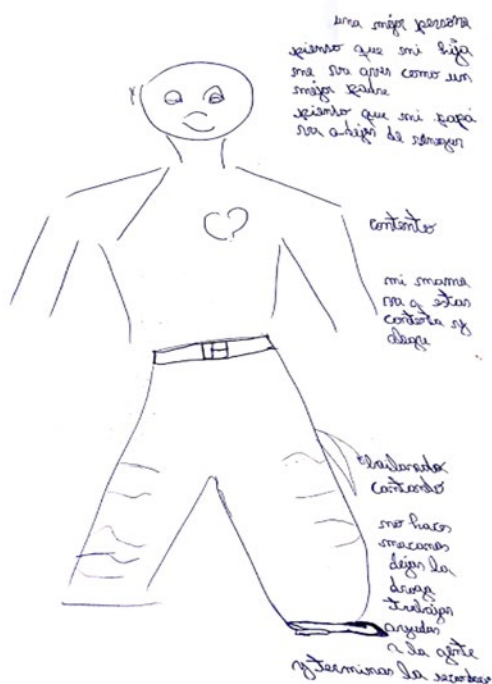
Mientras hacemos estas preguntas tendremos en cuenta la llamada “vergüenza reintegrativa” de Jonh Braithwaite (2002) (a quien cita la Dra. Kemelmajer, Pag 173/174)

que “constituye un esfuerzo consciente para avergonzar la “acción” del ofensor, pero no para estigmatizar al mismo como persona, relacionando este concepto con las “penas” impuestas por padres, amigos parientes, profesores o personas que interesan y se interesan por el adolescente infractor, castigo que tienen un efecto más profundo que las meras sanciones legales.

El mensaje de desaprobación no llega en forma piramidal sino horizontal, desde las personas o grupos que integran la red de sistemas significativos en los que interactúa el ofensor.

Dinámica pensar, sentir y hacer

Estimamos que una imagen vale más que mil palabras por lo que aportamos una dinámica en la que trabajamos “el pensar el sentir y el hacer”.



Esta es la dinámica en la que trabajamos con un joven en conflicto con la ley penal con su dibujo y redacción original.

Donde el adolescente se plantea como quiere verse de aquí para adelante y dice: *como mejor persona, que su hija lo vea como un mejor padre, que su papá deje de renegar.*

Se va a sentir contento, su mamá va a estar contenta y alegre.

Quiere bailar, cantar, no hacer macanas, dejar la droga, trabajar, terminar sus estudios y AYUDAR a LA GENTE

Al terminar este ejercicio, cuando él ya puede pensar en el futuro, surge la pregunta clave que es como podría restaurar el daño causados, si la víctima está dispuesta a verlo se lo podrá decir y si la víctima no quiere verlo y las respuestas son variadas, pueden redactar una carta pidiéndola disculpas y reconocer el daño, grabarse un vídeo, utilizar a una persona de confianza de la víctima, ofrecer servicios comunitarios, desarrollar sus habilidades como escribir, pintar, dibujar, etc.

La perspectiva generativa para el manejo de conflictos se apoya en tramas y enlaces novedosos que le permiten trabajar en la construcción de diálogos mediadores y posibilitadores por lo que vamos tejiendo una trama de alternativas.

Nos focalizamos en la capacidad del diálogo para construir intersecciones, entretejer o negociar un camino entre las múltiples opciones posibles para poner en circulación las nuevas posibilidades.

En conclusión parafraseando a Seguí (Seguí-Cosme, Salvador y Nos Aldás, Eloísa, 2017) consideramos que tenemos la oportunidad en la mediación penal juvenil de asumir el compromiso de reconstruir las competencias humanas en cuanto a la posibilidad de hacer las cosas de otra manera, interpelándonos por cómo las hacemos, estando dispuestas a desaprender las lógicas aprendidas y a escuchar y re-aprender de las voces y saberes que han ido quedando al margen.

Creemos firmemente siguiendo a Muñoz que tenemos el deber de nutrir la esperanza, de cultivar un “optimismo inteligente” como la actitud activa y creativa en la búsqueda de lo bueno (MUÑOZ, Francisco A y otros, 2005)

Concluimos que se puede manifestar que aprender a vivir con los demás no solo es una necesidad, sino una obligación, pues estamos sentenciados a vivir con otros seres “el hombre solo es hombre porque vive en sociedad” como lo afirma el sociólogo francés Emilio Durkheim, y esta convivencia es un continuo aprendizaje que no solo se enseña, sino que se va construyendo en la vida y la gestión de los conflictos constituyen una excelente oportunidad de aprendizaje.

Bibliografía

- Boff, L. (2012). *El Cuidado Necesario*. Barcelona: Trotta.
- Boque, M. (2003). *Cultura de Mediación y Cambio Social*. Barcelona: Gedisa.
- Braithwaite, J. (1989). *Crime, Shame and Reintegration*. London: Cambridge, Univ. Press.
- Britto Ruiz, D. (2010). *Justicia Restaurativa: Reflexiones sobre la experiencia de Colombia*. Loja [ec]: Universidad Técnica Particular de Loja. Obtenido de http://www.justiciarestaurativa.org/news/Justicia%20Restaurativa.%20Reflexiones%20sobre%20la%20experiencia%20en%20Colombia%20%20Diana%20Britto.pdf/at_download/fileRedwood, Ltd.
- Cafferata Nores, J. (2000). *Cuestiones actuales sobre el Proceso Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, Ili edición. Pag 289.
- Camps, V. (2013). *El siglo de las mujeres*. Madrid: Ediciones Cátedra, p. 69-81. Madrid Ediciones Cátedra.
- Causau, P. (04 de Mayo de 2021). *Biblioteca de Psicología Social Pichoniana*. Obtenido de *diccionario-de-psicologia-social-pablo*: http://milnovecientoosesentayochoblogspot.com/2014/11/diccionario-de-psicologia-social-pablo_16.html?view=sidebar
- Ceretti A., Di Cio F. y Mannozi G. (2001). *Justicia restaurativa y mediación penal: experiencias y prácticas comparadas*. En *El coraje de mediar. Contextos, teorías y prácticas de resolución alternativa de disputas* (págs. (pp. 307-356)). Milan. Italia: Guerini y asociados.
- Cragh, M. y. (2006). *Los 10 principios de la cultura de la mediación*. Madrid: GRAO.
- Fried Schnitman, D. S. (2008). *Resolución de Conflictos Nuevos Diseños, Nuevos Contextos*. Buenos Aires: Granica.
- Gallo, H. (2014). *Función del Tercero en la Mediación*. *Desde el Jardín de Freud* (14), 243-254. DOI:10.15446/djf.v14n14.46127
- Galtung, J. (1985). *Acerca de la educación para la Paz. Sobre La Paz*. Barcelona: Fontamara.
- Gergen, K. (2007). *Construccionismo Social Aportes para el debate y la práctica*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Kemelmajer De Carlucci, A. (2009). *Justicia Restaurativa*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Labay, V. (2004). *Proceso de Divorcio y Mediación. La influencia de la mediación en los acuerdos, en el contexto de la mediación familiar*. Mendoza: Facultad de Psicología Universidad del Aconcagua.

- Maturana, H. (1992). Emociones y Lenguaje en Educación y Política. Santiago de Chile: Pedagógicas.
- Morales, E. (2015). Diálogos para la transformación. En D. F. Schnitman, Diálogos para la transformación (págs. 85-102). Buenos Aires: Taos Institute Publications. CLACSO.
- Muñoz, Francisco A y otros. (2005). Investigación de la Paz y los Derechos Humanos desde Andalucía. Granada: Universidad de Granada.
- Rogero. (2010). Los Tiempos del Cuidado. Madrid: Artegraf.
- Seguí-Cosme, Salvador y Nos Aldás, Eloísa. (2017). “Bases epistemológicas y metodológicas para definir indicadores de eficacia cultural en la comunicación del cambio social. Revista de Comunicación y Ciudadanía Digital, vol. 6, nº 2, 10-33.
- Smth, D. M. (2000). Moral geographies, ethics in a world of difference. Edinburgo: Edinburgh University Press.
- Suárez Larrabure, M. D. (2013). Mediación Educativa con Herramientas Aplicable a la Mediación Familiar Empresarial e Institucional. Tucumán: Secretaria de Extensión de La UNT
- Tula, A. (2005). Mediación penal juvenil en el contexto del sistema judicial. Mediadores en Red, 48 a 55.
- Viñas, J. (2008). Conflictos en los centros educativos. Cultura organizativa y Mediación para la Convivencia. Barcelona. Editorial Graó.
- Zaffaroni, E. R. (1992). La Mujer Y El Poder Punitivo. Lima, Perú: CLADEM.
- Zehr, H. (2010). El pequeño libro de Justicia restaurativa. Buenos Aires: Good Books.

COMISIÓN 4
Migrantes, género
e infancia

Infancia migrante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Reflexiones sobre la naturaleza de algunos derechos

Fernando Arlettaz¹

Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en varias ocasiones en relación con los derechos de los/las menores migrantes, tanto por vía consultiva como contenciosa. En estos pronunciamientos, la Corte ha construido un conjunto de estándares relativos a las condiciones de acogida de los/las menores migrantes, la posibilidad (excepcional) de su expulsión y su derecho a recibir protección internacional.

Los estándares establecidos por la Corte son altos, sobre todo teniendo en cuenta la debilidad de las estructuras estatales de muchos Estados americanos. En efecto, la Corte exige a los Estados disponer de infraestructuras y personal especializado en la situación de los/las menores, así como poner en marcha procedimientos específicos que garanticen la protección de su superior interés. Por ello, y aunque los derechos involucrados son principalmente derechos civiles (derecho de circulación, libertad personal, derecho al asilo), su implementación

¹ CUD / Universidad de Zaragoza. arlettaz@unizar.es

no se agota en una simple abstención por parte del Estado, sino que requiere de un conjunto de prestaciones positivas.

El presente texto busca reflexionar sobre el carácter positivo de los derechos relativos a la protección de la infancia migrante tal como han sido desarrollados por la jurisprudencia interamericana. En este sentido, en el apartado de conclusiones se inquiriere sobre la posibilidad de aplicar en este campo el principio del desarrollo progresivo que, a pesar de haber sido establecido para los derechos económicos, sociales y culturales, se ajusta bien a la naturaleza positiva de los derechos que aquí se estudian.

La protección de la infancia en la jurisprudencia interamericana

Muchos instrumentos internacionales de derechos humanos se refieren a la protección especial de la que deben disfrutar los/las niños/as². Dos de estas disposiciones merecen ser destacadas para los propósitos que aquí interesan. Según el artículo 3 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “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 Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, dispone en su artículo 19 que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Los conceptos de *interés superior* y de *protección especial* han tenido un importante desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³. Según la jurisprudencia de la Corte⁴, los/las niños/as son titulares

² Entre los principales se encuentran: Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25 inciso 2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10 inciso 3 y artículo 12 inciso 2.a). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo VII.

³Sobre estos conceptos en general ver Eekelaar (2015); Zermatten (2010).

⁴ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-

de los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos y gozan, además, de derechos especiales a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado derivados del artículo 19 de la Convención.

El artículo 19 irradia sus efectos en la interpretación de los demás derechos, en la medida en que se refieran a menores de edad⁵. La debida protección de los derechos de los/las menores debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades⁶. Por otra parte, las obligaciones del Estado en este campo deben interpretarse a la luz del *corpus iuris* de derecho internacional sobre los derechos de los/las menores de edad, en el cual tiene una posición fundamental la Convención sobre los Derechos del Niño⁷.

La protección especial del artículo 19 comprende medidas “referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o

17/2002 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 54; Corte IDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 239, párr. 196-197; Corte IDH, *Fornerón e hija vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012 (fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 242, párr. 45; Corte IDH, *Furlan y familiares vs. Argentina*, Sentencia de 31 de agosto de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 246, párr. 125; Corte IDH, *Mendoza y otros vs. Argentina*, Sentencia de 14 de mayo de 2013 (excepciones preliminares, fondo y reparaciones), Serie C No. 260, párr. 140.

⁵ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/2014 de 19 de agosto de 2014, Serie A No. 21, párr. 66. Ver O'Donnell (2012, 830).

⁶ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párr. 56; Corte IDH, *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 272, párr. 218; Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 66.

⁷ Corte IDH, “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (fondo), Serie C No. 63, párr. 192-194; Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párr. 24; Corte IDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, párr. 108 y ss. y 196 y ss; Corte IDH, *Fornerón e hija vs. Argentina*, párr. 49; Corte IDH, *Furlan y familiares vs. Argentina*, párr. 126-127 y 228 y ss.; Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 57.

explotación”⁸. Las medidas del artículo 19 son las requeridas por su condición de niños/as, de modo que el artículo debe entenderse como consagrando un derecho adicional y complementario en favor de personas que por su desarrollo físico y emocional necesitan protección especial⁹.

Por otra parte, el principio del interés superior puede considerarse, en la sistemática de los instrumentos interamericanos, como una derivación de la obligación de protección especial. Según la Corte Interamericana, respetar el interés superior del niño es equivalente a proporcionar las condiciones para el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades¹⁰. Los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de la infancia, de modo que su protección y desarrollo integral deben primar por sobre cualquier consideración de nacionalidad o estatus migratorio¹¹.

⁸ Corte IDH, “Niños de la calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, párr. 196.

⁹ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párr. 54; Corte IDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párr. 164; Corte IDH, “*Instituto de reeducación del menor*” vs. *Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párr. 147; Corte IDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005 (fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 134, párr. 152; Corte IDH, *Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, Sentencia de 29 de marzo de 2006 (fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 146, párr. 177; Corte IDH, *Servellón García y otros vs. Honduras*, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C No. 152 (fondo, reparaciones y costas), párr. 113; Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodónero”) vs. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 205, párr. 408; Corte IDH, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211, párr. 184; Corte IDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de mayo de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 212, párr. 164.

¹⁰ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párr. 56 y 59; Corte IDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, párr. 163; Corte IDH, *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párr. 134; Corte IDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párr. 152; Corte IDH, *Masacres de Ituango vs. Colombia*, Sentencia de 1 de julio de 2006 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 148, párr. 244; Corte IDH, *Servellón García y otros vs. Honduras*, párr. 116-117; Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo algodónero”) vs. México*, párr. 408; Corte IDH, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, párr. 184; Corte IDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párr. 164.

¹¹ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 68.

Para conseguir la protección debida a la infancia, debe respetarse la opinión del/la niño/a en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación¹². Por otra parte, la Corte señala también que la protección debida a la infancia puede necesitar ser complementada por medidas todavía más específicas, en consideración a la situación particular del menor de edad en cuestión (que puede pertenecer a un grupo étnico minoritario, ser una persona con discapacidad o vivir con el VIH/SIDA, así como ser víctima de trata, encontrarse separado o no acompañado, etc.)¹³. En este caso, se superponen dos o más estatutos protectorios.

Estándares de protección de los/las menores migrantes

Cuestiones generales

Desde hace varios años se viene advirtiendo un incremento en el número de casos relativos a migración tratados por la jurisprudencia interamericana¹⁴. En sus pronunciamientos, la Corte Interamericana utiliza como sinónimos las expresiones *extranjero* y *migrante*, a pesar de que no son exactamente sinónimas¹⁵. Para seguir la terminología que usa la Corte, hablaremos en este trabajo de *menores de edad migrantes* como sinónimo de *menores de edad extranjeros*. La Corte realiza además una distinción entre *niños/as no acompañados/as* y *niños/as separados/as*. Los primeros son aquellos que están separados de ambos progenitores y de otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad¹⁶. En cambio los segundos son aquellos que están

¹² Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 69. Ver también sobre la protección de la infancia, en el mismo sentido, Corte IDH, *Fornerón e hija vs. Argentina*, párr. 48 y ss.

¹³ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 71.

¹⁴ Olea (2004, 12).

¹⁵ Arlettaz (2013); Arlettaz (2014).

¹⁶ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 49.

separados de ambos progenitores o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes adultos¹⁷.

Derechos sustantivos (I)

Los extranjeros son titulares de todos los derechos reconocidos por la Convención Americana con excepción de aquellos que, como los derechos políticos, están reservados a los ciudadanos. Los menores extranjeros tienen además derecho, en razón de su condición de menores, a una protección especial en los términos explicados en el apartado anterior. En diversos pronunciamientos la Corte Interamericana se ha referido a ciertos derechos sustantivos de menores extranjeros, señalando algunas particularidades a su respecto.

Así, los/las menores tienen en todo caso derecho al nombre y al reconocimiento de su personalidad jurídica, debiendo los Estados adoptar medidas positivas para garantizar este derecho¹⁸. Los/las hijos/as de las personas migrantes que cumplan los requisitos para acceder a la nacionalidad del Estado en el hayan nacido o se encuentren tienen derecho a esa nacionalidad¹⁹. En este sentido, la Corte ha precisado que el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado y que el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos²⁰. Además, la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad en virtud del criterio del *ius soli* establecido en la propia Convención Americana, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron²¹. También respecto del derecho a la nacionalidad el Estado debe adoptar medidas positivas²².

¹⁷ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 49.

¹⁸ Corte IDH, *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, párr. 175-184.

¹⁹ Sobre la nacionalidad en el sistema interamericano, ver Arlettaz (2015); Arlettaz (2017).

²⁰ Corte IDH, *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, párr. 156.

²¹ Corte IDH, *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, párr. 156.

²² Corte IDH, *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, párr. 157.

Los menores tienen también derecho a recibir el estatuto de refugiado de conformidad con los procedimientos internacionales e internos aplicables²³. Cuando el solicitante de la condición de refugiado es un/una niño/a, los principios contenidos en la Convención sobre Derechos del Niño deben orientar tanto los aspectos sustantivos como procedimentales de la determinación de la solicitud de la condición de refugiado del niño²⁴. Por otro lado, en caso de que un solicitante de estatuto de refugiado reciba protección, otros miembros de la familia, particularmente los/las menores, pueden verse beneficiados de ese reconocimiento, en atención al principio de unidad familiar²⁵.

Por otra parte, la protección de la familia establecida en el artículo 17 de la Convención Americana obliga al Estado a ejecutar medidas de protección del núcleo familiar. Por ello, en caso de expulsión de adultos, ha de tenerse en cuenta cómo afecta esa expulsión a los menores que son miembros de su familia, ya que las separaciones legales del/la niño/a de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en su interés superior, son excepcionales y, en lo posible, temporales²⁶.

Derechos sustantivos (II): la protección de la libertad personal

Respecto de la libertad física, la Corte distingue entre la *privación de libertad* y las afectaciones que caben en el rótulo de *restricción menor de la libertad* del/la niño/a migrante²⁷. La diferencia entre la privación de la libertad y la restricción menor radica en el grado de intensidad de la medida²⁸.

De acuerdo con los desarrollos interamericanos relativos a la justicia juvenil, la privación de libertad de menores de edad es una medida excepcional que debe ser aplicada, cuando proceda, por el menor tiempo posible²⁹. En el caso de los

²³ Corte IDH, *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, párr. 219.

²⁴ Corte IDH, *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, párr. 224.

²⁵ Corte IDH, *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, párr. 225.

²⁶ Corte IDH, *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, párr. 226.

²⁷ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 187.

²⁸ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 182.

²⁹ Corte IDH, *Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay*, párr. 230 y 231; Corte IDH,

procedimientos migratorios, el estándar se hace todavía más exigente: no alcanza con confinar la privación de libertad al rango de *ultima ratio*; la privación de libertad debe ser totalmente proscrita. Así, en los procedimientos migratorios, la privación de libertad de adultos está proscrita si tiene carácter punitivo; la privación de libertad de menores, por su parte, está proscrita siempre³⁰.

En este punto, la Corte va más allá de lo que había dicho la Comisión un tiempo antes. Esta última había afirmado que el principio de excepcionalidad que rige la privación de libertad en general, y la privación de libertad por infracciones migratorias en particular, se hacía aún más estricto tratándose de menores de edad. Para la Comisión, solo circunstancias de mucho peso podrían justificar la privación de libertad de un menor de edad en el contexto de un proceso migratorio. Sin embargo, tal medida no estaba totalmente prohibida³¹. Según la Corte, en cambio, la privación de libertad de menores de edad en el marco de un proceso migratorio excede siempre el requisito de necesidad³².

La Corte especifica que en caso de menores de edad acompañados, estos deben permanecer junto a sus progenitores; y si el procedimiento migratorio exigiría, en ausencia de menores de edad, la privación de libertad de los adultos, el imperativo de no privación de libertad que beneficia a los descendientes se extiende a los progenitores por razón de la unidad familiar³³. Nuevamente, la Corte es más radical de lo que había sido antes la Comisión: mientras que la primera prohíbe totalmente la privación de libertad de los padres en estos casos, la segunda permitía en principio tal detención siempre que se considerase cómo podía afectar esta

Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 149; Comisión IDH, *Informe sobre justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, 13 de julio de 2011, OEA/Ser.L/V/II, párr. 248.

³⁰ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 150.

³¹ Comisión IDH, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, párr. 51.

³² Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 154.

³³ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 158.

al interés del menor de edad³⁴. En el caso de menores de edad no acompañados o separados, el Estado se encuentra obligado a promover en forma prioritaria las medidas de protección especial orientadas en su interés superior³⁵.

Los Estados están obligados a implementar medidas alternativas a la privación de libertad, que deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso y atendiendo al interés superior del/la menor de edad³⁶. Tales medidas pueden ser, por ejemplo, la notificación periódica a las autoridades o la permanencia en centros de alojamiento abiertos o en un lugar designado³⁷. La medida de alojamiento en instituciones especializadas solo es posible cuando “se comprueba una necesidad excepcional, ineludible o imperiosa de cautelar en forma preferente los fines del proceso migratorio y no hay otra opción menos lesiva”³⁸.

En cuanto a los menores de edad que se encuentran junto a sus familiares, de conformidad con el artículo 17 de la Convención sobre la protección de la familia, la regla debe ser que permanezcan con sus padres o quienes hagan sus veces, evitando en lo posible la desintegración de núcleos familiares, salvo que su interés superior dicte lo contrario³⁹. En cambio, los menores de edad no acompañados o separados en ningún caso pueden ser alojados con adultos⁴⁰. Por otra parte, el

³⁴ Comisión IDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 febrero 2000, párr. 166; Comisión IDH, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso*, párr. 49.

³⁵ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 157.

³⁶ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 170.

³⁷ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 162.

³⁸ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 173.

³⁹ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 177.

⁴⁰ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 177.

espacio de alojamiento de los menores de edad no acompañados o separados debe estar dividido según las necesidades específicas de grupos etarios y diferenciado de los centros para familias⁴¹. Finalmente, los centros deben garantizar el alojamiento, la manutención, el reconocimiento médico, el asesoramiento legal, el apoyo educativo y la atención integral a los menores de edad, y disponer de una serie de servicios de atención especializada en razón de las necesidades particulares de cada niño/a⁴².

En cuanto a las restricciones menores a la libertad de los/las menores migrantes, las garantías mencionadas por la Corte son sustancialmente idénticas a las que corresponden a la privación de libertad de adultos en el contexto de un proceso migratorio. En primer lugar, cualquier restricción de la libertad debe respetar el principio de legalidad expresamente consagrado en el artículo 7.2 de la Convención⁴³. Igualmente, se debe respetar la prohibición de arbitrariedad del artículo 7.3 de la Convención, que excluye causas y métodos que, aun siendo legales, sean irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad⁴⁴.

En segundo lugar, respecto del derecho a ser informado de los motivos de la restricción de la libertad, la Corte recuerda su jurisprudencia según la cual la información de los motivos y razones del arresto o de la detención debe darse cuando esta se produce⁴⁵. Los Estados deben garantizar la asistencia por un traductor o intérprete, en el caso de que el/la menor de edad no comprendiera

⁴¹ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 179.

⁴² Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 182.

⁴³ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 191; Corte IDH, *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, Sentencia de 24 octubre de 2012 (fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 251, párr. 126.

⁴⁴ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 192; Corte IDH, *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 133.

⁴⁵ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 195.

el idioma del país receptor⁴⁶. Finalmente, es necesario que el/la menor de edad tenga a su disposición toda la información necesaria (sobre derechos, servicios y procedimientos) y que esta sea comunicada de acuerdo con su grado de madurez.

En tercer lugar, el derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales debe tomar en cuenta la especial vulnerabilidad de los/las menores de edad⁴⁷. Para satisfacer la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención, se debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley cumpla con las características de imparcialidad e independencia⁴⁸ y que esté facultado para poner en libertad a la persona⁴⁹.

En cuarto lugar, existe el derecho a notificar a una tercera persona que se está bajo custodia del Estado⁵⁰; por ejemplo, a un familiar, tutor o representante legal⁵¹. El derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular es reconocido a toda persona extranjera detenida fuera de su país de origen⁵². Los Estados deben nombrar a los/las menores un representante legal que le brinde

⁴⁶ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 197.

⁴⁷ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 198; Corte IDH, *Vélez Loor vs. Panamá*, Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C No. 218, párr. 107; Corte IDH, *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 136.

⁴⁸ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 198; Corte IDH, *Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 108; Corte IDH, *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 137.

⁴⁹ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 198; Corte IDH, *Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 108; Corte IDH, *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 137.

⁵⁰ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 199.

⁵¹ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 199.

⁵² Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 202; Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/1999 de 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, párr. 106.

asistencia jurídica⁵³ y, en el caso de menores de edad no acompañados o separados de sus familias, un tutor⁵⁴.

Derechos procesales

En aquellos procesos migratorios que involucren a menores de edad se deben otorgar las garantías del debido proceso, que pueden asumir ciertos componentes diferenciados⁵⁵. En efecto, la protección especial del artículo 19 de la Convención se proyecta sobre los procedimientos administrativos o judiciales que versen sobre los derechos de niños/as, lo cual implica una aplicación más rigurosa de los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (derecho a un recurso judicial efectivo) de la Convención⁵⁶.

Algunas garantías son aplicables tanto respecto de los adultos como de los menores de edad: 1) el derecho a ser notificado de la existencia de un proceso migratorio y de la decisión que se adopte en él; 2) el derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; 3) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; 4) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con él; 5) el derecho al acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; 6) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; 7) el derecho a una duración razonable del proceso. Otros derechos, en cambio, son específicos de los/las menores de edad: 1) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; 2) el derecho a que se designe un tutor en caso de niños/as no acompañados o separados; 3) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior del/la niño/a y sea debidamente fundamentada.

⁵³ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 204.

⁵⁴ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 205.

⁵⁵ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 114; Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párr. 96.

⁵⁶ Corte IDH, *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, párr. 220.

De todas formas, incluso los derechos comunes a adultos y menores de edad pueden asumir ciertos rasgos específicos cuando son estos últimos los involucrados. Así, el derecho a la notificación (tanto de la iniciación del procedimiento como de la decisión que en él se adopte) requiere la existencia de personal capacitado para comunicarle al/la niño/a que su situación está siendo sometida a consideración administrativa o judicial⁵⁷. El derecho a ser oído debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (que se refiere a tal derecho), con la finalidad de que la participación del/la niño/a se ajuste a su condición y no redunde en perjuicio de su interés⁵⁸. En caso de que el/la niño/a no hable el idioma en el que se desarrolla el proceso, debe ser asistido por un traductor o intérprete⁵⁹.

En cuanto a la representación legal, la jurisprudencia de la Corte no es tajante en relación con cuándo es necesaria. En casos no relativos a procesos migratorios ha precisado que “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”⁶⁰. Sin embargo, parecería que esta asistencia es ineludible cuando hay menores de edad insertos en un proceso migratorio, ya que el Tribunal ha dicho que “los Estados tienen la obligación de garantizar a toda niña o niño involucrado en un proceso migratorio la asistencia jurídica a través del ofrecimiento de servicios estatales gratuitos de representación legal”⁶¹. Por otra parte, el acceso a la comunicación y asistencia consular debe ser tratado de

⁵⁷ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 117.

⁵⁸ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 122. Ver también Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párr. 102; Corte IDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, párr. 196.

⁵⁹ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 125.

⁶⁰ Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11, párr. 28.

⁶¹ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 125.

manera prioritaria por los Estados, en especial por las implicancias que puede tener en el proceso de recabar información y documentación en el país de origen, así como para velar por que la repatriación voluntaria únicamente sea dispuesta si así lo recomienda el interés superior del/la niño/a⁶².

La resolución que se dicte en el proceso migratorio deberá estar motivada⁶³. El derecho a recurrir la decisión debe permitir, entre otras cuestiones, identificar si la decisión ha tenido debidamente en consideración el principio del interés superior⁶⁴. La duración razonable del proceso implica que los procesos administrativos o judiciales que conciernen a la protección de derechos humanos de niños/as deben ser manejados con una celeridad excepcional por parte de las autoridades, aunque es necesario que se extiendan lo suficiente como para garantizar que el/la niño/a sea adecuadamente oído⁶⁵.

En cuanto a las garantías específicas, hay que tener en cuenta que las personas que intervienen en los procesos relativos a menores de edad migrantes deben estar debidamente capacitadas, de forma que puedan identificar sus necesidades especiales de protección⁶⁶. En el caso de los menores de edad no acompañados o separados, además, resulta necesario el nombramiento de un tutor, que debe hacerse tan pronto como sea posible y mantenerse hasta que el/la niño/a llegue a la mayoría de edad, abandone permanentemente la jurisdicción del Estado o

⁶² Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 125.

⁶³ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 139.

⁶⁴ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 141.

⁶⁵ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 143.

⁶⁶ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 121.

desaparezca la causa por la cual fue nombrado⁶⁷. Los procesos administrativos o judiciales no pueden ser iniciados hasta tanto el tutor no haya sido nombrado⁶⁸.

Reflexiones conclusivas: el costo de los derechos

Es una clasificación ya clásica en materia de derechos fundamentales la que distingue entre derechos negativos y derechos positivos. Los primeros serían aquellos que se satisfacen con una simple abstención por parte del Estado; los segundos, en cambio, requerirían de una prestación positiva. Los primeros serían derechos que garantizan la autonomía privada; los segundos, derechos a recibir una subvención pública. Los primeros serían límites al poder; los segundos exigirían prestaciones del poder⁶⁹.

De este modo, los derechos llamados de primera generación (básicamente, los derechos civiles y políticos) serían derechos negativos, mientras que los derechos llamados de segunda generación (básicamente, los derechos económicos, sociales y culturales) serían derechos positivos. Esta distinción está de alguna manera receptada en el corpus normativo interamericano en la medida en que establece una técnica especial para la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estos últimos, en efecto, deberían hacerse efectivos de manera progresiva, en la medida de los recursos disponibles. El principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales aparece en el artículo 26 de la Convención Interamericana y en el artículo 1 del Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales⁷⁰.

Ahora bien, esta distinción tan tajante, aunque útil en algunos casos a efectos de sistematización, no es totalmente exacta. Como ha sido puesto de manifiesto

⁶⁷ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 133.

⁶⁸ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 132.

⁶⁹ Pérez Luño (1993); Pérez Luño (2013).

⁷⁰ Rossi y Abramovich (2007).

desde hace tiempo⁷¹, la distinción entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro, no es absoluta. Los derechos civiles y políticos no pueden entenderse solo como una exigencia de abstención de parte del Estado: ellos pueden exigir también abstenciones de parte de los particulares y, lo que es más importante, exigir prestaciones positivas de parte del Estado (en primer lugar, pero de ningún modo exclusivamente, la prestación de servicios policiales y de administración de justicia para controlar su cumplimiento). Por otro lado, los derechos económicos, sociales y culturales no están totalmente desgajados de la autonomía individual (que había sido clásicamente considerada como el objeto de protección de los derechos civiles y políticos), en la medida en que un mínimo de protección social es necesario para hacer efectiva esa autonomía.

El hecho de que la distinción entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro lado, no sea tan tajante como muchas veces se insinúa tiene una consecuencia fundamental en relación con los mecanismos que son necesarios para hacer efectivos esos derechos. En efecto, difuminar las diferencias entre estas dos categorías de derechos nos obliga a reconocer que todos los derechos tienen costes económicos que hay que afrontar. Todos los derechos son, de alguna manera, derechos positivos⁷².

Los estándares que la Corte Interamericana relativos al tratamiento que han de recibir los/las menores migrantes son un ejemplo claro de lo que se viene explicando. En principio, estos estándares están derivados de derechos civiles clásicos: la libertad de circulación, el derecho al debido proceso, la igualdad ante la ley, etc. Pero su implementación tiene costes nada desdeñables: la Corte exige a los Estados que cuenten con establecimientos especializados para la acogida de los menores migrantes, que el personal que se ocupe de estos menores esté especializado en temas de infancia (lo que obviamente conlleva costes de formación), que se provean tutores e intérpretes en caso de ser necesario, etc.

Así las cosas, cabe preguntarse si el principio de progresividad que, en principio, se aplica solo a los derechos económicos, sociales y culturales no debería

⁷¹ Ver, por ejemplo, Ruiz Miguel (1994).

⁷² Ver un desarrollo de esta idea en Holmes y Sunstein (2011).

también ser tenido en consideración respecto de los derechos civiles que, como los que aquí se han estudiado en relación con menores migrantes, suponen costes de implementación relativamente importantes. Una postura maximalista (como la que parece insinuar la Corte Interamericana en sus pronunciamientos) nos diría que esto no es posible; nos diría que los derechos civiles protegidos por las normas interamericanas son los que son y que los Estados deben garantizarlos. Punto.

Esta posición maximalista, por muy loable que pueda ser desde la perspectiva teórica, puede encontrar serias dificultades cuando entra en contacto con la realidad. No hay aquí espacio para desarrollar íntegramente este punto, pero no estaría de más empezar a tener en cuenta que las exigencias normativas maximalistas pueden ser contraproducentes si se ven sistemáticamente frustradas por la falta de recursos. La realidad es tozuda y bien podemos suponer que terminará por imponerse a las exigencias maximalistas de la Corte de San José.

Bibliografía citada

- Arlettaz, F. (2013). Extranjeros, migrantes y trabajadores migrantes en la jurisprudencia interamericana. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 36, 247-26.
- Arlettaz, F. (2014). *Extranjeros e inmigrantes: cuatro cuestiones de derecho internacional y filosofía jurídica*. Madrid: Fundación Aequitas.
- Arlettaz, F. (2015). La nacionalidad en el derecho internacional americano. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 15, 413-477.
- Arlettaz, F. (2017). Entre potestad soberana y derecho humano: la nacionalidad en el sistema americano. *Revista de Derecho*, 30(1), 179-203.
- Eekelaar, J. (2015). The Role of the Best Interests Principle in Decisions Affecting Children and Decisions about Children. *The International Journal of Children's Rights*, 23(1), 3-26.
- Holmes, S. y Sunstein C. R. (2011). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Olea, H. (2004). Los derechos humanos de las personas migrantes: respuestas del sistema interamericano, en *El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- O'Donnell, D. (2012). *Derecho internacional de los derechos humanos*. México: Superior Tribunal de Justicia del Distrito Federal.
- Pérez Luño, A. (1993). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Pérez Luño, A. (2013). Las generaciones de Derechos Humanos. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, 2(1), 163-496.
- Ruiz Miguel, A. (1994). Derechos liberales y derechos sociales, *Doxa*, 15, 651-674.
- Rossi, J. y Abramovich, V. (2007). La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Estudios Socio-Jurídicos*, 9, 34-53.
- Zermatten, J. (2010). The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function. *The International Journal of Children's Rights*, 18(4), 483-499.

Integración de los migrantes a la estructura de los sistemas educativos para la efectivización del derecho humano a la educación

Paula Noelia Bermejo¹ y Salvador Francisco Etchevers²

Introducción

El sistema educativo para cumplir su función de formador social, debe responder y adaptarse a un mundo globalizado. Un mundo donde se suceden migraciones forzosas y voluntarias y en el que, el derecho a la educación, ha sido desde hace más de dos siglos el basamento de los Estados, como forma de ordenamiento y progreso social.

La creación de la escuela como institución puede ubicarse en diferentes fases históricas, por momentos laicas, y por momentos asociadas a una función

¹ Abogada y docente de la Facultad de Derecho UBA. Magister en Derecho Comercial y de los Negocios UBA. Integrante investigadora del Proyecto UBACyT “Derecho, Sociedad e Infancia (Programación Científica 2018-2022). Coordinadora del Seminario “Vulnerabilidad y Derecho” del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Gioja (Facultad de Derecho UBA). E-mail: paulaberrmejo@derecho.uba.ar

² Profesor Adjunto Interino de “Contratos Civiles y Comerciales” Facultad de Derecho UBA. Coordinador General del Centro de Investigaciones PACEM, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho UBA. Integrante en Proyectos de Desarrollo Estratégico (PDE) de la UBA desde el año 2016. Diplomado en Contratos Bancarios y Financieros, Universidad Abierta Interamericana (UAI). E-mail: feb@live.com.ar.

evangelizadora o religiosa pero siempre ha funcionado como una forma de mantener la cohesión social.

En América Latina podemos citar a Ziegler (2021) donde en su análisis sobre la educación en pandemia, hace un claro recorte histórico de la educación y sus funciones, dando claros indicios que, como mínimo, el sistema curricular latinoamericano organizado tiene al menos un centenio.

Podemos afirmar que la estructura educativa actual tiene un funcionamiento garantista del derecho humano a la educación, pero también decimos que esta estructura debe responder no solo a un axioma educativo sino también al cumplimiento de un derecho mayor, como lo es el de una educación de calidad e integral, conceptos que han surgido del análisis realizado con base a las Directrices Metodológicas para el Análisis del Sector Educativo (DMASE) desarrolladas por varias instituciones como la UNESCO, el BM y UNICEF, entre otras. En dichas Directrices se involucran cuatro dimensiones: Disponibilidad, Accesibilidad, Aceptabilidad y Adaptabilidad siempre siendo el objeto de estudio el sistema educativo.

La temática que trataremos es el acceso a la educación de los niños, niñas y adolescentes (NNyA) migrantes y las falencias existentes en el ingreso y acceso a la educación que suceden cuando, por diversas causas, los NNyA deben migrar e incorporarse a un sistema educativo diferente al que se hallaban.³

Podemos adelantarnos y afirmar que existen situaciones repetitivas de vulneración de los derechos humanos de los NNyA. Ello, sucede por un lado, ante la imposibilidad de acceder a la educación por diversas causas y, por otro lado, por el lugar que se le debería asignar al NNyA dentro del tramo pedagógico correspondiente respetando sus conocimientos anteriores, ya que sería indigno que un niño tuviese que reiniciar de cero o repetir los estudios cursados por el simple hecho de carecer de mecanismos de acreditación de conocimientos previos, sea por su no reconocimiento o directamente por la falta de documentación que acrediten estos.

³ Debemos destacar que la UNESCO viene analizando la temática sobre el modus para el otorgamiento o no de una vacante y cuál es el lugar del NNyA dentro del marco y tramo pedagógico del currículum, ello a través de diversos estudios de migraciones o crisis migratorias particulares.

El derecho a la educación y los migrantes

El derecho a la educación está consagrado, entre otros instrumentos internacionales, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - PIDESC-. Allí se establece expresamente en el art. 13 que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; la enseñanza secundaria en sus diferentes formas -incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional- debe ser generalizada y hacerse accesible a todos por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; mientras que la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

Este artículo debe necesariamente ser interpretado conjuntamente con el art. 2 del PIDESC en virtud del cual se remarca que los Estados deben comprometerse a se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos” reconocidos (párr. 1)

Asimismo, se dispone que para garantizar el cumplimiento de los derechos no se debe efectuar discriminación alguna por motivos de idioma, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social entre otros (párr. 2).

Finalmente debemos destacar lo previsto en el caso de que se trate de países en desarrollo, los que teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos a personas que no sean nacionales suyos (párr. 3).

De esta manera cabe destacar que bajo los lineamientos del PIDESC, un Estado tiene la obligación de tomar medidas progresivas “con el máximo de sus recursos disponibles” hacia la plena realización de los DESC. En concreto, un Estado (incluidos sus niveles subnacionales) tiene las siguientes obligaciones: respetar los DESC (abstenerse de violarlos), proteger los DESC (impedir que otros los violen), cumplir los DESC (tomar las medidas necesarias para hacerlos efectivos, como aprobar legislación, disponer partidas presupuestarias y otros procesos administrativos) y buscar y proporcionar asistencia y cooperación internacional

en la realización de los DESC. De aquí deviene no solamente el reconocimiento del derecho a la educación, sino también la obligación de los Estados de tomar medidas apropiadas para asegurar el derecho reconocido.

Asimismo la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece en su art. 28 que el niño tiene derecho a la educación y que es una obligación del Estado asegurar por lo menos la educación primaria gratuita y obligatoria, destacando que siempre se debe respetar la dignidad del niño en cuanto persona humana. Por su parte el art. 29 de la CDN se refiere más a los objetivos de la educación mencionando que la educación debe ser orientada a desarrollar la personalidad y las capacidades del niño, a fin de prepararlo para una vida adulta activa, inculcarle el respeto de los derechos humanos elementales y *desarrollar su respeto por los valores culturales y nacionales propios y de civilizaciones distintas a la suya* (la itálica nos pertenece).

Por su parte dentro del sistema interamericano hallamos el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido también como el Protocolo de San Salvador que también reconoce expresamente el derecho a la educación en general y del niño en particular (art. 13 y 16).

Es muy importante destacar que la comunidad mundial ha logrado dos pactos internacionales que nos permite partir de un marco protectorio del migrante en su completitud y dentro de este se establece el derecho a la educación de los NNyA migrantes, estos son el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, y el Pacto Mundial sobre los Refugiados que deben ser analizados y estudiados en función a su cumplimiento.

De esta manera el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular en materia de educación establece garantías de acceso, objetivos y compromisos que deben traducirse en acciones que al día de hoy escasamente se cumplen ya que los NNyA que se ven obligados a migrar, especialmente los que lo hacen forzosamente, deben esperar a que el país receptor redacte una normativa de urgencia para que se garantice el pleno goce del derecho a la educación y su financiamiento.

Asimismo hay que destacar que los Estados firmantes de ambos pactos se han comprometido a velar para que todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, se les permita ejercer sus derechos humanos y accedan a los servicios básicos, entre los que se encuentra la educación, en condiciones de seguridad.

En el marco internacional también hallamos la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de su Familiares (CPD'TTMF) la cual si bien aún no ha sido ratificada por todos los Estados, debe destacarse que esta nos ofrece parámetros muy importantes en relación a la temática.

En dicha Convención se reconoce el derecho a la educación de los niños migrantes, independientemente de su situación migratoria oficial (arts. 12.4 y 30).

Así, el art. 30 establece: “Todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo”.

Asimismo establece que tanto los Trabajadores Migratorios y sus Familiares documentados como aquellos que se encuentran en situación irregular “gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con: a. El acceso a instituciones y servicios de enseñanza, con sujeción a los requisitos de admisión y otras reglamentaciones de las instituciones y servicios de que se trate; b. El acceso a servicios de orientación profesional y colocación; c. El acceso a servicios e instituciones de formación profesional y readiestramiento” (art. 43).

Debe destacarse que al respecto el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares a través de la Observación General N° 2 enfatiza que los Estados tienen la obligación de proporcionar educación primaria gratuita y obligatoria a todos los niños, incluidos los hijos de los trabajadores migratorios, independientemente de su situación migratoria. Para ello establece la necesidad de eliminar todos los costes directos de la educación, por ejemplo, las tasas escolares, y de aliviar los efectos adversos de los costes indirectos, como los gastos en material y uniformes escolares.

Asimismo establece que el acceso de los hijos de los trabajadores migrantes a la enseñanza secundaria debe garantizarse en condiciones de igualdad de trato con los nacionales. De esta manera se considera que siempre que los niños nacionales tengan acceso a la enseñanza secundaria gratuita, los Estados deben garantizar el mismo acceso a los hijos de los trabajadores migratorios, independientemente de su situación en materia de inmigración.

El Comité menciona específicamente que cuando los Estados ofrecen diferentes modalidades de enseñanza secundaria, como la formación profesional, deben también hacerlas accesibles para los hijos de los trabajadores migratorios. El mismo principio se aplica a la enseñanza preescolar gratuita o a los planes de becas. Por consiguiente, siempre que los niños nacionales tengan acceso a la enseñanza preescolar gratuita o a planes de becas, los Estados partes deben garantizar el mismo acceso a los hijos de los trabajadores migratorios, independientemente de su situación en materia de inmigración.

En dicha Observación General también se hace hincapié en que los niños migrantes pueden sufrir múltiples formas de discriminación por motivos de raza, etnia, género y discapacidad, entre otros, por lo que establece que el principio de igualdad de trato exige a los Estados eliminar toda discriminación contra los niños migrantes en sus sistemas educativos. De esta manera se pone en cabeza de los Estados la obligación de evitar la segregación escolar y la aplicación de normas de trato distintas a los hijos de los trabajadores migratorios, así como la eliminación de todas las formas de discriminación contra los hijos de los trabajadores migratorios en las aulas. Para ello se destaca que deberían existir programas, políticas y mecanismos eficaces para prevenir la discriminación de estos niños.

A fin de garantizar el acceso a la educación, el Comité considera que los Estados no deberán exigir a las escuelas que comuniquen o compartan la información sobre la situación regular o irregular de los alumnos o de sus padres a las autoridades de inmigración, ni llevar a cabo operaciones de control de la inmigración en los centros escolares o en sus proximidades, puesto que destaca que ello limitaría el acceso de los niños migrantes a la educación. Así, se destaca que los Estados también deben informar claramente a los administradores de las escuelas, los maestros y los padres de que tampoco se les exige hacerlo e impartirles formación sobre los derechos de los hijos de los trabajadores migrantes en materia de educación.

Finalmente debemos destacar que tomando en consideración el derecho a la educación de los migrantes previsto en los arts. 30 y 12.4 conjuntamente con el art. 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que se aplica a todos los niños, el Comité estima que los Estados también deben garantizar que todos los hijos de trabajadores migratorios en situación irregular tengan acceso a recibir educación en su lengua materna si está ya está disponible para los hijos de trabajadores migratorios en situación regular que compartan el mismo idioma.

Los ODS 2030 y su impacto en materia de educación

La Asamblea General de la ONU adoptó el 25/09/2015 la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. En esta se establece un plan de acción a desarrollar por los Estados hasta el 2030, centradas especialmente en las necesidades de los más pobres y vulnerables.

La crisis del COVID-19 ha “relentizado” el cumplimiento de los Objetivos para el Desarrollo Sustentable 2030 allí previstos, ya que han sufrido una fuerte merma de fondos y de organización por los problemas ocasionados primeramente, por la emergencia sanitaria y luego, por la emergencia económica derivada de esta. Ello hizo que los ODS 2030 actualmente se encuentren en revisión entre los países auspiciadores, analizándose si será posible cumplir con algunas de las metas fijadas.

Dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) el 4° prevé expresamente la educación de calidad. De esta manera se establece como una meta el aseguramiento de que todos los NNyA terminen la enseñanza primaria y secundaria, que esta fuese gratuita, equitativa y de calidad y que produjese resultados de aprendizajes pertinentes y efectivos.

El principio rector de los ODS 2030 en relación a la educación es que los alumnos adquieran los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para promover el desarrollo sostenible.

Ello a su vez se relaciona con el ODS N° 10 que plantea reducir las desigualdades, especialmente en un grupo que acarrea una doble vulnerabilidad: ser niño y migrante.

Para lograr una educación sostenible es necesario entonces lograr un acceso *universal* a esta, obligación jurídica que ya no se discute pero que se ha vuelto muchas veces imposible, primero por la falta de infraestructura y segundo, tal como ocurre con los migrantes, por las trabas burocráticas.

El acceso al sistema educativo de NNyA migrantes

Una problemática sobre la cual se debe trabajar *prima facie* es la relativa a los requisitos o criterios de ingreso al sistema educativo de los NNyA migrantes.

Para analizar dicha temática como punto de partida del consenso mundial sobre la educación es imposible dejar de lado la Declaración de Incheon y el Marco de Acción para la Educación 2030. En dicha Declaración se indica cómo

deberá realizarse el Informe de Seguimiento de la Educación en el Mundo y cuál es el sentido de ese seguimiento que tiene por mandato el ser el mecanismo de seguimiento y presentación de informes sobre el ODS 4 y sobre la educación en los otros ODS logrando a través de los esfuerzos de las naciones un acceso a la educación universal.

La información para caracterizar el ingreso y formulación del sistema educativo de una Estado debe estudiarse a través de las constitución nacionales, las leyes de educación, los decretos y la normativa sobre la organización del sistema educativo y la administración pública (organigramas), los roles y funciones del sistema educativo, así como también las políticas y planes educativos, sin olvidar el financiamiento de la educación.

Los países englobados en la agenda mundial 2030 a través de los diferentes tratados internacionales, tienen la obligación y el objetivo de proporcionar a los migrantes accesos a servicios básicos, entre ellos el de educación, que no debe ser entendido como un sistema de aprendizajes aislados sino como un sistema donde la Escuela responde a un problema, que no solo abarca el ámbito donde tiene lugar un proceso educativo o de socialización sino que incluye, de manera particular, la problemática relativa a la compleja relación que se da entre el proceso de educar y la sociedad en su conjunto (Cifuentes Medina et al: 2021,297).

El fin último del progreso inclusivo reside en empoderar a los migrantes y las sociedades para lograr la plena inclusión y la cohesión social, logrando así el desarrollo sostenible del mundo a través de los ODS.

Algunos puntos para garantizar el acceso a la educación de NNyA migrantes

Es entendible que el migrante en caso de estar escolarizado venga de un sistema educativo nacional con caracteres propios, un currículo propio y una estructura organizacional propia con contenidos muchas veces de apropiación y de interés nacional, pero esto no debería ser una limitación para incorporar al migrante a la escolarización en condiciones regulares y dignas.

Además existe otro escollo a considerar que es la existencia de un sistema de currícula de conclusión de ciclos educativos, años de cada ciclo de escolaridad obligatoria y años mínimos de escolaridad obligatoria disímiles.

Recalcamos que estos problemas no deben ser un impedimento para que el migrante se incorpore a la educación del país receptor y así lo entienden y han receptado, entre otros, los tratados de derechos humanos.

Las problemáticas que se enfrenta el migrante y el sistema receptor educativo son reales pero en ningún caso debe caer la escolarización del NNyA migrante por estas falencias, burocráticas, curriculares y/o estructurales.

Para ello, retomamos y proponemos algunas cuestiones a tener en cuenta para garantizar el acceso a la educación del NNyA.

a) Importancia de políticas públicas que acompañen el reconocimiento normativo del derecho a la educación de los migrantes

Como bien se destaca en las Directrices Metodológicas para el Análisis del Sector Educativo (DMASE) la política y un plan de acción nacional para la educación acompañados de la ratificación de los acuerdos internacionales y la adopción de leyes nacionales por sí solo no necesariamente generan los cambios que permitan el pleno disfrute del derecho a la educación.

Ello por cuanto también se deben considerar dos puntos de análisis más: por un lado, la articulación normativa de los países receptores de los NNyA migrantes que deben hacer una aplicación interna para el verdadero goce del derecho a la educación; y, por el otro, la complejidad de implementar políticas públicas integrales en un momento de crisis como el actual.

De esta manera también se debe focalizar en políticas públicas de fortalecimiento de las condiciones de vida de NNyA y jóvenes puesto que, sería absurdo pensar hoy en día que el derecho a la educación podría ser pensado como un derecho aislado de las condiciones de vida, labor en la que viene haciendo hincapié la Oficina para América Latina del Instituto Internacional de Planeamiento de la Educación (IIEPE) de la UNESCO.

b) Reconocimiento de la identidad

Sin lugar a dudas la identidad jurídica es, con frecuencia, un prerrequisito para acceder a diversos derechos fundamentales, entre ellos la educación.

Los hijos de migrantes en situación irregular, particularmente los nacidos en un Estado de acogida que no reconoce su existencia, son vulnerables durante toda su vida.

En tal sentido en la Observación General N° 2 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares se destaca que los

Estados tienen la obligación de velar por que los hijos de los trabajadores migratorios sean inscritos poco después de su nacimiento, independientemente de la situación migratoria de sus padres, y les sean expedidos certificados de nacimiento y otros documentos de identidad conforme el art. 29 de la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de su Familiares. Es por ello que se consideró que no se debe exigir a los trabajadores migratorios que presenten un permiso de residencia para inscribir a un hijo, dado que, “de hecho, con ello privarían a los niños migrantes en situación irregular de su derecho a la inscripción de su nacimiento y, por ende, quizá también de la posibilidad de acceder a la educación, los servicios de salud, el empleo y otros derechos. El hecho de que los trabajadores migratorios no cumplan la obligación de inscribir a sus hijos después de su nacimiento jamás debe justificar que estos sean excluidos de la educación”.⁴

c) Integración educativa

Para lograr el acceso a la educación efectiva de los migrantes deben darse ciertas características de integración educativa a nivel regional entre las cuales podríamos destacar: elaborar normas y directrices para el reconocimiento mutuo de las cualificaciones extranjeras y las aptitudes adquiridas informalmente en diferentes sectores; promover la transparencia de las certificaciones y la compatibilidad de los marcos nacionales de cualificación; concertar acuerdos de reconocimiento mutuo; forjar entre los países alianzas de colaboración sobre aptitudes internacionales que aumenten la capacidad de formación de las autoridades nacionales, con miras a preparar a las personas contratadas en prácticas para la empleabilidad; participar en alianzas y programas bilaterales que promuevan el desarrollo de aptitudes, la movilidad y la circulación, como programas de intercambio de estudiantes, becas, programas de intercambio profesional y contratos en prácticas o pasantías e; idear y promover formas innovadoras de reconocer y evaluar mutuamente las aptitudes adquiridas formal e informalmente.

Para ello consideramos que se deben fortalecer y cimentar estudios con objeto en la sociología de la educación en escenarios de educación específicos con el fin de lograr que se cumpla el acceso a la educación de los NNyA migrantes en condiciones de dignidad y respeto de su cultura.

⁴ parr. 79

d) Programas de enseñanza no académica

El derecho a la educación debe ser visto no solo como enseñanza académica, sino también han de contarse con programas de educación no académica para los NNYA que no puedan acceder al sistema académico por diferentes razones, entre ellas, la falta de infraestructura fija en los denominados campos de refugiados.

e) Programas de educación financiera

Por otra parte, se impone como una necesidad generar programas de educación financiera de los migrantes. Este punto se relaciona con la explotación laboral a la que se ven sometidos muchas veces los NNYA y sus padres y debe darse en conjunto con programas de alfabetización de adultos migrantes y el manejo de la migración de docentes que ha sucedido en cada crisis migratoria.

f) Asignación de fondos a las escuelas y ayuda internacional

Asimismo, otro de los ejes a tener en cuenta para el goce efectivo del derecho a la educación por estos sectores será la asignación específicamente de fondos a las escuelas con alumnos inmigrantes. Esto es necesario para atender a las necesidades especiales adaptativas que estos tienen. La ayuda internacional por otro lado también debe ser vista como una herramienta de control de la migración, siendo una decisión de los países receptores de esta población migrante mejorar sus sistemas de apoyo a la economía de los países emisores de migración como una opción viable a la reducción de la migración.

g) Utilización de tecnología en la educación

Uno de los ejes vertebrales para el acceso a la educación de los NNYA migrantes es la tecnología para la educación. La realidad empírica ha demostrado que sería una de las formas más eficientes para abordar esta problemática, dando lugar a un rápido acceso a la educación, en especial teniendo en cuenta la tecnología a la que se ha visto obligada la educación a nivel mundial con la crisis del Covid-19. Aunque desde ya creemos que serían necesarios estudios profundos que den cuenta de la calidad educativa en entornos virtuales.

Conclusiones

El acceso a la educación está consagrado con carácter universal, ello por cuanto se menciona que, tanto en su nivel primario, secundario como universitario la educación debe ser accesible para todos (art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) No obstante, tal como se ha mencionado, la ratificación de los acuerdos internacionales y la adopción de leyes nacionales no necesariamente generan los cambios que permitan el pleno disfrute del derecho a la educación, menos aún si de migrantes se trata.

Y es que este grupo particularmente vulnerable se ve imposibilitado para acceder a la educación por diversas trabas de índole burocráticas, curriculares, estructurales y/o de infraestructura. Entre dichas trabas se pueden destacar: la situación migratoria oficial que revista el migrante; el no contar con documentación personal para acreditar la identidad; las falencias en los mecanismos de acreditación de conocimientos previos, sea por su no reconocimiento o directamente por la falta de documentación que acrediten estos, entre otras.

Es por ello que se hallan numerosos esfuerzos internacionales en pos de lograr la tan ansiada educación de calidad a la vez de un proceso de reducción de las desigualdades existentes tal como lo plantean los ODS 4 y 10.

Al igual que los numerosos esfuerzos que viene realizando la UNESCO, creemos que se debería migrar a sistemas de valuación prescriptiva concurrentes a nivel mundial en pos de permitir y homogenizar el ingreso a la escolarización de NNyA en conformidad con la Agenda 2030.

Para concretar el cumplimiento de estos objetivos creemos necesario homogenizar un sistema de currículum en la multiplicidad de idiomas que se encuentran representados en la asamblea de la ONU, este currículum a dichos fines debería ser de carácter prescriptivo y básico. Con contenidos básicos en materias comunes como son ciencias biológicas, matemáticas, lengua (construcción de esta) y ciencias sociales.

Este es el camino que creemos debe darse para el cumplimiento de las obligaciones internacionales que abogan por el derecho a la educación de los NNyA migrantes y de los población en general.

Este proceso debería ir acompañado con políticas migratorias que diferencien entre NNyA y mayores - las que ya se aplican en muchos países-, permitiendo así que los NNyA tengan facilidad para obtener documentación de identidad y así puedan acceder al sistema educativo.

Referencias bibliográficas

- Cifuentes Medina, Pineda De Cuadros & Torres Ortiz; *Cultura, Educación y Sociedad*, vol. 12 no. 1, enero - junio, 2021.
- Ziegler, Sandra. (comp). *Escuela, currículum y cultura: notas de la transformación educativa en América Latina ante la pandemia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Flacso, 2021.
- Agenda 2030 adoptada por la Asamblea General de la ONU el 25/09/2015
Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS).
- Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Observación General N° 2: sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios en Situación Irregular y de sus Familiares, del 28/08/2013. CMW/C/GC/2.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de su Familiares (CPDITMF).
- Declaración de Incheon y Marco de Acción para la realización del Objetivo de Desarrollo Sostenible 4: Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos.
- Directrices Metodológicas para el Análisis del Sector Educativo (DMASE), septiembre de 2014.
- Las 10 Metas del ODS 4. Video elaborado por la UNESCO.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (A/RES/73/195), Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU el 19/12/2018.
- Pacto Mundial sobre los Refugiados aprobado por la Asamblea General de la ONU el 19/12/2018.

Niñeces, derechos humanos e identidad de género

José Carlos Leanza¹

*Una noche, Coy preguntó a su mamá:
“Cuando me llevarás al doctor para
que me vuelva una niñaniña?
(Coy Mathis, alumna de primaria)²*

Algunas consideraciones teórico metodológicas. Presentación del tema

Marco teórico

El presente trabajo considera la identidad de género como uno de los derechos humanos atribuidos a las niñeces, proponiendo un diálogo entre Derecho y Antropología para descubrir la mutua relación entre el derecho positivo y la cultura.

¹ Abogado UBA, y Licenciado en Cs. Antropológicas –Orientación Sociocultural- FFyL UBA, participante en el Proyecto: UBACYT “Tecnología identidad y política: de la intervención tecnológica en los cuerpos a las políticas públicas en Ciencia y Tecnología. Sujetos, instituciones y saberes” del instituto de Ciencias Antropológicas de la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA, dirigido por la Dra. Alejandra Roca.
josecarlosleanza@yahoo.com.ar

² Favilli-Cavallo, 2015, incluyen la historia real de Coy.

La ley nacional 26.061 protege de forma integral los derechos de los niños, niñas y adolescentes, su contenido la convierte en un instrumento de las políticas públicas destinadas a la promoción de los intereses de las niñeces y las adolescencias como ampliación del acceso a derechos de la niñez considerada una categoría legal y su interés superior, dentro de los cuáles el derecho a la identidad de género es uno de los más importantes incorporados en tiempos recientes que pone al Estado en el centro de las políticas activas en esta materia³.

La ponencia propone ampliar la mirada desde la mutua influencia entre cultura y ley, a partir de considerar un complejo jurídico extenso que permitió la re-construcción de categorías socioculturales –ley, niñez, identidad, género– como el resultado de un proceso histórico que reconoce tensiones entre los límites del derecho positivo y emplazamientos culturales situados en términos económicos, raciales, religiosos, familiares, y políticos.

Uno de los núcleos que resultan transversales a la conformación de la identidad de género en las niñeces es la narrativa, la cual desde su capacidad de nombrar produce significados y también influye en la construcción de realidades.

Dentro de la narrativa –o discurso, o lenguaje– el tratamiento de los temas relacionados con las definiciones de las identidades sociosexuales nos abre un espacio de reflexión, y el término *transgénero* o *trans* resulta el más utilizado dentro del ámbito académico.

En esta ponencia utilizaré el término *trans* para incluir a todas las personas cuyo sentido de identidad de género difiere del sexo asignado en los documentos oficiales (certificado médico de nacimiento, partida de nacimiento, DNI) al nacer, e incluye personas *travestis*, *transexuales*, *transgéneros*, y de modo más amplio a quienes cuestionan a la identificación binaria como la única opción para definir su identidad⁴.

³ La Ley 26.061 en su Artículo 1° fija su objeto en la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte, fundado en el principio del interés superior del niño.

⁴ Duranti (2013) refiere a “transgénero” y “trans” como términos inclusivos para todas aquellas personas cuyo proceso de identificación sexo/genérica involucre la migración de un género al otro.

A partir de la vigencia de la ley 26.743 el Estado propone un profundo cambio de paradigma y define una política pública de reconocimiento de la identidad de género desde la propia decisión de lxs ciudadanxs⁵, que contempla a las personas mayores de edad y también a quienes son menores.

El objetivo de esta exposición apunta deliberadamente a no ofrecer certezas ni respuestas, sino a poner en discusión categorías culturales que son dinámicas y productoras de nuevas preguntas.

Consideraciones metodológicas

Ofrezco en esta ponencia una mención de mi trabajo de investigación en materia de identidad de género –en personas mayores de edad, niñxs y adolescentes– desde la mirada de la ley que regula esta materia, intervenida por la metodología propia de la Antropología (trabajo de campo) en la consideración de datos cualitativos únicamente y citando un número limitado de casos etnográficos, en la construcción del objeto de investigación situado dentro del campo desde la interacción entre la realidad, el investigador y los sujetos con quienes interactuamos en la tarea de investigación (Rockwell, 2009).

Para indagar los circuitos legales de la identidad de género como la construcción de un objeto científico, antes que nada es necesario un corte con el sentido común, con las representaciones compartidas por todos ya sean los meros lugares comunes de la existencia cotidiana o las representaciones oficiales, normalmente inscriptas en las instituciones y presentes de ese modo tanto en la objetividad de las organizaciones como en las mentes de sus participantes (subjetividad), pues lo preconstruido está en todas partes (Bourdieu, 2008).

⁵ Mónica Wittig entiende la necesidad de utilizar el lenguaje escrito como una forma de visibilizar las marcas genéricas, tal el caso de la utilización de la “e” o la “x” o el “@” que refieren a universales en los que pueden incluirse todas las personas, sin importar si se reconocen como mujeres, varones o trans, siendo el uso de estos símbolos un recurso informal, o inclusive incómodo, su utilización resulta una herramienta de explicitación de la heteronormatividad del lenguaje, del sexismo de la homofobia y la heteronormalización, (Wittig, Mónica (1992), *“El Pensamiento Heterosexual y Otros Ensayos”*, Ed. Egales, Barcelona, 2006).

Dentro de esta idea ingresé al campo de investigación sobre la conformación de la identidad de género como la porción de lo real que necesitaba conocer, la fracción del mundo natural y social en el que se desenvuelven los grupos humanos que lo construyen⁶, en una cierta conjunción entre un ámbito físico, actores y actividades⁷, recorte de lo real que “...queda circunscrito por el horizonte de las interacciones cotidianas, personales y posibles entre el investigador y los informantes” (Rockwell, 2009).

A partir de Junio de 2012 comencé a investigar en la dinámica de mi propio lugar de trabajo el cual de ser un lugar físico avanzó para ser un locus más complejo⁸, elección que fundamenté en el interés por explorar las necesidades de quienes requerían los trámites de identidad de género que me ofrecieron una acceso a la trayectoria histórica de sus biografías personales que encajaban en la oferta de la ley, lo cual me permitió construir un conocimiento situado de primera mano (Haraway, 1991) y participar en la ruptura de las lógicas administrativas expresadas por una autoridad de aplicación (la cual integré en esa circunstancia) de diversas leyes que regulan el estado civil y la capacidad de las personas, normativas de otra generación legislativa que reconocían la diferencia de género únicamente por el valor de la asignación (del sexo y el nombre) al momento del

⁶ Para Rosana Guber “este recorte no está dado, sino que es construido activamente en la relación entre el investigador y los informantes. El campo no es un espacio geográfico, un recinto que se autodefine desde sus límites naturales (mar, selva, calles, muros), sino una decisión del investigador que abarca ámbitos y actores; es continente de la materia prima, la información que el investigador transforma en material utilizable para la investigación”, (GUBER, Rosana, “El Salvaje Metropolitano (Reconstrucción del Conocimiento Social en el Trabajo de Campo)”, Paidós, Buenos Aires/Barcelona/Méjico, 2004.

⁷ Me desempeñé (hasta Julio de 2021) como Oficial Público en el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires, rol encargado de la competencia administrativa en materia de la rectificación registral de la identidad de género.

⁸ Realicé el trabajo etnográfico en mi ámbito laboral que corresponde al Registro Civil, en la oportunidad de consultas relativas a la Ley de Identidad de Género, y también en los trámites de solicitud de rectificación registral. La elección de utilizar dichos lugares como referente empírico buscó centrar el interés de la investigación en los aspectos de la vida que corresponden a la instancia de decisión formal (pero cargada de un contenido real y simbólico) de quienes peticionan este trámite.

nacimiento sin intervención de la propia persona que ha nacido ante la novedad de una ley que reconoce el derecho a la elección del sexo y del nombre.

En este sentido el trámite burocrático adquirió la categoría de un verdadero ritual⁹ por la sacralización de sus formas, por la transformación que genera, por la producción de significados, por la creación de derechos y ciudadanía, y en estos términos descubrí la fuerza creadora de la burocracia-ritual que puede designar múltiples acontecimientos sociales, puede referirse a los aspectos formales de dichos acontecimientos, como también expresar contenidos necesarios para la continuidad de la vida social (Rapaport, 2001).

El objetivo de mi investigación pasó por indagar lo que sucede a quienes han construido su biografía desde los márgenes tanto reales como simbólicos del género, el sexo y la imagen como lugar estratégico para pensar la sociedad en su compleja pluralidad de símbolos e interacciones ya que se trata del espacio donde se encuentran las prácticas y las estructuras, del escenario de la reproducción y simultáneamente de la innovación social.

La ley como expresión de la voluntad estatal

La ley como dispositivo de coerción

La Ley de Identidad de Género es el resultado de procesos sociohistóricos de tensión, negociación y resistencia, y para comprender este proceso será necesario (re)construir la categoría ley como dispositivo estatal del mismo modo que comprender cómo los mecanismos de poder construyen verdades a partir de las políticas de estado desde decisiones ideológicas creando normas positivas y también significados.

Foucault (1992) nos habla de las múltiples relaciones de poder que atraviesan, caracterizan y constituyen el cuerpo social, mientras al mismo tiempo producen, acumulan, circulan el funcionamiento del discurso que desemboca en la

⁹ Víctor Turner hace alusión al aspecto liminal de los ritos de pasaje, y menciona las tres instancias por las que se atraviesa durante un acto iniciático: la “separación”, la etapa “liminal” (umbral), y la “re agregación”, (El Proceso Ritual-Estructura y Antiestructura, Madrid, ed. Taurus, 1988).

producción de verdad la cual se impone desde el poder de modo intenso y constante tanto sobre las personas como sobre las poblaciones¹⁰.

Reglas de derecho, mecanismos de poder, efectos de verdad, o también reglas imperativas y autoridad de los discursos verdaderos es el campo muy general que recorre Foucault (1992) en su explicación de las relaciones entre derecho y poder, reconociendo que, en su secreto, en su brutalidad, el hecho de la dominación se expresa a través de la estructura jurídica como instrumento de esa dominación y bajo las formas de las que se vale, leyes, reglamentos, instituciones.

Foucault (2007) explica el alcance político de los mecanismos de concentración de poder en las sociedades, y pone la importancia de su visión en la construcción de verdad en las leyes descubriendo el vínculo entre el régimen de verdad y la práctica gubernamental¹¹.

Capital simbólico. El caso particular del capital jurídico

Una breve conversación con la teoría del Estado en los términos de Max Weber y Pierre Bourdieu nos explica la construcción de significados y normas en la cual el problema de la ley incluye el pensamiento sobre el Estado para aplicar categorías de entendimiento producidas y garantizadas por esa misma dimensión superestructural uno de cuyos mayores poderes es el de producir e imponer (principalmente por medio de la escuela) las categorías de pensamiento que aplicamos espontáneamente a cualquier cosa del mundo (Bourdieu, 1993), por lo cual “el discurso jurídico es un habla creadora que da vida a lo que enuncia” (Bourdieu, 2014).

El poder se ejerce en formas concretas que se manifiestan como construcción de significados (identidad, género, lenguaje, sexualidad) y como sanción

¹⁰ Piensa Foucault que “estamos sometidos a la producción de la verdad desde el poder y no podemos ejercitar el poder más que a través de la producción de la verdad. ...Tenemos que decir la verdad; estamos obligados o condenados a confesar la verdad o a encontrarla, el poder no cesa de preguntarnos, de indagar, de registrar, institucionaliza la pesquisa de la verdad, la profesionaliza, la recompensa. En el fondo tenemos que producir verdad, como tenemos que producir riquezas” (Foucault, Michel, “Microfísica del Poder”, 1992, pago. 142).

¹¹ Según Foucault la ley se concibe como la expresión de una voluntad colectiva que se expresa en el derecho donde confluyen la esfera de intervención del poder público y la esfera de independencia de los individuos (“Nacimiento de la Biopolítica”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008).

de normas positivas (leyes, decretos, resoluciones, sentencias), todo ello en los términos políticos del Estado visto como una dimensión que produce constantemente representaciones¹².

El Estado tiene una fuerte influencia en la producción simbólica dentro de la cual las administraciones públicas y sus representantes son grandes productores de problemas sociales, como problemas que expresan una representación oficial, y hacen de la burocracia –como saber experto– un grupo universal dotado de voluntad, un órgano de reflexión y un instrumento racional encargado de realizar el interés general conforme a los intereses y a los valores asociados al universo burocrático (Bourdieu, 1993).

En la reconstrucción de la génesis de los conflictos y confrontaciones iniciales, el Estado es una relación de dominación de hombres sobre hombres que se sostiene por medio de la violencia legítima como la única fuente del derecho a la coerción, y según la definición de Max Weber (1918) “el Estado es una comunidad humana que reivindica con éxito el monopolio del uso legítimo de la violencia física en un territorio determinado”, definición a la cual Bourdieu (1993) suma que el Estado reivindica el uso legítimo de la violencia física y simbólica en un territorio específico sobre el conjunto de la población, encarnándose a la vez en la objetividad bajo la forma de estructuras y mecanismos específicos y también en la subjetividad en los cerebros bajo la forma de estructuras mentales, de categorías de percepción y de pensamiento.

De acuerdo con Bourdieu (1993) se produce la concentración de un capital simbólico de autoridad reconocida que resulta de cualquier propiedad que sea percibida por los agentes sociales siempre que estos lo comprendan y le asignen valor, dentro del ámbito propio del Estado como espacio en el cual se cumple la concentración y el ejercicio del capital simbólico.

¹² Bourdieu reconoce al discurso del Estado un poder performativo, “ un verdadero poder creador (análogo al poder divino del acto de creación y consagración) cuando anuncia con autoridad lo que un ser, cosa o persona, es en verdad (veredicto), pues expresa una definición social legítima, que crea derechos (a ser) y regula su ejercicio...”, Bourdieu, Pierre: Espiritus de Estado - Génesis y Estructura del Campo Burocrático, en Actes de Recherche en Sciences Sociales N° 96/97, marzo de 1993, recuperado de: www.politica.com.ar/Filosofia_politica/Espiritus_de_Estado_Bourdieu.htm.

La concentración del capital jurídico es central en el proceso más largo de concentración del capital simbólico bajo sus diferentes formas, el cual crea el fundamento de la autoridad específica de quien detenta el poder estatal. Se pasa de un capital simbólico difuso, fundado únicamente en el reconocimiento colectivo a un capital simbólico objetivado, codificado, delegado y garantizado por el Estado, burocratizado.

En el proceso de conformación del capital jurídico la Ley 26.743 surge como un dispositivo que expresa una política pública, una acción por la cual el Estado reconoce el derecho a la identidad de género y normatiza la regulación del derecho a la identidad, entendido como el derecho a ser uno/a mismo/a y no otro/a, como expresión de la mismidad del ser humano (Fernández Sessarego, 2004).

La identidad: valor jurídico y valor cultural

Identidad personal

La visión actual de la identidad desde el Derecho combina una vertiente estática y otra dinámica en una unidad que supera la antigua y restrictiva concepción de “identificación” con la que se aludía únicamente a la identidad estática entendida como un cúmulo de datos expresados por las impresiones dactilares, la fecha y lugar de nacimiento, el nombre de los progenitores –entre otros–, que determinan un limitado concepto de “identidad”¹³.

En el presente el concepto de identidad incluye todas las manifestaciones de la personalidad, por lo que la en su aspecto legal resulta ser el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a cada persona dentro de la sociedad, y se re-significa, como categoría central en la ley de identidad de género.

En este estado sabemos que la identidad es un resultado contingente y nunca enteramente concluido del proceso de interacción entre el exterior y el interior de cada subjetividad. De este modo vista, la noción de identidad rechaza la concepción tradicional de universos homogéneos y estables, rompiendo una

¹³ La Ley nacional N° 17.671 del año 1968, regula la Identificación, el Registro y la Clasificación del Potencial Humano Nacional.

esencialidad conceptual que impide pensarla como procesos históricos de construcción y transformación (País Andrade, 2016).

La identidad personal es todo lo que hace que cada persona sea “uno mismo y no otro”, un complejo de datos biológicos, psíquicos y existenciales, más allá que todos los seres humanos sean considerados iguales por la ley, determina la “mismidad” como expresión de ser “uno mismo” como una exigencia existencial, un interés natural y social al mismo tiempo, plexo de características tanto estáticas como cambiantes que hallamos en cada ser humano (Fernández Sessarego, 2004).

Identidad de Género

Desde que en mayo de 2012 se sancionó en la Argentina la Ley de Identidad de Género, las personas trans encontraron que el dispositivo jurídico –ley– con el que el Estado había instrumentado sus políticas de exclusión, ahora actuaba a favor de una de las reivindicaciones más importantes que habían sido motivo de su militancia y de lucha política¹⁴, alcanzando también a las personas menores de edad de acuerdo con el principio de la capacidad progresiva.

El proceso identitario de las personas trans modifica las formas de ver el mundo, y expresa una crisis del orden simbólico en la que es necesario redefinir la relación entre naturaleza y cultura (Strathern, 1992) a partir de nuevas concepciones que han requerido novedosas formas de dar sentido a asuntos fundamentales (Franklin, 1995) ante los cuales –dentro de las formas posibles– la ley es un dominio que produce discursos y efectos de verdad desde el vínculo entre derecho y poder (Foucault, 1992).

Estas nuevas lógicas de comprensión desde la concepción subjetiva de la identidad y el género de las personas –tanto a las mayores como a las menores de edad– dieron lugar en la Argentina a que el Estado implemente políticas públicas que operan sobre los procesos sociales y legales que producen desigualdades en términos colectivos, culturales, y de género en procesos de tensión, negociación

¹⁴ Dentro de la idea de “ciudadanía biológica” (Rose, 2012), las personas trans devienen en nuevas concepciones que recodifican obligaciones, construyen ciudadanía, ejercitan derechos civiles y políticos, crean expectativas en relación a su vida, a los valores de los modos de vivir, al lugar que ocupa la existencia corporal y simbólica.

y resistencia que resultan en la sanción de la Ley de Identidad de Género que desmedicaliza, despatologiza y desjudicializa el trámite (Mansilla, 2014).

La noción de género

Podemos arribar a la noción de género caracterizándolo como el conjunto de ideas, representaciones, prácticas y prescripciones sociales que una cultura desarrolla desde la diferencia anatómica entre varones y mujeres (Lamas, 2000), para simbolizar y construir socialmente lo que es propio de los hombres (lo masculino) y lo que es propio de las mujeres (lo femenino)¹⁵.

La clasificación cultural precedente define la división del trabajo, las prácticas rituales y el ejercicio del poder, pero también atribuye características exclusivas a uno y otro sexo en materia moral, psicológica y afectiva (Lamas, 2000).

Nuestra cultura marca a los sexos con el género junto a la percepción de lo social, lo político, lo religioso, lo cotidiano; en este sentido las mujeres y los hombres no tienen esencias que se deriven de la biología (Levi Strauss, 2002)¹⁶, sino que son construcciones simbólicas pertenecientes al orden del lenguaje y de las representaciones como sujetos relacionales que producen una operación

¹⁵ Para Lamas “existe una centralidad explicativa de la cultura que alcanza incluso para explicar la condición humana. La cultura tiene una naturaleza simbólica dentro de la cual las personas comparten significados no verbalizados ni explicitados, en la cual el género es el elemento básico de la construcción de la cultura. El género se refiere al conjunto de prácticas, creencias, representaciones y prescripciones sociales que surgen en función de una simbolización de la diferencia anatómica entre hombres y mujeres” (LAMAS, Marta: “Diferencias de sexo, género y diferencia sexual”, Cuiculco Nueva Época, volumen 7, N° 18, enero-abril 2000, México, pago. 1 a 3).

¹⁶ Levi Strauss trata sobre la distinción entre el estado de naturaleza y el estado de sociedad, desde que el hombre es un ser biológico a la par que un ser social, y se pregunta dónde termina la naturaleza? ¿Dónde empieza la cultura?, en qué punto se produce el pasaje de la naturaleza a la cultura, y arriesga que ese momento se encuentra en la aparición de la norma como un dispositivo universal, más concretamente la prohibición del incesto como mecanismo universal y coercitivo a la vez (Levi Strauss, C., “Las Estructuras Elementales del Parentesco”, Planeta-Agostini, 1985, Barcelona).

significante que atribuye sentido a los cuerpos de las mujeres y de los hombres, construyendo socialmente la masculinidad y la feminidad (Lamas, 2000).

El género produce un imaginario social con una eficacia simbólica contundente al dar lugar a concepciones sociales y culturales sobre la masculinidad y la feminidad, que permite justificar la discriminación por sexo (sexismo) y por prácticas sexuales (homofobia), y este orden simbólico se sostiene cuando hombres y mujeres reproducen dicho mandato.

Los roles cambian según el lugar o el momento, pero, mujeres y hombres por igual son los soportes de un sistema de reglamentaciones, prohibiciones y operaciones recíprocas dentro de las cuales incluimos a la Ley de Identidad de Género (Leanza, 2016).

El desenvolvimiento histórico del movimiento feminista relevó en el campo de los estudios de género la transformación del concepto, logró modificar la perspectiva política con que se abordaba el conflicto de las relaciones mujer-hombre, y también transformó el paradigma con el cual se explicaba permitiendo romper con el determinismo biológico que sustentaba las nociones tradicionales sobre qué son las mujeres y qué son los hombres, incorporando una perspectiva interpretativa que diera cuenta de lo psíquico y que fuera capaz de articularse con recuentos sociales e históricos sobre las mujeres vinculados a otras categorías como la de clase, raza y etnicidad, con la perspectiva de buscar los orígenes sociales de las identidades de hombre y mujeres¹⁷.

En la (re)construcción de la propia subjetividad de las personas trans relevada en el trabajo de campo resultó visible como las mujeres y varones trans expresan la idea de sus procesos de “género”, de construcción en el tiempo, de disconformidad, de vergüenza, conformando una narrativa que se re-produce en el discurso de los sujetos.

¹⁷ En los relatos de las historias de vida de las personas trans que han ejercitado su derecho a la identidad de género es posible observar como la construcción de la subjetividad es un proceso biográfico que se (re)produce en un marco de tensión entre el cuerpo y el pensamiento, entre las clasificaciones socialmente aceptadas y la transgresión, entre la vida íntima y la expresión pública (Leanza, J. C.: “Identidad de Género: la Política en la Vida Cotidiana-Representaciones y Significados”, recuperado de <http://antropologia.filo.uba.ar/sites/antropologia.filo.uba.ar/files/documentos/Leanza%20-%20Tesis.pdf>.

Identidades sociosexuales

Nuestra sociedad contemporánea (Argentina Siglo XXI Segunda Década) tiene una concepción binaria de la identidad de género, y dentro de esta visión las personas trans reconstruyen su identidad oficial en términos de hombre/mujer, por tanto no están ajenas a la heteronormatividad hegemónica que organiza la sociedad en la que viven, y por ello es necesario reflexionar acerca de los límites normativos en tanto re-producción de la vida cotidiana a través de los estereotipos de hombre/mujer, familia, matrimonio, pareja heterosexual.

Las políticas de equidad de género y reconocimiento de las diversidades sexuales y de género no dejan de ser rearticulaciones de jerarquías sociosexuales admitidas (heterocéntricas) y generan nuevas homonormatividades en las que la familia y la pareja heterosexuales siguen siendo los modelos hegemónicos de organización social (Sabsay, 2011), al tiempo que estigmatizan las representaciones imaginarias de los colectivos trans considerados como una incómoda diversidad.

La posición del sujeto transgenético o transexual pone de relieve en este contexto la desestructuración de las cadenas identificatorias hegemónicas impuestas por el sistema de sexo-género que regula nuestro orden de jerarquías sociosexuales, manifiesta una ruptura en la identidad unitaria (hombre o mujer) prevista en la medida en que combina dos o más representaciones en una misma cadena identificatoria, posiciones controversiales que desnaturalizan el sistema de sexo-género ponen en entredicho la legitimidad de las identidades hegemónicas, cuestionando la cadena de atributos que la constituyen (Ministerio de Salud RA, 2011)¹⁸.

Las identidades sociosexuales en las que vivimos han ido configurándose en torno a un contrato de género, que ha establecido a lo largo de la historia diferentes formas de organizar las relaciones asimétricas de poder, y es en este sentido que Butler (2002) insiste en que no podríamos dar cuenta cabal de la

¹⁸ *El sistema sexo/género más que un concepto constituye un dispositivo basado en la presunción de que hombre y mujer son categorías creadas desde el punto de vista cultural sobre una base biológica que es considerada determinante, pero las diferencias biológicas (genéticas, orgánicas o fenotípicas) son un elemento cuya impronta es imposible de determinar.* (Minsal 2011, "Homos y Travestis", V- pag 68).

construcción del sujeto sexuado sin prestar especial atención al impacto de la norma genérica que funciona como un dispositivo por el cual el devenir de cada sujeto se relaciona directamente con la sexuación del cuerpo.

De la reflexión precedente puedo concluir que en el campo de interés de la identidad de género la ley 26.743 ha sido un progreso limitado pues no altera el modelo binario, y por lo tanto otras percepciones de género quedan excluidas pues la vivencia y percepción de género no resultan lo mismo para todas las personas, sino muy por el contrario, existen múltiples maneras de percibir, sentir y expresar identidad de género.

Transexualidad en la niñez y adolescencia

La ley argentina 26.743 regula el acceso al derecho humano¹⁹ a la identidad de género para personas menores de edad²⁰, entendido como uno de los derechos humanos fundamentales junto al derecho a la vida y a la identidad, expresión del libre desarrollo de la persona que se manifiesta como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo.

El principio legal de trato digno integra el complejo de derechos derivados de la norma principal cuando establece que se deberá respetar la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad, produciendo un efecto de verdad desde la norma (Foucault, 2008).

¹⁹ Ley 26.743, art. 13.

²⁰ Ley 26.743 Artículo 5° — Personas menores de edad. Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4° deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061.

En las estructuras culturales de las sociedades occidentales las expectativas de los progenitores sobre si su hijx será nena o nene desde la conformación de identidad binaria –femenino/masculino– que las familias y la sociedad conocen, pueden verse alteradas cuando la construcción de la biografía de las personas pide una solución diferente a la visión heteronormativa del mundo, e interpela al relato dominante (Helien y Piotto, 2012).

En la conformación de la identidad, los primeros indicios de la transexualidad en niñxs, puede comenzar a aparecer alrededor de los seis a ocho años como promedio, aunque puede darse antes de esa edad (Helien y Piotto, 2012), dato que es solamente indicativo, pero no importante ni estadístico.

Las diferentes instituciones sociales –los servicios de salud, la escuela, la familia– plantean discursos hegemónicos que categorizan a las niñeces y adolescencias trans y no binaria como patologías, encuentran su origen en la medicina y en la psiquiatría, como también en la psicología y en la pedagogía. En este sentido podemos distinguir que las identidades trans y no binarixs son abordadas desde prácticas discriminatorias de expulsión escolar, patologización de las niñeces alternativas, responsabilización a la “madre”, las conductas represivas dentro de la propia familia violencia institucional. Pero al mismo tiempo existen casos en los que estas lógicas se han ido reformulando, a favor de nuevas problematizaciones y nuevas perspectivas (Boy *et al.*, 2021).

Las personas transexuales adultas remiten a su primera infancia como el recuerdo inicial del momento en que comenzaron a sentir una incongruencia o incomodidad de sentirse pertenecer al sexo opuesto al que les fuera asignado por nacimiento:

G. es un hombre trans –mayor de edad– que despertó su diferencia en el jardín a los cinco años, se percibió diferente...refiere situaciones en la escuela primaria...no entendía por qué lo limitaban... no entendía lo que le pasaba, no tenía información, su familia evangélica iba a la iglesia... en la iglesia oró de los ocho a los diecisiete años, pedía a Dios que le saque la idea de la cabeza... (entrevista, marzo de 2016).

La cita de la biografía de G., explica que la identidad de género expresa un recorrido influido e influyente por y de otras categorías tales como familia, escuela y religión.

De algún modo lxs niñxs trans manifestarán la identificación “cruzada”²¹, pidiendo ser mencionados con nombres del otro género, vistiendo ropas del sexo opuesto, y es el momento en el cual se advierte el rechazo, en la familia o en el grupo social –escuela, iglesia–, dentro de las familias los progenitores se enfrentan a una situación inesperada y desconocida que los excede cuyo primer sentimiento es de rechazo al ver que su hijx no cumple con las expectativas propias y sociales sobre la crianza y el crecimiento (Helien y Piotto, 2012).

Estas circunstancias reconocen un patrón de conductas que se repite en las historias de vida a las que accedí, son los primeros actos discriminatorios hacia lxs niñxs al no acceder a un espacio donde jugar y expresar su libertad, resultan las primeras señales de violencia familiar que al mismo tiempo es violencia social como un evento de sufrimiento social que resulta de lo que el poder político, económico e institucional produce sobre las personas (Ceres, 2015).

En sociedades machistas el padre es quien asume y protagoniza las posturas punitivas y disciplinarias sobre sus hijxs que pueden llegar al abandono afectivo y crean condiciones de alta vulnerabilidad:

Y. es mujer trans –mayor de edad–, conoce su diferencia a los seis años, a los diecisiete decidió hormonizarse...en la primaria, secundaria y universidad transitó su identidad original... entre los doce y trece años se fue a la casa de sus tíos... ella estudiaba y trabajaba, vivió unos años con ellos, la pasaba mal porque era una persona extraña en esa casa, se sentía perseguida y violada (entrevista, marzo de 2016).

²¹ Expresión que refiere a los roles de género según Helien y Piotto (2012), quienes reseñan que en los momentos de crisis acerca de su identidad en los niñxs y jovencitas trans, el entorno les hace notar que son diferentes y les adjetivada de forma despectiva (afeminados, marimachos).

La idea de castigar a una criatura que expresa y siente que la naturaleza cometió un error²² es un hecho de violencia que como sanción, represión o correctivo afecta a la connotación de la identidad, los pensamientos y las emociones (Helien y Piotto, 2012). Pero, el hostigamiento físico, moral o psicológico no podrán nunca forzar la construcción de una biografía que se conforma dentro del complejo interior mente/cerebro en la condición sexual percibida y vivenciada, y siguiendo este razonamiento junto a Foucault (1997) distinguimos que los deseos no son entidades biológicas preexistentes, y atienden a los aspectos de la organización social generadores de sexo más que sus elementos represivos al señalar que se están produciendo siempre sexualidades nuevas, que se alejan de la continuidad entre los sistemas de sexualidad basados en el parentesco.

Con los casos producidos constaté que en lxs niñxs trans el proceso de construcción de la subjetividad es diferente al de las personas trans mayores de edad pues tiene su propio tiempo y oportunidad, pero lo fundamental es que se produce una variante histórica en la consideración de la transexualidad que vivencian niños y niñas contemporáneos dentro de las familias²³.

En las biografías de lxs niñxs relevadas para este trabajo, la documentación oficial no se encuentra en un lugar prioritario, las necesidades a resolver pasan por otros núcleos: el sistema educativo discriminador y expulsivo; la dificultad para el acceso al sistema de salud; los problemáticos contextos familiares y sociales; la construcción machista de la identidad; la medicalización en la constitución de los cuerpos; los efectos sociales de la discriminación (depresiones, suicidios); la baja expectativa de vida; el miedo ante la hostilidad de la sociedad (Leanza, 2018).

En atención a las condiciones socioculturales que operan en la construcción de la subjetividad y la identidad de género, –según Helien y Piotto– es posible proponer que la condición de transexualidad en la infancia se debe abordar y

²² En la “cultura del macho” la masculinidad sólo existe como la negación obsesiva de la femineidad y la homosexualidad, y para ser un “verdadero hombre” es necesario ser homofóbico, represor, humillante, ridiculizaste (Helien y Piotto, 2012).

²³ Según el Min. de Desarrollo Social de la Nación (2013), las políticas públicas empezaron a entender a las familias como un grupo heterogéneo no exclusivamente integrado por una madre, un padre y sus hijos e hijas, dando visibilidad a familias conformadas por personas LGBTTTI y sus hijos e hijas.

comprender desde la matriz familiar, lugar que puede rechazar o acompañar la condición de género transexual:

L.S. es la madre de la niña trans A. de seis años, quien vive junto a sus progenitores y su hermana de 13, nació varón –según el sexo asignado–, vive una infancia libre en la cual sus patrones de identificación respecto al género fueron respetados por su familia primaria. A partir de sus tres años se manifestó con firmeza: “soy una nena”. A los cuatro años ingresó al jardín en una escuela que practica una idea conservadora en relación con el género de lxs niñxs. En la actualidad transita primer grado. Ella eligió su nombre, y vive su dimensión corporal de modo libre (entrevista, Julio de 2018).

Los casos etnográficos que respaldan el presente trabajo, permiten re-construir las vidas de sujetos mayores que reclamaban por una ley que reconociera su identidad de género autopercebida. Asimismo, niños y niñas han recurrido a la normativa de identidad de género junto sus progenitores²⁴. También conocí casos en los que niñxs menores transitan su identidad de género autopercebida junto a sus familias, pero sin solicitar los trámites de rectificación registral. Las biografías personales se re-producen en otras historias individuales que expresan la misma necesidad, la misma construcción de subjetividad, y de este modo cada historia junto a todas las historias integra un colectivo que se constituye material y metafóricamente:

F. es la mamá de M. que es un niño trans de seis años, y conforman su familia junto a papá y otrxs tres hermanxs. Ella habla de las personas trans como personas no leídas por la sociedad. M. inició su construcción identitaria a los dos años y la fue afirmando hacia los cuatro que es el momento en que ingresa al jardín. Era ostensible la disconformidad con la vestimenta que usaba, y en esta etapa M. fue

²⁴ La ley 26743 en su art. 12 dispone el “trato digno” como respeto a la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niños, niñas y adolescentes.

claro para expresar lo que “quiero” y lo que “no quiero”, desarrollando un proceso de angustia y atribución de culpa cuando ve que la familia ampliada se aleja de él y su familia (Entrevista, Julio de 2018).

Las historias recogidas dan cuenta de un estado de discusión de los modelos normativos hegemónicos en materia de género, y adelantan imágenes alternativas dentro de un modelo familiar, cultural y legal como red de solidaridad fuertemente visible en occidente. Pero se agregan nuevos tipos de contención como el caso de colectivos que trabajan la política y el territorio en las cuestiones de género implicadas en la niñez como el caso de Asociación Infancias Libres desde 2017.

La apertura hacia alternativas que amplíen las infraestructuras materiales e ideológicas conocidas permite formular nuevos deseos y elecciones posibles fuera de los valores capitalistas del “niño blanco cishétero patriarcal” (Hester, 2018), ideología conservadora que se esfuerza por evitar los errores de transcripción, pero al mismo tiempo reconoce que la reproducción biológica es separable de la reproducción social, como así también que ni la minuciosa crianza puede garantizar la reproducción de una continuidad generacional sin fisuras (Hester, 2018).

Las situaciones de desventaja en las niñeces nacen de la heterogeneidad de estipulaciones de clase, sociales, económicas y culturales que constituyen restricciones asociadas a las condiciones de existencia y una asimetría en la redistribución del capital –tanto cultural, simbólico y económico– (Bourdieu, 2015) que se expresa en núcleos transversales tales como la niñez en situación de calle, la dificultad de acceso a los bienes de primera necesidad, la explotación del trabajo infantil, el impedimento a acceder a la escolaridad y a la salud, la ruptura de los vínculos familiares y sociales, la violencia –institucional, económica, física y simbólica– sobre niños y niñas vulnerables (Leanza, 2018).

Reflexiones finales

La identidad de género en las personas trans tiene un reconocimiento normativo que alcanza a personas mayores y menores de edad que la define como un derecho humano, es decir como uno de los derechos inherentes a las personas por el solo hecho de ser personas.

El ejercicio del derecho a la identidad de género al amparo de la legislación argentina tiene un contenido ciudadano y político al mismo tiempo su reconocimiento alcanza a la vivencia individual e interna tal como cada persona la siente, en este sentido la vivencia y percepción no resulta igual para todas las personas, sino que de hecho existen múltiples formas de percibir-se, sentir y expresar la identidad de género.

La identificación de género no se limita al reconocimiento de los atributos naturales, sino que reconoce influencias de orden familiar, social y cultural, en este sentido las conductas de los individuos actúan el género de acuerdo con una repetición de actos y conductas (Butler, 2002) que expresan significados los cuales se encarnan la subjetividad y en las vivencias corporales.

Resulta fundamental la aparición de una variante histórica en la consideración de la transexualidad que vivencian niños y niñas contemporáneos dentro de las familias.

Las historias de vida que me fueron confiadas por lxs niñxs y sus familias relevadas para este trabajo manifiestan que la documentación oficial –expresión pública de la vida privada– no resulta prioritaria ni para lxs niñxs ni para las familias, sino que las necesidades alcanzan a la educación, la salud, la discriminación, el miedo a la hostilidad, la aceptación de sus pares.

Como tecnología del complejo jurídico-legal del Estado, la ley argentina de identidad de género ofrece una vía administrativa relativamente rápida, y vincula a la rectificación registral de sexo y nombre de pila (trámite de Registro Civil) con la expedición de un nuevo DNI con los datos de la partida de nacimiento rectificadas (trámite de RENAPER).

Este circuito integra la democratización de las tecnologías estatales (Dellacasa, 2018) que permite el empoderamiento de lxs ciudadanxs –tanto mayores como menores de edad–, dentro de una lógica en la cual el poder está en el individuo que interpela al Estado por el reconocimiento de los derechos de género.

Junto a otras leyes de ampliación de ciudadanía tales como la divorcio vincular, de unión civil, de matrimonio igualitario, de protección integral a la mujer, de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de tipificación del delito de femicidio, de acceso integral a las técnicas de reproducción humana médicamente asistida, la ley de identidad de género integra un complejo normativo que es el resultado de un proceso histórico que reconoce tensiones entre los límites del derecho positivo y las construcciones culturales entretejidas

en términos económicos, jurídicos, raciales, religiosos, familiares y políticos (Leanza, 2016).

El cruce de la visión desde el derecho con la mirada de la Antropología descubre que las personas que recurren a su rectificación registral de sexo y nombre, expresan historias particulares que tienen en común la discordancia entre el sexo asignado al nacer, y el que realmente perciben como “vivido”.

En el abordaje de las biografías que he relatado, esta legislación llegó para resolver una necesidad concreta de los individuos y de los colectivos en el reconocimiento de derechos donde existe una necesidad, pero al mismo tiempo sabemos que la categorización binaria se mantiene en la norma dejando fuera a otras identidades de género disidentes.

Referencias bibliográficas

- Bourdieu, P. (2014). *¿Qué significa hablar?*, Buenos Aires, Akal.
- Bourdieu, P. (2015). *El sentido práctico*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Bourdieu, P. (1993). “Espíritus de Estado - Génesis y Estructura del Campo Burocrático”, en *Actes de Recherche en Sciences Sociales* N° 96/97, recuperado de: www.politica.com.ar/Filosofia_politica/Espiritus_de_Estado_Bourdieu.htm
- Bourdieu, P. (2007). *La dominación masculina*, Colección Argumentos, Barcelona, Anagrama.
- Bourdieu, P., y Wacquant, L. (2008). *Una invitación a la sociología reflexiva*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Boy, M., Rodríguez, M. F., y Dellacasa, M. A. (compiladorxs) (2018). Instituto de Estudios Sociales en Contextos de Desigualdades (IESCODE), *Experiencias travestis y trans, Diálogos entre la organización colectiva, el territorio y la universidad*, José C. Paz, EDUNPAZ, Editorial Universitaria.
- Butler, J. (2002). *Cuerpos que Importan-Sobre los Límites Materiales y Discursivos del Sexo*, Buenos Aires/Barcelona/México, Paidós.
- Ceres, V. (2015). “El sufrimiento Social: y la Corporificación del Mundo: Indígenas en el Sur de Brasil”, Recuperado de: antropologia.institutos.filo.uba.ar/sites/antropologia...filo.../ceresVictoria_2015.pdf.
- Dellacasa, M. A. (2018). “Carne única, nueva carne: cuerpo y democratización de tecnologías biomédicas de transformación corporal para personas trans en el actual escenario argentino”, *Revista Physis, Revista de Saude Coletiva*, Río de Janeiro, Brasil, Vol. 28 N° 4, ISSN 1809-4481. (En prensa).
- Duranti, R. (2013). “De la Ley a la Práctica – Conceptos desde un Paradigma Igualitario” *Cuadernillo de diversidad sexual*, Min. De Desarrollo Social, Pres. de la Nación, Buenos Aires.
- Favilli, E. y Cavallo, F. (2017). *Cuentos de buenas noches para niñas rebeldes*, México, Planeta Mexicana.
- Fernández Sessarego, C. (2004). *Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: Un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI*, Buenos Aires, ed. Astrea.
- Foucault, M. (1997). *Historia de la Sexualidad. La Voluntad de Saber*, México/Madrid, Siglo XXI editores.
- Foucault, M. (1992). *Microfísica del Poder*, Madrid, Ediciones de La Piqueta.

- Foucault, M. (2007). *Nacimiento de la Biopolítica*, Curso en el College de France 1978/79, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2008). *Tecnologías del Yo*, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós.
- Franklin, S. (1995). "Postmodern Procreation: A Cultural Account of Assisted Reproduction", en *Conceiving the New Order-The Global Politics of Reproduction*, ed. por Ginsburg y Rapp, Berkeley-Los Ángeles-Londres, University of California Press.
- Guber, R. (2004). *El Salvaje Metropolitano (Reconstrucción del Conocimiento Social en el Trabajo de Campo)*, Buenos Aires/Barcelona/México, Paidós.
- Haraway, D. (1991). *Ciencia, Cyborgs y mujeres. La reinención de la Naturaleza*, Valencia, Ed. Cátedra, Universitat de Valencia.
- Helien, A. y Piotto, A. (2012). *Cuerpos equivocados. Hacia la comprensión de la diversidad sexual*, Buenos Aires, Paidós.
- Hester, H. (2018). *Xenofeminismo-Tecnologías de Género y Políticas de Reproducción*, Buenos Aires, Caja Negra.
- Lamas, M. (2000). "Diferencias de sexo, género y diferencia sexual", *Cuiculco Nueva Época*, volumen 7, N° 18, México, enero-abril.
- Leanza, J. C. (2016). "Identidad de Género: la Política en la Vida Cotidiana-Representaciones y Significados", recuperado de <http://antropologia.filo.uba.ar/sites/antropologia.filo.uba.ar/files/documentos/Leanza%20-%20Tesis.pdf>.
- Leanza, J. C. (2018): "Niñez identidad de género y políticas públicas. 5tas Jornadas de Estudios sobre la Infancia, Buenos Aires, recuperado de <https://www.aacademica.org/5jornadasinfancia/31>
- Levi Strauss, C. (1985). *Las estructuras elementales del parentesco*, Barcelona, Planeta-Agostini.
- Mansilla, G. (2014). *Yo Nena, Yo Princesa - Luana, la Niña que Eligió su Propio Nombre*, Buenos Aires, Ed. UNGS.
- Marx, K. 1845). "Tesis Sobre Feuerbach, Bruselas, Recuperado de: <http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/Ci%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/Karl%20Marx/Tesis%20sobre%20Feuerbach.pdf>
- Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación, Dirección de sida y ETS, "Homos y Travestis – Algunas cuestiones para mejorar la respuesta desde el sector salud", V-, julio de 2011.

- Pais Andrade, M. A. (2011). *Cultura, Juventud, Identidad: una mirada socioantropológica del Programa Cultural en Barrios*, Buenos Aires: Estudios Sociológicos Editora.
- Rappaport, R. (2001). *Ritual y Religión en la Formación de la Humanidad*, Madrid, Cambridge, University Press.
- Rockwell, E. (2009). *La Experiencia Etnográfica-Historia y Cultura en los procesos educativos*, Buenos Aires, Paidós.
- Rose, N. (2012). *Políticas de Vida, Biomedicina, Poder y Subjetividad en el Siglo XXI*, La Plata, UNIPE.
- Sabsay, L. (2011). *Fronteras Sexuales. Espacio urbano, cuerpos y ciudadanía*, Buenos Aires, Paidós.
- Strathern, M. (1992). *After Nature: English kinship in the late twentieth century*, Cambridge, University Press.
- Turner, V. (1988). *El Proceso Ritual-Estructura y Antiestructura*, Madrid, Taurus.
- Weber, M. (1918). “El Político y el Científico- La Política como Vocación”, Documento preparado por el Programa de Redes Informáticas y Productivas de la Universidad Nacional de General San Martín (UNSAM), recuperado de <http://www.bibliotecabasica.com.ar>.
- Wittig, M. (2006). *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*, Barcelona, Egales.

Normativa citada

- Ley de Identidad de Género N° 26743, sancionada el 9 de mayo de 2012, promulgada el 23 de mayo de 2012, Recuperada de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>.
- Ley 26.994, Código Civil y Comercial, sancionado el 1º de octubre de 2014, Promulgada el 7 de octubre de 2014, Recuperada de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>.
- Ley 26.061 sancionada el Sancionada el 28 de septiembre 28 2005, Promulgada el 21 de octubre 21 de 2005, Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>
- Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones, 10ª Reunión, 7ma Sesión Ordinaria (Especial), nov. 30 de 2011, Período 129, recuperado de https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_24001_27000.html

¿Quiénes son las X? Identidades no binarias a la luz de la ley Identidad de Género

Matías Ezequiel Leiría¹

Introducción

El derecho de familia se encuentra en constante movimiento. Es quizá una de las ramas del derecho que más cambios ha experimentado y sigue experimentando. Tantas han sido las modificaciones que, incluso, se ha producido un cambio de denominación. En la actualidad, ya no se habla de derecho de familia, sino de derecho de las familias. El uso del plural obedece a que la mirada ya no se posa sobre la familia como institución, sino que la mirada se ha puesto en las personas que conforman las distintas unidades familiares. Como sostiene Néstor Solari “en el derecho de las familias quedan comprendidas formas de familias diversas, no habiendo una modalidad impuesta por el ordenamiento jurídico (...) sino coexistiendo con otros modelos sociales-familiares, reconocidos y protegidos por el derecho”².

No hablar de familia y empezar a hablar de familias no ha sido instantáneo. Fue necesario salirse del molde y empezar a ver la realidad. Una realidad que las leyes no contemplaban y que era parte de nuestra sociedad. Eso se logró con la

¹ Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires, Especialista en Derecho de Familia (UBA) y Estudiante de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

² Solari, Néstor, “Derecho de las familias”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La ley, 2015, p.5.

sanción de leyes como la de Matrimonio Igualitario, Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida e Identidad de Género, con las cuales se pudo acceder a una familia plural.

El hecho de enfocarse en las personas y no en las instituciones es sinónimo de reconocer que los seres humanos son fines en sí mismos y no medios para lograr un fin ulterior. Ahora bien, para que ello ocurra las personas deben sentirse integras y ello se logra cuando se sienten plenas. Tal plenitud solamente se puede alcanzar con el reconocimiento máximo de los derechos, principalmente en lo que hace al derecho a la igualdad.

Dicho reconocimiento solo es posible si se respeta la identidad de las personas. Entendida esta no solo por el nombre u origen, sino también a los géneros. Aquí, masculino y femenino son los extremos de esta percepción. Entonces, cabe preguntarse, ¿puede haber más realidades?

No debemos pasar por alto que “si asumimos que cada ser humano es único e irrepetible, la identidad es la condición de nuestra particularidad, de nuestro ser concreto en el mundo”³. Por ello, propongo analizar aquellas identidades que no se identifican con los extremos, con miras a que dejen de ser simples letras como en el decreto presidencial 476/2021 y sean reconocidas como personas.

Cuestión previa y de especial pronunciamiento. Identidad de género

Si bien la ley de identidad de género tiene ya 10 años de vigencia, está cada vez más presente en nuestra sociedad. Esto se debe principalmente a que el género o mejor dicho los géneros han de depender de cada persona. Afirmar que el género está ligado al sexo con el cual uno nace es un error. El género es una construcción social que se va afirmando y reafirmando con el correr del tiempo y el obrar de las personas. El género se construye con los actos de la vida cotidiana que van delineando la femineidad, la masculinidad e incluso toda la gama de realidades que hay entre los polos identitarios. Es por ello, que la ley de identidad de género

³ Louzada, Ana., “Multiparentalidad. Filiación y multiparentalidad”, RDF, Buenos Aires: Thomson Reuters, 2015, Cita online: TR LALEY AR/DOC/5142/2015, p.1.

habla de vivencia interna e individual que puede o no corresponderse con el sexo asignado al nacer. Esto se traduce en que el género es una expresión de uno y como uno se siente, con prescindencia de lo que los demás consideren. El cuerpo no debería condicionar el desarrollo de una o uno con persona. El género es claramente una construcción social y como sostiene Paula Viturro, “(...) no sería más que los atributos culturales asociados a los sexos”⁴.

El hecho de que el género sea una construcción social y cultural, trae aparejado la existencia de distintas definiciones de género o mejor dicho concepciones de género. Debemos tener en cuenta, que el género como construcción va por un lado mientras que el sexo va por el otro. Entender al género como una construcción social permite salirse de la naturalización y contextualizarlo en discursos políticos.

Esta conceptualización, ha permitido ubicar las discusiones entorno a los roles, los estereotipos y las distinciones en torno los derechos de los hombres y las mujeres en el campo político, logrando disociar el género del sexo. Sin embargo, nuestra concepción de género, cabiendo aclarar que han de existir un sin número de ellas por cuantas personas hay, condiciona los cursos de acción para establecer normas en torno a la identidad de género y en torno a cómo entender esta. Este condicionamiento hace que el género se encuentre sujeto a lo que nosotros entendemos como género.

Por otro lado, si uno sigue las teorías feministas postestructuralistas, de las que Judith Butler es una exponente con su teoría de la performatividad, el sexo como dato biológico es una ficción. No existe algo así como un sexo natural para un género social. Esto obedece a que el sexo que se asigna al nacer está mediado por la observación de un médico o médica o de un sistema social que le aplica a ese cuerpo una determinada mirada acerca de las características sexuales que tienen los cuerpos.

En ese sentido, lo biológico del sexo es una interpretación socio cultural que hace la medicina sobre nuestras corporalidades. La ley de identidad de género al

⁴ Viturro, Paula. “Constancias”. Artículo publicado en Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica, Christian Courtis (comp.), Trotta, Madrid, 2006; y en Revista Academia (Dossier Genero), año 3, n° 6, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho/UBA, Buenos Aires, primavera 2006.

referirse al sexo asignado al nacer pone en evidencia ese tratamiento discursivo que se realiza sobre nuestros cuerpos y nuestras características sexuales. Esto no quiere decir que el discurso médico cree la diferencia física de los cuerpos, sino que el discurso médico predica sobre esas características físicas, definiciones que luego serán vistas como naturales y dadas y adquirirán un sentido en la vida en sociedad. No hay indicadores físicos de nuestros cuerpos que estén exentos de la lectura social. Todo señalamiento de nuestros cuerpos y que se asocian a lo masculino o a lo femenino en rigor no es natural, es social. Por eso no hay sexos naturales y géneros sociales. Tanto el sexo como el género son construcciones sociales destinadas a naturalizar la diferencia entre varones y mujeres.

Judith Butler relaciona la performatividad del género con la repetición. Para ella, el género no es una verdad incuestionable, sino que, por el contrario, hablar de género es hablar de un fenómeno que se produce y reproduce en el tiempo. Para ella, decir que el género es performativo, quiere decir que nadie nace con un género, sino que este se da como consecuencia de la realización de los llamados actos de género, mediante los cuales se va perfilando el "carácter de hombre" o el "carácter de mujer" o mejor dicho la femineidad y la masculinidad o incluso de aquellas personas que no se identifican ni con lo masculino ni con lo femenino.

Entender de esta forma la performatividad del género implica que la identidad de género no es preexistente, sino que se va construyendo con el correr de la reproducción de esos actos que hacen al género. En palabras de Judith Butler "Si el género es performativo, entonces se deduce que la realidad del género misma está producida como un efecto de la actuación de género (...)"⁵. Judith Butler considera que el sexo es una ficción que utiliza el género para encasillar a las personas. Para ella, el género es performativo por cuanto género y sexo pueden ser iguales.

Género e identidad de género son conceptos que necesariamente van de la mano. Es necesario que se hable de género para poder hablar de identidad de género. Sin uno, no podría existir el otro. Pero por sobre todas las cosas, la

⁵ Butler, Judith., "Deshacer el género", Editorial Paidós, 2004, p. 308 disponible en: [deshacer_genero.pdf\(uba.ar\)](http://deshacer_genero.pdf(uba.ar))

identidad de género es un derecho, no solo consagrado a nivel nacional sino también que se encuentra reconocido universalmente. Es un derecho que poseen todas las personas con independencia de su edad y cuyo ejercicio no ha de depender de ningún tratamiento médico y/o psicológico. Con acierto, la ley de identidad de género ha dejado de lado el modelo despatologizador dando paso a un modelo de autopercepción, que permite el real desarrollo de la identidad de género como derecho, por cuanto no se encuentra condicionado.

La identidad de género como derecho debe ser respetada tanto en personas adultas como en niños, por cuanto se encuentra ligada a otros derechos que son inherentes a las personas. Entre ellos, podemos destacar el derecho a la vida, el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la integridad física, el derecho a la identidad propiamente dicho y el derecho al reconocimiento de la personería jurídica, entre otros.

En primer lugar, el derecho a la vida trae aparejado la obligación de los Estados de respetar el derecho a la vida. Este derecho a la vida se encuentra consagrado dentro del Sistema Universal de Derechos Humanos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, específicamente en el artículo 3 de dicho instrumento, que establece que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Asimismo, también se haya consagrado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, en lo que a los niños se refiere, el respeto a la vida se haya consagrado en el artículo 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otro lado, en el plano regional de los Derechos Humanos, esta obligación de respetar la vida de las personas y por ende de los niños, encuentra su anclaje en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre. Ahora bien, en lo que hace a identidad de género propiamente dicho, este derecho encuentra su reconocimiento en un instrumento de *soft law* como ser los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, propiamente en el Principio 4 que establece que “toda persona tiene derecho a la vida. Ninguna persona será privada de la vida arbitrariamente por ningún motivo, incluyendo la referencia a consideraciones acerca de su orientación sexual o identidad de género. A nadie se le impondrá la pena de muerte por actividades sexuales realizadas de mutuo acuerdo entre personas que sean mayores de la edad a partir

de la cual se considera válido el consentimiento, o por su orientación sexual o identidad de género”⁶.

Otro de los derechos que hace, a la Identidad de Género, es el derecho a la igualdad y no discriminación. Este derecho y por tal la obligación estatal de respetar el presente derecho, es clave en lo que en materia de Orientación Sexual e Identidad de Género se refiere ya que muchas veces las personas son discriminadas por sus preferencias sexuales o por no encontrarse representados por las categorías de género femenino o masculino. El derecho a la Igualdad y por ende la No Discriminación, se encuentra consagrado en distintos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como ser la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1 y 26). Además, encuentra su reconocimiento en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estando consagrado en el artículo 2 de dicho instrumento. Al respecto, en la Observación General N° 18 del Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales se estableció que cuando el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace alusión al “sexo” este incluye la orientación sexual. Otro de los instrumentos internacionales donde está consagrado este derecho a la igualdad y la no discriminación es en La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en el plano universal de los Derechos Humanos, mientras que a nivel regional se encuentra en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer también conocida como “Convención de Belem do para”, ya que ambos instrumentos bregan por la igualdad entre la mujer y el hombre. En materia de niñez y adolescencia es nuevamente la Convención sobre los Derechos del Niño la que consagra este derecho en su artículo 2. Dicho derecho se vio reforzado por las observaciones generales del Comité de Derechos del Niño, N° 3, 13 y 14.

En lo que a este respecta, en materia de Igualdad Sexual e Identidad de Género, son nuevamente los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, propiamente en el Principio 2, los que consagran este derecho.

⁶ Principio 4 de Yogyakarta disponible en principios_de_yogyakarta.pdf (jusbaire.gob.ar)

Cabe aclarar que este derecho tiene incorporado el derecho al respeto por la vida privada que fue señalado en el fallo del Comité de Derechos Humanos “Toonen” y que se contempla en los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, puntualmente en el principio 6 o derecho a la privacidad.

En tercer lugar, pero no por ello menos importante, se encuentra la obligación estatal de proteger la integridad física de las personas. Como consecuencia de esto, surge la prohibición de la tortura. En la Observación General N° 2 del Comité contra la Tortura se estableció la obligación de los Estados de proteger a las personas con prescindencia de su orientación sexual. En materia de niñez y adolescencia, este derecho a la protección de la integridad física, se encuentra contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente en el artículo 19. Al respecto cabe mencionar la Observación General N° 20, la cual en su párrafo 34 establece que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente (...)”⁷. Esta obligación de respetar la integridad física de los niños guarda relación con los estándares internacionales en materia de identidad de género en niñas, niños y adolescentes, ya que muchas veces pueden verse forzados a someterse a tratamientos invasivos que ponen en riesgo su salud tanto física como moral con el fin de “curar las desviaciones”. En este sentido es que se han expedido los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género en el principio 10, es decir el derecho de toda persona a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes y 32, es decir el derecho a la integridad corporal y mental.

Seguidamente, respetar la identidad de género es sinónimo de respetar a la identidad de las personas. Como bien se sabe, la identidad no es un concepto rígido, sino que es mutable ya que este depende de la persona y no puede ser impuesto por los demás. Dentro de este derecho a la identidad, está implícito el derecho a la identidad de género. Si bien es cierto que los instrumentos internacionales que protegen el derecho a la identidad (Declaración Universal de

⁷ Observación General 20 Comité de Derechos del Niño disponible en CRC/C/GC/20 (un.org).

los Derechos Humanos en sus artículos 6 y 15; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 16, 17 y 24; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 3, 18 y 20; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 9; Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 7 y 8 y Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, artículos 17 y 19), no hablan de identidad de género, esta puede incluirse en el vocablo “cualquier otra condición social” empleado por dichos instrumentos. Al respecto cabe agregar que el respeto a la intimidad también se encuentra reforzado por lo resuelto en el caso “Atala Riffo vs. Chile” y por la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, que, si bien aún no está en vigencia, ha sido ratificada por nuestro país y que contempla a la identidad de género como categoría protegida.

Finalmente, considero que el mayor de los respetos por la identidad de género se si se respetan los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, pero por sobre todas las cosas el principio 3 o también denominado “Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica” reforzado por el principio 31 de los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género plus 10 o “Derecho al Reconocimiento Legal”. Estos derechos que se consagran en instrumentos de *soft law*, son vitales ya que contemplan la obligación estatal de arbitrar las medidas tanto administrativas, como legislativas y judiciales para que las personas que no se identifican con el género asignado al nacer ni con cualquier otro, puedan acceder a un nombre, y a la documentación registral que refleje su identidad percibida, ya que de otra forma se los estaría visibilizando y por ende discriminando, en clara violación al estándar de igualdad y no discriminación ya señalado.

Con el respeto de estos derechos que hacen a la identidad de género es que se respeta a la persona como tal. No debemos olvidar que las personas somos seres sociables que desempeñamos nuestra vida en el marco de una sociedad, por ende, si nos vemos afectados en nuestros derechos, nos sentiremos fuera de esa sociedad a la cual supuestamente pertenecemos. No respetar el derecho a la identidad de género autopercebida es no respetar el plan de vida de una persona y como consecuencia, es una violación a la vida privada de las personas consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Si bien la ley de identidad de género no fue pensada en términos binarios, lo cierto es que, durante estos 10 años de vigencia, su aplicación fue mayormente entre los polos identitarios, es decir resignificaciones de género entre quienes se autopercibían con el género opuesto del impuesto al nacer ya que “la estructura registral argentina, en sus dos subsistemas provincial y federal, se ha construido sobre la base de una clasificación tradicional del sexo/género binaria –femenino/masculino– que se le asigna al momento del nacimiento a partir de un examen físico”⁸. Esto trae aparejado que se dé una suerte de vulneración de derechos para aquellas personas que no se identifican ni con la feminidad ni con la masculinidad, sino que por el contrario están insertas en el medio de dichos extremos, por cuanto han tenido que recurrir a la justicia para ver satisfechos sus derechos. Un claro ejemplo de esto se da en los autos “S.B., S.L C/ Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Amparo, expte. 19760/2019 en trámite por ante el Juzgado Familia y Minoridad de la Ciudad de Ushuaia, Provincia de Tierra del Fuego donde una persona que no se identificaba ni con el género masculino ni con el género femenino tuvo que recurrir a la justicia por vía de amparo ante la denegación del Registro Civil de consignar en su partida de nacimiento su identidad “no binaria” cuando había solicitado dicha modificación en los términos de la ley de identidad de género.

Así las cosas, si uno relee la ley de identidad de género a la luz del paradigma constitucional y convencional que rige en nuestro país desde la reforma constitucional de 1994, advierte claramente que “la interpretación más acorde es aquella que sostiene que la ley 26.743 no se enrola en la lógica binaria, sino por el contrario, también reconoce el cambio de género en clave no binaria sobre la base de la identidad de cada persona autopercebida”⁹. No debemos olvidar que la identidad de género autopercebida implica también que se expidan los instrumentos estatales que dan cuenta de esa identidad, es decir la correspondiente partida de nacimiento y el documento nacional de identidad que refleje esa realidad. Por ende, el decreto presidencial que abordaremos en el acápite siguiente, viene a

⁸ HERRERA, Marisa y otra., “El derecho a la identificación de las personas no binarias – Cumplir una deuda pendiente”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2021 Cita online: RC D 498/2021, p.2.

⁹ Ídem Ibidem.

significar un avance y una ampliación de los derechos de aquellas personas que no se identifican ni con la feminidad ni con la masculinidad y que contribuye a que estas vivan en plenitud su identidad de género.

Decreto presidencial 476/2021

Con la entrada en vigencia del Decreto presidencial 476/2021 se abre en nuestro país una nueva era. A partir de este se incluye dentro de los documentos nacionales de identidad y en los pasaportes la “X” para identificar a aquellas personas que, valga la redundancia, no se identifican ni con el género masculino ni con el género femenino. Específicamente en el artículo 4 del presente decreto se establece “que la nomenclatura ‘X’ en el campo ‘sexo’ comprenderá las siguientes acepciones: no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercebida, no consignada; u otra acepción con la que pudiera identificarse la persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino/femenino”.

Si bien pareciera ser que el uso de la “X” abarca muchas realidades, lo cierto es que, si uno analiza el artículo en cuestión, este guarda relación con los instrumentos de derechos humanos que contienen cláusulas abiertas con el fin de perdurar en el tiempo. La intención del presente decreto es perdurar en el tiempo y ser aplicable también a las generaciones venideras, por ende, es que no se limita a un número cerrado de acepciones, ya que en el futuro nos encontraríamos ante el mismo problema que teníamos hasta antes de la entrada en vigencia del presente decreto, es decir no identificarse con el binomio femenino-masculino.

Entiende Luciana García Cáneva¹⁰ que la categoría no binaria no implica el simple reconocimiento de la identidad de género en el documento nacional de identidad o pasaporte, sino que abre las puertas a una nueva composición social y para que dichas personas realmente formen parte de la sociedad es necesario dotarlas de herramientas a dicho fin, extremo que con el decreto presidencial no se da. Si bien ello es cierto, no es menos cierto que el decreto presidencial abre la puerta

¹⁰ GARCIA CÁNEVA, Luciana., *Identidad no binaria y sus efectos en el derecho penal*, ADLA, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2022, Cita online: TR LALEY AR/DOC/308/2022.

para que el colectivo de personas cuya identidad de género autopercebida no es ni masculina ni femenina empiece a ver la luz y sea reconocido socialmente. Luego vendrá adecuar la legislación a esta nueva realidad, pero vayamos paso a paso.

No se me escapa que dentro del movimiento LGTBIQ+ se engloban personas que tranquilamente pueden formar parte de este espectro social, sin embargo, no necesariamente ello es así. Por lo cual como enseña Néstor Solari “el Estado en su calidad de garante de la pluralidad de derechos, debe respetar y garantizar la coexistencia de individuos de distintas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, para lo cual debe asegurar que todas puedan vivir y desarrollarse con dignidad y el mismo respeto que todas las personas”¹¹. No existe a mi entender mejor manera que respetar la dignidad de las personas que reflejar su realidad en el instrumento máximo que se usa en nuestro país para identificar a una persona, como es el documento nacional de identidad porque si bien también contamos con la partida de nacimiento, esta no es un documento que se use en la vida cotidiana. No debemos olvidar que el género y la identidad de género se construyen día a día.

Es cierto que el decreto presidencial trae más preguntas que respuestas, pero si responde a una pregunta clave. ¿Qué sociedad queremos ser? Si queremos ser una sociedad que refleje todas las realidades, el decreto es la primera letra de una historia que aún está por escribirse, si no, no es más que un mero intento de lograr una utopía.

Identidades no binarias

Nos propusimos en el presente trabajo analizar aquellas realidades que se ubican entre lo femenino y lo masculino, es decir aquellas identidades que no responden a los cánones clásicos de los géneros con el fin de que dejen de ser una letra como se las consigna en el decreto presidencial 476/2021 y se conviertan en realidad. Sin embargo, estas ya son una realidad. Es innegable que nuestra sociedad ahora se compone de al menos tres espectros sociales. Aquellas identificadas con lo

¹¹ SOLARI, Néstor., Identidades no binarias. Inédito, 2022.

femenino, aquellas que responden a los estándares de la masculinidad y aquellas que no responden a ninguno de ellos, es decir quienes no buscan encasillarse en los polos sino vivir su vida como mejor se sientan.

Si bien es cierto que la identidad de una persona conlleva un sinnúmero de aspectos tanto rígidos como mutables, en el caso de las personas cuya identidad es no binaria, la identidad dinámica juega un rol clave. Esta identidad dinámica esta signada por el día a día, es la que estructura la biografía existencial de las personas, entonces es esta la que debe predominar por encima de la llamada identidad estática, la cual guarda mayor relación con los genes o con el aspecto físico de una persona. No debemos olvidar que uno va delineando su identidad de género con el paso del tiempo.

Con esto no quiero decir que la identidad dinámica sea más importante que la estática. Ambas están en pie de igualdad sin duda, sin embargo, frente a situaciones donde ambas entran en pugna, considero que es más beneficioso para la persona, que sea la identidad dinámica la que predomine. Esto es lo que a mi criterio ocurre en el caso de las identidades no binarias por cuanto vivir una identidad, no depende del aspecto físico o de los genes de una persona, sino que, por el contrario, considerar que uno no se identifica ni con los estándares de lo masculino ni lo femenino, guarda mayor relación con la vivencia personal de cada persona y como es que esta persona va delineando su vida con el correr de los días. Podemos decir que la identidad de género de aquellos que responden al binarismo en general, y respecto de aquellas personas que se consideran no binarias en particular es un ingrediente de esa biografía que es nuestra vida.

La identidad de género de conformidad con la letra y espíritu de la ley de identidad de género vigente en nuestro país ya no se encuentra subsumida en el universo del binarismo, toda vez que el binarismo ya no consagra el universo de posibilidades en torno a la identidad de género. El reconocimiento de las identidades no binarias, nos hace pensar que otro universo es posible. Como sostiene Néstor Solari “una sociedad democrática requiere aceptar e incluir a distintas expresiones de la identidad del sujeto de conformidad con su autopercepción”¹².

¹² Ídem Ibidem.

Breves palabras de cierre

Si bien hace 10 años que la ley de identidad de género forma parte de nuestro plexo normativo, recién ahora estamos asistiendo a su verdadera finalidad. La identidad de género no es solo identificarse con lo masculino o con lo femenino, es también todo ese amplio abanico de realidades que no encajan en los polos.

Así como la luz en si se compone de varios colores, la identidad de género se compone de personas y las personas no binarias, no son la excepción, Como sostenía Eleonora Lamm “hay tantos géneros como identidades, y por ende tantas identidades como personas”¹³.

¹³ LAMM, Eleonora.,” Autonomía, Cuerpo e identidades. ¿Incorporar un tercer sexo o eliminarlos todos?”, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, núm. 85, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2018, p.19.

Bibliografía

- Baum, É. (07/09/2021). To queer or not to queer. Análisis jurisprudencial sobre reasignación de sexo, DFyP, Buenos Aires: Thomson Reuters. Cita online: AR/DOC/2409/2021.
- Chechile, A. (2022). La ley de Identidad de Género. Breves reflexiones a diez años de su sanción, La ley, Buenos Aires: Thomson Reuters. Cita online: TR LALEY AR/DOC/1651/2022.
- Curti, P. (07/09/2021). Géneros y diversidades en las redes sociales, RDF, Buenos Aires: Thomson Reuters. Cita online: TR LALEY/ARDOC/2187/2021.
- Fernández Valle, M. (2018). La Protección contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Revista Jurídica de Buenos Aires, Año 43, Núm. 97, disponible en (PDF) La protección contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana | Mariano Fernández Valle - Academia.edu
- García Cánova, L. (2022). Identidad no binaria y sus efectos en el derecho penal, ADLA, Buenos Aires: Thomson Reuters. Cita online: TR LALEY AR/DOC/308/2022.
- Gil Domínguez, A. (2014). La voluntad procreacional con derecho y orden simbólico. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Gil Domínguez, A. (2015). El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Giosa, L. y col. (2018). Género e identidad de género. Regulación y perspectivas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.
- Herrera, M. (2021). Pluralismo identitario: Avances y desafíos de las personas no binarias. Practica de las relaciones de familia y sucesiones a un lustro del código civil y comercial, Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Herrera, M. y col. (2021). El derecho a la identificación de las personas no binarias – Cumplir una deuda pendiente, Santa Fe: Rubinzal Culzoni. Cita online: RC D 498/2021.
- Solari, N. (2022). Identidades no binarias. Inédito.
- Vieites, M. (31/10/2021). Infancias Trans: Autodeterminación, derechos y vulnerabilidades. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Cita online: MJ-DOC-16240-AR.

Vitolo, D. (25/08/2021). El sexo “x”. Una incógnita que genera más incógnitas, La Ley, Buenos Aires: Thomson Reuters. Cita online: AR/DOC/2349/2021.

Legislación Nacional

Ley 26. 743 disponible en InfoLEG - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas
- Argentina

Decreto 476/2021 disponible en InfoLEG - Ministerio de Justicia y Derechos
Humanos - Argentina

Jurisprudencia Nacional

S.B., S.L.C/ Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Amparo, expte
19760/2019. Cita online: RC J 13242/19.

Instrumentos Internacionales

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 24/17 disponible
en seriea_24_esp.pdf (corteidh.or.cr)

Principios de Yogyakarta disponibles en principios_de_yogyakarta.pdf
(jusbares.gob.ar)

Regulación normativa de la adopción homoparental en Ecuador frente al derecho de los NNA a tener una familia e interés superior del niño

*Iliana López Ruiz*¹
*Francisco Burbano Bolaños*²

Introducción

En la actualidad hablar de adopción en familias homoparentales continúa siendo un tema polémico desde el punto de vista social y jurídico. La sociedad ecuatoriana ha tenido que asimilar ciertos cambios, como el que se gestó en el 2019 con la regulación del matrimonio civil igualitario. Mismo que fue aprobado en el Ecuador a través de las Sentencias 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19 respecto de la

¹ MSc en Derecho Constitucional por la Universidad de Otavalo-Ecuador. Abogada por la Universidad “Oscar Lucero”, Holguín, Cuba. Delegada por la Unión Nacional de Juristas de la República de Cuba en la Universidad Comenius de la de Bratislava, Eslovaquia para el entrenamiento legal en temas de Sociedad Civil y Derechos Humanos. Investigadora independiente y autora de artículos científicos y capítulos de libros en materia de Derecho Constitucional y derechos humanos.

² Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República en la Universidad Central del Ecuador, Especialista Superior y Magister en Derecho de la Empresa en la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador. Docente tiempo completo y coordinador académico de la carrera de derecho de la Universidad de Otavalo.

Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde por primera vez era reconocido el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio civil. Sin embargo, todavía en lo referente a la adopción aún no encuentra cavidad dentro de este debate, lo que es comprensible si se tiene en consideración que la Corte Constitucional resolvió con estas sentencias el asunto puesto a su consideración, que en este caso era la posibilidad de contraer matrimonio para las parejas del mismo sexo, y no la posibilidad de acceder a la adopción.

El candado constitucional que se establece en el artículo 68 de la Constitución ecuatoriana, referente al acceso a la adopción en parejas del mismo sexo es una problemática bastante compleja y será la base de este estudio. Sobre todo, se analiza cómo esta restricción constitucional irradia y afecta de manera directa a derechos constitucionales como el de igualdad y no discriminación, e incide también en el principio de interés superior del niño, específicamente en su derecho constitucional a tener y formar parte de una familia. Es por ello que el contexto de estudio es precisamente el artículo 68 de la Constitución ecuatoriana del 2008, así mismo como esta restricción es reproducida en otros instrumentos normativos como el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 153 numeral 3 y 159 numeral 6. Es así como el análisis de estos cuerpos legales permitirá desarrollar el objetivo fundamental de este artículo, mismo que se centra en analizar cómo se manifiesta esta restricción normativa en materia de adopción homoparental y su influencia en la vulneración de derechos constitucionales.

Este estudio resulta relevante, pues en el Ecuador no existe desarrollo normativo ni jurisprudencial respecto de la adopción en familias homoparentales. De igual la investigación tiene como propósito establecer un análisis basado en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, dados por la propia Corte Constitucional ecuatoriana, que permiten determinar si se trata de una norma discriminatoria con respecto a las parejas del mismo sexo en materia de adopción, pues si bien es cierto, la Constitución de Montecristi reconoce los diferentes tipos de familias, incluida la familia homoparental, sin embargo, no le otorga un trato igualitario a estas. En este sentido hace distinciones con respecto al acceso a la institución jurídica de adopción y esto conlleva a que dicha restricción nazca desde la propia norma constitucional.

El derecho constitucional de niños, niñas y adolescentes a tener una familia

Cuando se habla de derechos de los niños, niñas y adolescentes, se debe indicar que estos no siempre fueron vistos como sujetos de derechos. El reconocimiento casi universal de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en el año 1989, tiene un significado revelador, esperanzador y novedoso con respecto a la consideración o la apreciación jurídica del niño. Esta Convención simboliza la consagración y materialización de un cambio radical en la manera de ver a los niños, niñas y adolescentes dentro de la sociedad y en los sistemas jurídicos.

Desde estos años ya se reconoce el papel de la familia para la formación y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes como el núcleo esencial dentro de la sociedad. La Constitución ecuatoriana (2008) no ha estado ajena a estas directrices de organismos internacionales, es por lo que, protege a los niños niñas y adolescentes como un grupo de atención prioritaria y por ende en situación de vulnerabilidad, así lo indica en su artículo 35 estableciendo que:

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado (...) (Constitución del Ecuador, 2008)

De acuerdo con este precepto legal de la Constitución de la República del Ecuador los niños, niñas y adolescentes son grupos vulnerables, que por consiguiente requieren una especial atención y cuidado por parte del Estado a través de elementos sociales, institucionales y de políticas públicas, mismas que deben ser efectivas y enfocadas principalmente a la protección de sus derechos. Hace alusión, además, al hecho de que cuando se trate de derechos de niños, niñas y adolescentes, se deberá tomar en cuenta el principio de interés superior de niño, lo que significa que sus derechos deben aplicarse por sobre los derechos de las demás personas.

Igualmente, la Constitución de Montecristi en su artículo 45 determina que “las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano,

además de los específicos de su edad” (Constitución del Ecuador, 2008). Es así como el Estado reconoce que debe en la medida de lo posible, garantizar derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar, al respeto de su libertad y dignidad y a ser consultados en los asuntos que les afecten. Sin embargo, lamentablemente existen niños en condiciones de orfandad, que no poseen una familia que pueda brindarles el cariño y la protección necesaria para su adecuado desarrollo integral.

Es importante indicar que, en la norma constitucional ecuatoriana convergen dos principios fundamentales, el primero es referente a la protección integral de estos niños, niñas y adolescentes, mismo que se materializa a través de las normas y de las políticas públicas que implementa el Estado para hacerlos sujetos activos de derechos. El segundo principio fundamental que se evidencia dentro de la normativa constitucional, es el del interés superior del niño, que como se analizará más adelante es el principio en virtud del cual los derechos de los niños niñas y adolescentes primarán por encima de los derechos del resto de las personas.

Principio de interés superior del niño

Sin dudas lograr definir todo lo que implica este principio resulta bastante complejo, toda vez que es un término que a pesar de estar regulado en la legislación, debido a la amplitud de su contenido, se torna bastante difícil de definir. Si es usado de la manera correcta, puede implicar un contenido muy amplio de elementos que convergen en virtud del adecuado desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, pero igualmente cuando un concepto es tan extenso, puede facilitar interpretaciones equivocadas y restrictiva de los propios derechos que protege. Si nos remitimos a lo que indica la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) en su artículo 3 numeral 1 lo define de la siguiente forma:

1. 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. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, p. 10)

La Convención se refiere a una serie de instancias que intervienen en la vinculatoriedad y ejecución de este principio como lo son “instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”. En este sentido se reseña no solo a los entes relacionados con derechos como la salud, el medio ambiente, la educación, sino también las instituciones que se ocupan de otros derechos que les asisten, que tienen que ver con su adecuado desarrollo y además con la protección contra la violencia en todos sus ámbitos, finalizando con las instituciones tanto públicas como privadas que se relacionen con bienestar social de estos niños, niñas y adolescentes.

Visto desde esta perspectiva, este principio es necesario analizarlo en cada caso dentro del contexto en que se desarrolla, pues lo que en un caso puede ser considerado beneficioso para un niño, niña o adolescente, en circunstancias diferentes puede no serlo para otros y por ende, en virtud de su interés superior, la decisión con respecto al niño, niña o adolescente debe ir encaminada hacia otra dirección. Es por lo que, el Comité de los Derechos del niño en su Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial indicó que:

(...) el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. (Comité de los Derechos del niño en su Observación General N° 14, 2013, p. 14)

Como es evidente y según esta observación general, esta flexibilidad del principio de interés superior del niño admite que este pueda ser adaptado a la situación particular de cada niño, niña o adolescente. El Estado ecuatoriano también ha instituido este principio dentro de su normativa constitucional en su artículo 44 al establecer que “el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”. (Constitución de

la República del Ecuador, 2008). Es así como, el interés superior del niño debe entenderse entonces como un principio de prevalencia y de vinculatoriedad. La Corte Constitucional del Ecuador también se ha pronunciado al respecto en su Sentencia Nro. 064-15-SEP-CC, del año 2015 al señalar que el principio del interés superior es:

Este principio lo garantiza la Constitución de la República para asegurar el ejercicio pleno de sus derechos y promover prioritariamente su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 064-15-SEP-CC, p. 20).

Según lo indicado por la Corte estos derechos gozan de una específica protección en el ámbito nacional, considerando su escenario de vulnerabilidad e indefensión, así como, la necesidad de garantizar un desarrollo integral y armónico. Igualmente, el Código de la Niñez y la Adolescencia (2003) en el Ecuador ha definido puntualmente este principio al indicar que:

Art. 11.- El interés superior del niño. - El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. (Código de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador, 2003)

El principio de interés superior del niño debe ser una consideración primordial en la aplicación de todas las medidas que se tomen y que involucren a los niños, niñas y adolescentes. Significa que este principio no puede ser valorado de la misma manera o al mismo nivel que todas las demás consideraciones referentes a otros derechos. Esto tiene su sustento en que los niños, niñas y adolescentes son un grupo vulnerable precisamente por su estado de dependencia, falta de madurez, condición jurídica entre otros elementos que hacen que en muchas ocasiones no sean escuchados y atendidos debidamente, es por lo que, en virtud de este principio se busca que las personas que intervienen en las decisiones que les afectan tengan en cuenta sus intereses de manera primordial.

Se puede concluir de ello que, parte importante de la materialización de este principio es precisamente que los niños, niñas y adolescentes puedan hacer efectivos todos sus derechos y a través de estos se puedan desarrollar integralmente. En este orden de ideas, el hecho de poder crecer bajo el cuidado de una familia, independientemente de su tipo, sea heterosexual, monoparental o homoparental, sería una forma de precautelar su interés superior, sobre todo si se trata de niños, niñas y adolescentes que carecen de familias con un vínculo consanguíneo.

La institución jurídica de la adopción y el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia como parte de su interés superior

No siempre los niños, niñas y adolescentes tienen la posibilidad de crecer en el seno de una familia. Existen múltiples circunstancias por las que los niños, niñas y adolescentes se quedan sin la protección o en condiciones de orfandad total. En estos casos el Estado tiene la responsabilidad de tomar partido ante la protección de estos grupos vulnerables. Se puede decir que la institución de la Adopción ha jugado un papel fundamental para proveer una familia a estos niños, niñas y adolescentes en situación de riesgo, pues esta estuvo llamada a revolucionar los conceptos y definiciones tradicionalistas que giraban alrededor no solo de familia sino también de los lazos de filiación. Es a través de esta institución jurídica que nace una nueva forma de relación parento-filial entre el adoptante y el adoptado, que pasan a ser padres e hijos en virtud de esta condición.

Autores como Pérez (2013) han indicado que:

La adopción es una institución que tiene por finalidad brindar protección y/o un medio familiar fundamentalmente a niños, niñas y adolescentes que se encuentran en estado de abandono o desamparo respecto de su familia originaria, creándose de este modo una situación análoga a la filiación legítima con respecto al o los adoptantes. (Pérez, 2013, prr. 90).

Por esta institución el niño, niña o adolescente que es adoptado no solo tiene el derecho a llevar los apellidos del adoptante, sino que debe ser registrado con estos, lo que se traduce desde el punto de vista jurídico en que, tanto el adoptado como la familia adoptante ostentarán los mismos derechos y obligaciones que se establecen con respecto a la filiación legítima con el hijo consanguíneo.

La Convención de los Derechos del Niño (1989) también se pronunció con respecto a la adopción como una vía alternativa para la formación de otros tipos de familia para los niños, niñas y adolescentes que carezcan de familias consanguíneas. Es así como ha señalado en su artículo 21 los Estados Parte que reconocen o permiten el sistema de adopción:

Velarán por que la adopción del niño solo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; (Convención de los Derechos del Niño, 1989, p. 17).

La norma constitucional ecuatoriana por su parte, también reconoce este derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener y formar parte de un núcleo familiar, por lo que también ha regulado la institución de la Adopción, como una forma para materializarlo, al establecer en su artículo 69 numeral 6, “que las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación

o adopción”. (Constitución de la República del Ecuador 2008). Es así como la adopción brinda la posibilidad a estos niños, niñas y adolescentes puedan tener una familia que vele por ellos.

El Ecuador también ha regulado esta institución en el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) en sus artículos 151 al 188, reglamentando los principios que rigen esta institución, requisitos de los adoptantes, tramitación tanto administrativa como judicial, entre otros elementos importantes de esta figura jurídica. Específicamente es necesario hacer referencia al artículo 151 donde se indica claramente la finalidad que persigue esta institución, al decir que:

Art. 151.- Finalidad de la adopción. - La adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

En este sentido, el tema de la adopción parecería que se encuentra minuciosamente regulado y que su objeto y alcance es realmente claro. Sin embargo, la temática se problematiza cuando se analiza a profundidad quienes son las personas que se encuentran legalmente legitimados para acceder a esta institución jurídica. En el caso específico del Ecuador, no todas las personas o uniones familiares pueden optar por la adopción. Esta es una institución a la que solo tienen acceso en el territorio ecuatoriano las parejas heterosexuales por mandato constitucional previo el cumplimiento de algunos requisitos que la propia ley expone y, en algunos casos que la norma infra constitucional dispone las familias monoparentales.

Es importante puntualizar que antes de año 2019 en el Ecuador las familias monoparentales, o sea las personas que no tenían un vínculo matrimonial o una unión de hecho reconocida, también estaban impedidas de acceder a la Adopción. Sin embargo, con el Acuerdo Ministerial No. 135 publicado el 15 de noviembre del año 2019, del Ministerio de Inclusión Económica y Social que contiene el Manual de Procesos de la Gestión de Adopciones Nacionales, se desarrollan los procesos y subprocesos necesarios para adoptar en el Ecuador. Mediante este Acuerdo se reformó y actualizó el Manual de Procesos de la Gestión de Adopciones Nacionales, mismo que fue expedido mediante Acuerdo Ministerial No. 0049 de 4 de diciembre de 2018, donde se reconoce lo siguiente:

(...) en atención a los artículos 67 y 68 de la CRE- dentro de la denominación de “Familia solicitante” de adopción a “la familia heterosexual, nuclear y de hecho (matrimonio y unión de hecho) y familia monoparental (persona sola), que se encuentran en el proceso de adopción en calidad de solicitante”.

En ese sentido, la Corte Constitucional ecuatoriana, en observancia de las disposiciones normativas constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos referentes a los niños, niñas y adolescentes, ha ratificado en su Dictamen Constitucional No. 8-09-IC /21, 2021 de fecha 18 de agosto del 2021 que según la normativa infra constitucional, las personas solas pueden adoptar, por lo que, se observa que actualmente los procesos de adopción pueden ser solicitados por personas solas como familias monoparentales y por parejas heterosexuales, siempre que estas cumplan con los requisitos legales establecidos, quedando solo excluidas de poder acceder a la adopción las familias homoparentales. Especialmente se analizará esta restricción respecto de estas parejas del mismo sexo, instituidas como familias homoparentales.

Familias homoparentales. Definición

En muchas sociedades, fundamentalmente religiones monoteístas, y que sin duda son las de mayor influencia en América Latina debido a la colonización, se intentó inculcar que las relaciones sentimentales debían ser entre hombre y mujer. De estas relaciones se procreaban los hijos como fruto de la unión y de esta forma, al cumplir con estos estándares religiosos y sociales, se estaría materializando el plan divino para el que fue creado el hombre y la mujer dentro de la sociedad. Autores como Díaz (2004) han analizado esta temática desde una perspectiva cultural indicando que:

La sociología y la antropología han puesto especial interés en las implicaciones simbólicas que representa ser hombre o mujer en determinados grupos sociales. Esto determina en gran medida los roles y las prácticas de cada uno de los miembros, ya sean masculinos o femeninos (...), por lo que un homosexual, al transgredir tales reglas, es etiquetado como antinatural, desviado o ambas cosas. (p. 5)

El hecho de que los hombres y mujeres se alejen de ese rol supuestamente correcto, que está establecido por el orden natural y social al que se acoge la sociedad ecuatoriana, se considera para muchos equivocado aún en estos tiempos. Sin embargo, es necesario indicar que, si bien se ha avanzado en materia de derecho con respecto a estos temas, aún quedan segmentos de la sociedad que se resisten a reconocer la titularidad del derecho que posee toda persona a decidir sobre su orientación sexual y de género. Con el transcurso del tiempo países de nuestra región como Colombia, Chile, Argentina, se convirtieron en pioneros en el reconocimiento de estos derechos y proclamaron la legalización del matrimonio entre estas personas del mismo sexo, y por consiguiente la creación de un nuevo tipo de familia, la familia homoparental.

Para autores como Suárez & Berní (2017) “Las familias homoparentales se constituyen en la actualidad por: una pareja homosexual y los hijos concebidos o adoptados” (p. 3). Esta pudiese ser una definición práctica y general de este nuevo tipo de familia, es decir que, la familia tradicional conformada por una pareja heterosexual ya no es la única forma de constituir un núcleo afectivo familiar, sino que existen estas familias homoparentales que son merecedoras de igual protección constitucional de sus derechos.

Existen otras definiciones jurídicas de familia como la que indica Sentencia C-821 del 2005 emitida por la Corte Constitucional de Colombia donde se define la familia como “...aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que fundan su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad,...” (Corte Constitucional de Colombia, 2005, p. 66). Es así como, según esta definición dada por la Corte Constitucional colombiana, se evidencia que no tiene como base que la familia gire necesariamente en torno a la unión de un hombre y una mujer, sino que deja abierta la definición desde el punto de vista jurídico, pues alude que la familia está conformada por personas que están unidos por vínculos naturales o jurídicos, no condiciona o limita estas uniones al hecho de que sean parejas de distinto sexo o del mismo sexo.

La restricción del acceso a la adopción en familias homoparentales en la legislación constitucional ecuatoriana

En el Ecuador en el año 2018 se gestó un cambio trascendental en su legislación a través de las Sentencias 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19 respecto de la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se reconoce finalmente el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio civil, y con esto se institucionaliza el reconocimiento de la familia homoparental dentro de la legislación ecuatoriana. Indudablemente esto puso fin a las dudas sobre derechos igualitarios legalizando el matrimonio civil entre personas del mismo sexo y a siglos de desigualdad y de discriminación con respecto a las personas homosexuales.

A pesar de ello, aun cuando quedó institucionalizado el matrimonio civil igualitario y todas las consecuencias jurídicas que ello implica, en ninguna de estas sentencias se hace alusión a la adopción homoparental. Resulta lógico que en las sentencias que aprueban el matrimonio civil igualitario, la Corte Constitucional ecuatoriana solo se centre en realizar estrictamente el análisis respecto de la institución del matrimonio, sin pronunciarse sobre otra cuestión adicional, pues el foro constitucional debe resolver únicamente solo los asuntos puestos a su consideración, lo que en ese caso concreto deja a la Adopción fuera de todo debate, al menos en ese caso concreto.

Para examinar esta problemática se debe partir inicialmente de que en el Artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador, se reconoce a la familia en sus diversos tipos, considerándola como el núcleo fundamental de la sociedad, por lo tanto, es obligación del Estado de garantizar condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Esto podría interpretarse de forma amplia, pues si la Constitución reconoce los diferentes tipos de familias, entre las que se encuentran las familias homoparentales, todas deberían estar sujetas a los mismos derechos y obligaciones, pero la realidad tanto jurídica como social dista mucho de esto, pues las familias homoparentales no ostentan los mismos derechos que las familias formadas por parejas heterosexuales, y un ejemplo de ello es precisamente el acceso a la adopción.

Surge entonces la interrogante de si los derechos de igualdad y no discriminación que sirvieron de base para el reconocimiento constitucional del matrimonio

igualitario, podrían ser extensivos también para el reconocimiento del derecho a la adopción por parte de las familias homoparentales. Esto no sucede en el Ecuador y es importante indicar que, en algunos países de la región como Colombia, Argentina y Chile, donde se permite la adopción para parejas del mismo sexo, se trata de normas constitucionales que no tenían una restricción expresa en la Constitución. Sin embargo, la Constitución ecuatoriana indica en su artículo 68 que “la adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Esta restricción que establece la norma constitucional ecuatoriana es sumamente compleja, pues al tener la norma rango constitucional su modificación según la propia Constitución deberá ser necesariamente a través de una reforma o enmienda. Evidentemente este es uno de los temas más complejos que enfrentaría el constituyente si optara por hacer esta modificación en el texto constitucional, precisamente por el carácter permanente de este tipo de normas. Autores como Masapanta (2020) al referirse a las reformas constitucionales han indicado:

Existen procedimientos que condicionan una modificación al texto constitucional, lo cual dota a las cartas constitucionales de una rigidez que imposibilita que mayorías móviles o impulsos políticos puedan fácilmente modificarlas. Sin embargo, atendiendo al derecho de reformar la Constitución por parte del pueblo se establecen procedimientos de reforma constitucional, los cuales están sujetos a reglas claras, previas y públicas para llevar adelante estas modificaciones, mecanismos que requieren la aprobación popular posterior (p. 367)

Sin embargo de ello, se entiende que en un Estado Constitucional de Derechos como lo es el Ecuador, no se necesitaría desarrollo legislativo para desarrollar y aplicar de manera directa y eficaz principios y derechos constitucionales, aunque ello signifique modificar las normas e incluso la propia Ley fundamental. Esto no es tan simple como se expresa, pues desde una perspectiva positivista resulta complejo entender el derecho más allá de la ley, más aún cuando no existe una norma expresa que lo proteja.

Por otro lado, la normativa infra constitucional ecuatoriana, de igual manera es específica en el establecimiento de esta restricción, pues Código de la Niñez y

Adolescencia en su artículo 153 numeral 3 indica expresamente que “se priorizará la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas” (Código de la Niñez y Adolescencia). Como es evidente la norma brinda especial preferencia a las parejas heterosexuales para acceder a esta institución jurídica, reproduciendo este aspecto específico en el artículo 159 numeral 6 de mismo Código de la Niñez y Adolescencia, al establecer de manera literal como requisito de los adoptantes que estos sean parejas heterosexuales, dejando totalmente vedada la posibilidad de que las familias homoparentales puedan ser consideradas idóneas para adoptar.

Conclusiones

Se puede concluir del estudio realizado que la limitación del acceso a la adopción para parejas del mismo sexo es una restricción de carácter constitucional y normativo. En virtud de ello, se puede dilucidar que el artículo 68 de la Ley Fundamental ecuatoriana, no solo se tipifica como un trato desigual en propia la norma, sino además como una disposición discriminatoria, teniendo en observancia que no logra justificarse la restricción del derecho de las familias homoparentales para acceder a la adopción y tampoco se logra fundamentar que el objeto de dicha norma sea constitucionalmente válido, por lo que se trata de una regla que debe ser considerada inconstitucional y por ende inaplicable.

Con lo anterior se evidencia que cuándo las limitaciones o restricciones de derechos emanan de la propia norma y estas no se sustentan en un fin constitucionalmente válido, irremisiblemente transgreden derechos constitucionales, por lo que se puede demostrar que tal y como se plantea en el objetivo general de este estudio, esta vulneración de derechos no solo afecta de manera directa a las parejas del mismo sexo o familias homoparentales que pretendan acceder a un proceso legal de adopción, sino que afecta directamente a los niños, niñas y adolescentes en situación legal de adaptabilidad, pues estos se ven imposibilitados de formar parte de una familia que les brinde el debido cuidado y protección.

Finalmente se puede indicar que es necesario regular la adopción para parejas del mismo sexo en el Ecuador. Para ello, lo que se debe tener en cuenta al valorar la aptitud de los solicitantes son criterios que versen sobre su competencia desde el punto de vista jurídico, es decir, la edad del o de los padres adoptantes, su

capacidad legal y pleno goce de sus derechos, tener un estado de salud física y mental adecuado para cumplir con las responsabilidades parentales, disponer de recursos económicos para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas, y de alguna manera también se puede considerar el pasado judicial del o los adoptantes.

En ningún caso, la preferencia sexual de los aspirantes que pretendan concretar un proceso de adopción debe tomarse en cuenta como factor a valorar y menos como elemento determinante en la aceptación o negación de proceso. Estos son criterios elementales que aún constituyen retos para el desarrollo de la justicia constitucional ecuatoriana, que sin dudas debe subsanar estas reproducciones normativas discriminatorias y que vulneran derechos que debería tutelar. Téngase en consideración que siempre que existen este tipo de categorías sospechosas, el juzgador está en la obligación de aplicar estos criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y si la norma no logra vencer la presunción de inconstitucionalidad que la afecta, necesariamente tiene que ser inaplicada. Con esto se garantizará que exista la debida protección a la dignidad e igualdad entre las personas y se eliminen los tratos discriminatorios que tanto han afectado el ideal de justicia constitucional que se propone alcanzar.

Referencias

- Asamblea Constituyente del 2008. Acta 86 de la Constituyente del 2008. Recuperado de: https://puceeduec-my.sharepoint.com/:f/g/personal/smzaidan_puce_edu_ec/EsA1phta-JlGobaZZ73292UBZsqkoIJl2Nf-9_GlpxxPpw?e=bfujdt
- Acuerdo Ministerial No. 135, (2019). Reforma el “Manual de Procesos de la Gestión de Adopciones Nacionales, se desarrollan los procesos y subprocesos necesarios para adoptar en el Ecuador” Ministerio de Inclusión Económica y Social. Publicado el 15 de noviembre del año 2019. DOI: https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2021-01/Documento_135%20Reforma%20Manual-Adopciones-Nacional.pdf
- Asociación Estadounidense de Psiquiatría, (2002) “Adopción y crianza conjunta de niños por parejas del mismo sexo”, <https://www.clearinghouse.net/chDocs/public/PB-MI-0004-0016.pdf>
- Borillo, D. (2013). “Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo”. Revista de la Facultad de Derecho: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- González L., Pérez, E., Rabell E., (2018). “Categorías sospechosas y control difuso en la práctica del juzgador familiar”. *Colomb Forense*, vol. 5, no. 1, pp. 43-56, abril 2018. doi: <https://doi.org/10.16925/cf.v5i1.236>
- Ávila, R (2008). “El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad”. (Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces)” en “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”, de Miguel Carbonell (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008).
- Díaz, M. (2004). “Homosexualidad y Género”. *Cuicuilco*, vol. 11, núm. 31, mayo-agosto, 2004, Escuela Nacional de Antropología e Historia Distrito Federal, México. DOI: <https://www.redalyc.org/pdf/351/35103111.pdf>
- Código de la Niñez y adolescencia, República del Ecuador, Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003 Última modificación: 07-jul.-2014.
- Comité de los Derechos del niño (2013). Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Doi: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf

- Convención de los derechos del Niño (1989). Doi: https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/CDN_06.pdf
- Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia C-821. Doi: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-821-05.htm>
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Montecristi: Registro Oficial 242.
- Corte Constitucional del Ecuador, (2015). Sentencia Nro. 064-15-SEP-CC, Caso N.º 0331-12-EP. DOI: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/e9de9c4a-933d-4924-b2e9-fa44513d3ce7/0331-12-ep-sen.pdf?guest=true>
- Corte Constitucional del Ecuador, (2019). Sentencia n.º 10-18-CN/19. 12 de junio de 2019. DOI: http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/4a2e4469-9d31-4ec9-b7d1-cd9c6022d2cc/0010-18-cn-19_sen.pdf?guest=true
- Corte Constitucional del Ecuador, (2019). Sentencia n.º 11-18-CN/19 del 12 de junio de 2019. DOI: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/1bfa3cb4-82be-4b2e-8120-418fcaeb3b51/0011-18-cn-sen.pdf?guest=true>
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen Constitucional No. 8-09-IC /21, 2021 de fecha 18 de agosto del 2021. DOI: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBLdGE6J3RyYW1pdGUnLCB1d-WlkOic3MzhhODdmMi1lYWQxLTRlY2EtYmYwZio1ZjA1ZDN-hYTk5MDYucGRmJ30=
- Corte Interamericana de derechos Humanos, (2012). Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 2012). DOI: https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196
- Cuadernillo De Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos N° 14: Igualdad Y No Discriminación. (2019). DOI: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf>
- García, F. (2005). “La adopción homoparental”. Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación, 1(19), 147-170. DOI: <https://www.redalyc.org/pdf/4596/459645450009.pdf>
- Masapanta, C. (2020). Tesis doctoral “Mutación de la Constitución en Ecuador ¿La Corte Constitucional como constituyente permanente?”. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador. Doi: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7534/1/TD138-DDE-Masapanta-Mutacion.pdf>

- Naciones Unidas. (2007). Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). “Familias y políticas públicas en América Latina: una historia de desencuentros”. Santiago de Chile, Chile: United Nations, Santiago de Chile. Doi: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/2504-familias-politicas-publicas-america-latina-historia-desencuentros>
- Nofal, L. (2010). “Homoparental adoption: LGT rights to adoption”. Doi: http://repositorio.ub.edu.ar/bitstream/handle/123456789/555/398_Nofal.pdf?sequence=2&is
- Opinión Consultiva OC24/17, (2017). “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.
- Pérez, M. (2013). “El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximación”. Boletín Mexicano de derecho Comparado, vol.46 no.138 Ciudad de México sep./dic. 2013. Biblioteca Digital Scielo. DOI: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000300010
- Suárez, G., & Berní, P. (2017). “La Adopción homoparental como medida de protección de los derechos del menor en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”. Revista Multidisciplinaria de Investigación. DOI: <http://www.revistaespirales.com/index.php/es/article/view/74>

Comunidades originarias y trabajo infantil. ¿Infancias indígenas trabajando o Infancias trabajando? El peligro entre la simplicidad y complejidad no siempre lineal

Jacqueline Ivone Paul¹

Introducción

Seguramente de las respuestas a las preguntas anteriores haya iniciado un debate interno en el lector, el cual se ancla en la incomodidad e incertidumbre que genera la colisión de costumbres originarias con derechos reconocidos a las infancias, precisamente teniendo en cuenta el interés superior del niño. Ahora bien, la metodología con la que abordamos este trabajo se constituye a partir de investigaciones secundarias por medio de lectura y recolección de trabajos documentales, notas periodísticas, informes de organismos públicos; como así también el análisis de entrevistas realizadas a actores sociales intervinientes en la situación de la ciudad de Rosario, Santa Fe y Argentina. Se realizaron entrevistas a: Rosana Esquivel Directora Provincial de Comunidades Originarias, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, Daiana Ushu Mendez coordinadora de Políticas de Erradicación

¹ Estudiante de la carrera de Derecho, en la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Ayudante Alumna Derecho Privado Parte General. Miembro del Programa de Género y Sexualidades UNR. Miembro de “Vamos a los juicios” (Proyecto de extensión). jacquelineivonepaul@gmail.com

del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente en el Gabinete Nacional perteneciente a la CONAETI y Fernanda Medina la quien ocupaba hasta el año pasado la Dirección Provincial de Promoción de Empleo Digno y que recientemente asumió como subsecretaria de Formación Profesional y Capacitación Permanente del Ministerio de Trabajo de la Nación.

El trabajo infantil en Santa Fe se presenta con diferencias y similitudes entre las distintas regiones que componen la provincia. En el norte de la provincia el riesgo de trabajo infantil y adolescente es mucho mayor a la región sur. En Rosario no hay estadísticas establecidas lo que acrecienta más la problemática, pero es posible que el lector haya percatado que en las zonas urbanas o bien en los puestos de las ferias podemos ver como niños, niñas y adolescentes pertenecientes a comunidades originarias se trasladan vendiendo artesanías y creando productos junto a su familia en las ferias; entre otras tareas. Este trabajo no pretende demonizar la presencia de los niños y niñas en tareas laborales, ya que surge de varias entrevistas personales realizadas por organizaciones sociales², que estos expresan que no quieren ser beneficiarios de discriminaciones y que no es su deseo que el estado, o la sociedad los vea como una criminalidad o aberración.

Por lo cual, este trabajo se asienta en el interés superior del niño, donde lo principal será siempre la escucha de los principales actores de la situación, que son precisamente ellos. Aun así, creo y defendiendo que el lugar de los niños y niñas no es realizando tareas laborales sino en la escuela, en el club o en un lugar donde se les permita vivir su infancia y garantizarles un pleno desarrollo de esta³, en libertad.

² Trabajo infantil y Niñez indígena en América Latina. Encuentro Latinoamericano Trabajo Infantil, Pueblos Indígenas y Gobiernos “De la declaración a la acción”, Cartagena de Indias, Colombia, 8-10 marzo 2010 “ Paulo Sergio Pinheiro

³ Op cit. Trabajo infantil y Niñez indígena en América Latina. Pág. 16. Paulo Sergio Pinheiro *“Hoy estoy convencido de que nada se debe decidir sin su participación. Los niños, niñas y adolescentes son los mejores expertos sobre su propia situación. Fue en ese marco que los niños plantearon la existencia de un sentimiento de denigración cuando su trabajo es tratado como algo diabólico que debe ser abolido. Con esta afirmación no queremos alentar a que los niños trabajen, de ningún modo; el lugar de los niños debe ser la escuela. Sin embargo, creo que debemos precisar qué es lo queremos abolir y erradicar. Así, en la línea del artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, luchamos contra todas las formas de trabajo que sean peligrosas y dañinas para la salud mental y física de los niños, o que interfieran con el goce y ejercicio de sus derechos humanos”.*

Desarrollo

Conceptos esenciales a tener en cuenta

Al abordar la temática en cuestión usaré conceptos que son necesarios delimitar y tener en cuenta.

En principio nos referimos a las “infancias” precisamente en situación de “trabajo infantil”, pero recortamos aún más esta problemática en infancias que pertenecen a la “comunidad originaria”. Hablaremos también de “derechos protegidos” por la “Convención de los derechos del niño”, conjuntamente con el “Interés superior”.

Cuando nos referimos a las “infancias”, hacemos alusión a una construcción social dinámica. Es importante que comprendamos este término, ya que es dentro de nuestra temática donde se muestra claramente que no hay una única infancia, sino que cada NNyA atraviesa y vive distintas experiencias y aprendizajes. Por lo cual, lo correcto es hablar de “la(s) infancia(s)”. En nuestro trabajo planteamos una problemática que implica pensar al niño o niña como una persona viviente y a la cual le espera un futuro, el cual se ve amenazado directamente con una ausencia estatal. Ahora bien, no es solo el Estado quien cumple un papel esencial en la construcción de las infancias, sino también participan de ella los adultos; estos últimos son los responsables de educarlas y cuidarlas, para que se desarrollen de manera integral. Para ello es necesario considerar al niño o niña como un sujeto de derecho en crecimiento, que tiene derechos reconocidos y que no se relacionan con la sociedad ni con sus pares de la misma forma que las personas adultas⁴. Reconocer esa complejidad es clave para interpretar no solo las infancias sino también las distintas infancias interculturales que no tienen los mismos valores ni aspiraciones entre ellas. Es necesario dejar de conceptualizar a los NNyA como individuos receptores de conocimientos y disciplinamiento, ya que no están subordinados, son sujetos activos que construyen la historia⁵. Es

⁴ Carli, S. (1999). La infancia como construcción social. S. Carli (comp.) *De la familia a la escuela. Infancia, socialización y subjetividad*. Buenos Aires. Santillana.

⁵ Sosenski, S. (2015). *Enseñar historia de la infancia a los niños y las niñas: ¿para qué?*. “Deberíamos sacar a los niños de su papel de víctimas o de sujetos constantemente educables. Si mostramos cómo los niños fueron fundamentales a lo largo de la historia para la sobrevi-

importante que los niños puedan crecer con esta concepción de infancias ya que es la que les permite construir una identidad libre.

Por otra parte, hablemos ahora a lo que nos referimos por “trabajo infantil”. En la actualidad, existen dos modalidades: el desarrollado dentro de la estructura familiar, y por el cual no reciben remuneración; y el realizado fuera de la estructura familiar.

En épocas anteriores, participar de actividades laborales era normal para los niños. Sin embargo, eso hace a la concepción de infancia de aquellos momentos, la cual no tenía en cuenta sus derechos. Muchas veces, nos muestran en los medios de comunicación al niño de 12 años que trabaja en la calle enviado por sus padres o junto a ellos; y que a la par “estudia para el colegio” cuando puede “leer sus cuadernos y hacer la tarea”. En primer lugar, hay una idea del niño forzado a trabajar como consecuencia de sufrir una pobreza absoluta. Si bien la pobreza es un factor elemental, el trabajo infantil se encuentra atravesado por concepciones sociales y culturales y con el interés político en resolver estas problemáticas. El niño que trabaja, tiene dificultades para poder acceder a su educación de manera plena, y es allí donde interviene la erradicación del trabajo infantil, precisamente en la línea de la afectación a derechos fundamentales como educación, salud o esparcimiento.

Según la OIT, “el trabajo infantil es aquel que daña la salud de los niños y menoscaba su educación, desarrollo y calidad de vida”. Dentro de las concepciones de trabajo infantil existen dos posturas: la de prevención y erradicación del trabajo infantil y la de promoción y protección de este. La República Argentina y la CONAETI (Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil)

vencia familiar, cómo trabajaron en las más variadas labores, cómo resistieron a la dominación en las casas correccionales, en sus empleos en talleres artesanales, cómo fueron capaces de elaborar estrategias para mejorar la venta de productos en las calles de las principales ciudades latinoamericanas o cómo pudieron elaborar discursos e interpretaciones propias sobre los sucesos y procesos que les tocó vivir, podemos, parafraseando a Barton (2012), hacer que los niños de hoy puedan aprender cómo la gente resistió, tomó acción y encontró espacios para hacer sus vidas más satisfactorias. Pereyra (1985, p. 21) decía que “quienes participan en la historia que hoy se hace están colocados en mejor perspectiva para intervenir en su época cuanto mayor es la comprensión de su origen”.

dependiente de la Secretaría de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación⁶ mantienen una postura de prevención y erradicación: “Trabajo infantil es toda actividad económica o estrategia de supervivencia, remunerada o no, realizada por niñas y niños que o no tienen la edad mínima de admisión al empleo, o bien no han finalizado la escolaridad obligatoria o no han cumplido los 18 años si se trata de trabajo peligroso”⁷.

Resta esclarecer los conceptos “Convención de los Derechos del Niño” y “Derechos Protegidos”; La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es un tratado internacional que reconoce los derechos humanos de los niños y las niñas, se convirtió en ley en 1990, después de ser firmada y aceptada por 20 países. Hoy, la Convención ha sido aceptada por todos los países del mundo excepto Estados Unidos. Los 54 artículos que componen el texto recogen los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de todos los niños. Tiene 3 protocolos que la complementan: el relativo a la venta de niños y la prostitución infantil; a la participación de los niños en conflictos armados; y a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño.

El término *comunidades originarias* hace referencias a Pueblos indígenas. Según el Convenio núm. 169 de la OIT, se entiende que se trata de colectividades que se distinguen de otros sectores sociales por sus costumbres, tradiciones, instituciones sociales, económicas, culturales y políticas; y que se auto reconocen como tales, independientemente del estatuto que las legislaciones nacionales les

⁶ La Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI) fue creada en el año 2000 a fin de coordinar, evaluar y dar seguimiento a los esfuerzos en favor de la prevención y la erradicación real y efectiva del trabajo infantil y la protección del trabajo adolescente. El Ministerio de Trabajo de la Nación preside la CONAETI, la cual tiene una composición interministerial, intersectorial y tripartita. Cuenta con la participación de representantes de diferentes ministerios del Poder Ejecutivo Nacional y representantes de trabajadores y de empleadores. A la vez, participan en calidad de asesores, la OIT y la UNICEF. Desde 2019, ratificando el abordaje federal de la problemática, en las reuniones plenarios de la CONAETI también participan las provincias a través de las Comisiones Provinciales para la Erradicación del Trabajo Infantil (COPRETI).

⁷ Apuntes Para pensar infancias directores Dra. Mirta Mangione Lic. Orlando Cesoni. Eje 4. Políticas públicas y vulnerables Trabajo infantil adolescente en el mundo actual: entre la regulación y la prohibición. María del Carmen Gaudio.

otorgan, o de la denominación que adopten (pueblos, nacionalidades, pueblos originarios, comunidades nativas o comunidades campesinas).

Por último, nos ocuparemos del término *interés superior*. Si bien el concepto se encuentra arduamente impreciso y conlleva a consecuencias de amplia discrecionalidad de los poderes estatales, Mary Beloff lo define como “un mando al estado de privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas en las que se deban restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, ostenta un contenido normativo específico que supone que determinados derechos de los niños sean de un interés superior al contraponerse con otros derechos individuales e intereses colectivos”⁸.

Marco normativo

En primer lugar, la CDN (Convención de los Derechos del Niño) es uno de los instrumentos más importantes a la hora de entender qué es el trabajo infantil y el bien jurídico que deberá proteger la normativa especializada. El niño, tiene derecho a protección contra la explotación económica y el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso, entorpezca su educación, sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social⁹. Esta convención señala expresamente en su preámbulo que para la protección y el desarrollo armonioso de la niñez deben ser tenidas en cuenta las tradiciones y los valores culturales propios de cada pueblo¹⁰.

La Convención hace eco del Convenio N° 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo, indica que, para lograr este objetivo, los países ratificantes establecerán una edad mínima de acceso al empleo. Asimismo, la CDN

⁸ Interés superior del niño (artículo 3 de la CIDN comentada) pág 38. Beloff-Deymonnaz-Freedman-herrera-Terragni.

⁹ Artículos 32 y 36 CDN.

¹⁰ Artículo 29, la CDN dispone que “*la educación del niño deberá estar encaminada a prepararle para asumir una vida responsable, en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos y grupos étnicos nacionales...*”.

al tratar la problemática del trabajo infantil y la implementación de medidas al respecto, hace un llamado a la interdependencia de los derechos humanos, y precisa que sus mandatos deben aplicarse tomando en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales¹¹. Para nuestro caso, por una parte, se tomará en cuenta el Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, la DDPI (Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas) y, por otro, los convenios núm. 138 y 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, de la OIT.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable¹². Para ello los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación del niño.

El Convenio núm. 169 de la OIT señala que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas, una acción coordinada y sistemática orientada a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad, asegurando la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, respetando sus conocimientos, su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones de manera que puedan eliminarse las diferencias socioeconómicas con los demás miembros de la comunidad nacional. El artículo 5 expresa la necesidad de reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y el deber de tomar en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente.

Los convenios núm. 169 y núm. 111 (sobre la discriminación en el empleo y la ocupación) de la OIT brindan protección a las ocupaciones tradicionales y buscan

¹¹ Art 32. 2.

¹² artículo 17 DDPI (Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).

desterrar la discriminación y promover la igualdad de oportunidades en materia de empleo y ocupación.

La Observación General N° 11 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, expresa la profunda preocupación del Comité sobre los efectos que la pobreza puede generar en forma desproporcionada a los niños indígenas y que estos están particularmente expuestos al riesgo de ser utilizados para el trabajo infantil. El Comité recomienda que, para prevenir la explotación del trabajo de los niños indígenas, hay que aplicar al trabajo infantil un enfoque basado en los derechos y establecer un estrecho vínculo con el fomento de la educación¹³. Se sugiere a los Estados que ratifiquen y apliquen el Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía¹⁴. Asimismo, la Observación sugiere que los Estados desarrollen acciones de prevención con recursos asignados, previa consulta con las comunidades y los niños indígenas

En el ámbito nacional y provincial se sanciona la Ley N° 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, mediante la cual la Convención se hace efectiva en el territorio nacional. Dicha ley establece que “los organismos del Estado, la sociedad y en particular las organizaciones sindicales coordinarán sus esfuerzos para erradicar el trabajo infantil y limitar toda forma de trabajo legalmente autorizada cuando impidan o afecten su proceso evolutivo”¹⁵. A partir de este cuerpo normativo, los derechos de la niñez han dejado de ser materia opcional. La nueva legislación obliga a su efectivo cumplimiento. Para alcanzar ese objetivo importa tener en cuenta que el trabajo infantil requiere atención prioritaria y específica. Atendiendo a ello, en el año 2000 se constituyó la Comisión Nacional de Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI), que trabaja a la par de las Comisiones Provinciales de Erradicación del Trabajo Infantil. (COPRETI). Por otro lado, la Ley N° 26.847, incorpora el art. 148 bis al Código Penal, el cual dispone la pena de prisión para el que aprovechar económicamente el trabajo de un NNyA violando las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil. Se

¹³ Párrafo 71 Observación general N° 11 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

¹⁴ Párrafo 72 y 73 óp. cit..

¹⁵ artículo 25 Ley 26.061.

trata de una norma residual, ya que se aplicará siempre que el hecho no importe un delito más grave.

En nuestro país, la Ley 26.390 prohíbe el trabajo infantil y en la provincia de Santa Fe, la Ley 12.967 (2009). Dicha normativa reconoce formalmente derechos de las infancias y define criterios y modos de actuación del Estado provincial, adecuados al modelo de protección integral de derechos. Entre otros puntos, se eleva la edad mínima de admisión al empleo 16 años. La misma limitación de edad se extiende al Régimen Nacional de Trabajo Agrario (Ley N° 26.727). Los mayores de 14 y menores de 16 podrán ser ocupados en empresas de familia o explotaciones cuyo titular sea el padre, madre o tutor con jornadas limitadas, previa conformidad de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción. Por último, se eleva de 15 a 16 años la edad mínima para celebrar el contrato de aprendizaje (Ley 25.013).

Problemática central

En primer lugar, para partir de un desarrollo y comprensión integral de la temática es indispensable tener en el centro del foco que el trabajo infantil es *un fenómeno multicausal*. El trabajo infantil se relaciona con percepciones y patrones culturales que se reproducen en los niños indígenas y en sus familias, los cuales no les permiten percibir que las actividades que realizan, ya sea por su naturaleza o por las condiciones en las que se llevan a cabo, ponen en peligro la salud, seguridad y educación. En la entrevista con Rosana Esquivel Directora Provincial de Comunidades Originarias, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, explicó acerca de la principal causa del trabajo infantil en los pueblos indígenas, la cual se basa que estos cuentan con estrategias de supervivencia laborales ancladas en el acceso a sus tierras tradicionales y recursos vinculados a su cultura y valores espirituales; ahora bien en el momento en el cual no se respeten estos derechos indígenas a la tierra, recurso, identidad y cultura, se cambian sus modos de vidas tradicionales y se empobrecen las comunidades. Esto último es la causa primicial a la que hace referencia Rosana "(...) Como resultado se obliga a trabajar a los niños. La pobreza es la causa principal de que los padres pongan a trabajar a sus hijos. En las familias pobres, los niños trabajadores contribuyen directamente a complementar el ingreso familiar, e indirectamente a ahorrar los gastos que

este niño tendría como tal (...)”¹⁶ Daiana Ushu Mendez en este sentido mencionó que el trabajo infantil no se reduce a situaciones de mera supervivencia, sino que muchas veces detrás de él se esconden grandes organizaciones que acarrean no solo con el delito de trabajo infantil sino también evasiones fiscales importantes. Por otro lado, aludió que los niños y adolescentes que se encuentra inmersos en esta problemática no son atravesados únicamente con situaciones de pobreza, sino que sobre ellos recaen carencias de derechos elementales como es el acceso al agua. Sobre esta última cuestión hizo mención a políticas públicas llevadas a cabo para la industrialización del agua, la cual genera como consecuencia que los niños y adolescentes no caminen distancias largas para conseguir agua y así, prevenir y erradicar el trabajo infantil en estos contextos¹⁷.

El trabajo infantil siempre fue lenguaje corriente en las comunidades, sin embargo, hoy en día esta concepción comienza a cambiar dentro mismo de los pueblos, siendo estos trabajos antes realizados por niños, ahora, la responsabilidad de sus familias adultas. La falencia que hay respecto a la situación del trabajo infantil indígena tiene como principal actor y causante al Estado junto con mercados económicos que gozan de gran impunidad. Rosana Esquivel nos menciona en este punto de reflexión que “la ausencia del estado y el respeto de nuestros derechos son la realidad por la que estamos atravesando. El olvido de las comunidades ha implicado que un sector vulnerable sea sumergido aun en mayores precariedades de las que se estaban. “(...) Creo que una de las acciones de mayor peso fue, como mencionaba antes, la decisión del gobernador de poner una mujer perteneciente a comunidad, la cual vive en comunidad, un barrio con calle de tierra, fuera del manto político, que realmente conoce respecto al *ser indígena*”¹⁸.

La erradicación del trabajo infantil no es solo tarea de las propias poblaciones sino también que es una responsabilidad directa estatal la implementación de una educación y políticas interculturales. Una gran deuda actual. El trabajo infantil indígena es, por lo general, el resultado de las precarias condiciones de vida de

¹⁶ Entrevista Rosana Esquivel Anexo I, punto 6.

¹⁷ Entrevista Daiana Ushu Mendez. Anexo 2, formato video.

¹⁸ Entrevista Rosana Esquivel Anexo I, punto 7.

las familias y sus comunidades, así como la ausencia de políticas públicas que intervengan¹⁹. Daiana Ushu Méndez respecto esto nos contó la importancia de un cambio de paradigma social referido a la verdadera erradicación del trabajo infantil a nivel cultural, el cual necesita del compromiso y capacitación de los múltiples actores sociales responsables. Dentro de esta temática nos mencionó el *Programa de Formación para Promotores Territoriales de Infancias Libres de Trabajo*, el cual tiene como objetivo infancias libres, y para ello, capacita a personas propuestas por la COPRETI en articulación con actores locales, y el Ministerio de Trabajo que hace la selección final, a fin de hacer más efectivas las estrategias de prevención y detección del trabajo infantil y trabajo adolescente en condiciones no protegidas en todo el país²⁰.

Los NNyA indígenas desempeñan actividades laborales domésticas y productivas, tanto dentro como fuera del ámbito de su comunidad, las cuales se consideran que forman parte de las estrategias culturales de ayuda y reproducción familiar; en la realización de algunas actividades hemos visto los largos trechos que recorren a pie, se habla de animales peligrosos en informes sobre comunidades aisladas de la urbanización, pero en Rosario nos referimos a una profunda inseguridad (además de calores excesivos, tiempos ilimitados y situaciones de desapariciones forzadas). Ya que, y en este punto es necesario aclarar que, no solo hablo del trabajo infantil indígena en el contexto de su comunidad, sino que también problematizo el trabajo que las infancias realizan en las ciudades y que esas situaciones, en la mayoría de las veces, si atraviesa la pobreza. El contexto de los niños indígenas que viven en las ciudades no es homogéneo y difícilmente se puede generalizar. La mayor proporción de niños indígenas que trabajan y que no asisten a la escuela se da entre los migrantes más recientes²¹.

Doce universidades nacionales participaron de la realización de un documento²² que analiza las condiciones socioeconómicas y sanitarias de comu-

¹⁹ El futuro de las comunidades indígenas está en el presente de sus niños y niñas 09 de agosto de 2017. Iniciativa regional America Latina y el Caribe libre de Trabajo Infantil.

²⁰ <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/infantil/fortalecimiento/formacion-para-promotores-territoriales-de-infancias-libres-de>

²¹ Entrevista Rosana Esquivel Anexo I, punto 2.

²² Informe ampliado: efectos socioeconómicos y culturales de la pandemia COVID-19 y del

nidades indígenas de todo el país. Las principales preocupaciones se centraron en la falta de agua, la dificultad para acceder al sistema sanitario y la violencia a la que están expuestos. “En este caso, se trata de poblaciones afectadas por condiciones históricas. Lo que muestra el relevamiento es que se profundizaron desigualdades ya existentes en cuestiones socioeconómicas, sanitarias, educativas y alimentarias, entre otras”, expresó Malena Castilla, becaria postdoctoral del CONICET e investigadora de la UBA. Cuestión en la que coincide con Rosana Esquivel.

Los resultados de las consultas realizadas por la OIT demuestran que los niños indígenas que trabajan se encuentran en mayor riesgo de perder su identidad indígena, ya que migran o son reubicados forzosamente lejos de sus tierras, lo que pone en riesgo total la transmisión de su cultura.

Según el IPEC (Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo)²³ hay distintos tipos de trabajo infantil indígena, dentro de ellos, los que se presentan en la ciudad de Rosario son:

Trabajo infantil en familias campesinas migratorias: muchas familias indígenas migran estacionalmente para los períodos de cosecha, incluyendo niños y adolescentes que asumen responsabilidades de trabajo. A menudo los períodos de trabajo son extremadamente prolongados (entre 9 y 10 meses) y determinan el abandono temporal o definitivo de la escuela.

Trabajo infantil urbano: niños y adolescentes indígenas que han migrado a las ciudades y trabajan por largas horas en situaciones de peligro, muchas veces en las calles y a menudo en condiciones de riesgo físico, psíquico y moral.

La realidad que impera principalmente en Rosario es eco de la situación que atraviesa la provincia de Santa Fe y que a su vez, se vio agravada por el paso del COVID-19, lo cual incrementó índices de pobreza y desigualdad en las familias. Es aquí que quisiera detenerme, respecto de las definiciones de las infancias y el interés superior del niño, las cuales influyen principalmente en estos dos ejes ya que el trabajo en las comunidades muchas veces se presenta como algo relacionado de manera intrínseca a sus creencias o costumbres. Es allí, donde la defensa

aislamiento social, preventivo y obligatorio en los Pueblos Indígenas en Argentina - Segunda etapa, junio 2020-

<https://drive.google.com/file/d/16QgXpoBn2EHtg8KcqaSCR3WBzjuyAxf/view>

²³ <https://www.ilo.org/ipec/lang--es/index.htm>.

del interés superior del niño entra en juego. Está claro que el derecho de los NNyA es principalmente la educación y desarrollo, sin embargo, esto colisiona cuando nos encontramos frente a comunidades que naturalizan prácticas abusivas de estos derechos. Es en estos casos donde el interés superior es claro y hay que estar por la protección de los derechos humanos del niño o niña en aquella situación y priorizar el interés superior de estos, siendo este un real principio del derecho de las infancias. El cual debe aplicarse a partir de la *evaluación y determinación* de la situación concreta, y siempre estando despojados de preconceptos prejuiciosos de los adultos intervinientes, es decir, sabemos que el trabajo infantil es una situación que implica la vulneración de los derechos de los niños, sin embargo, cuando se está en frente de esta problemática la respuesta debe ser analítica, de una escucha activa frente a los niños o niñas afectados, y que conlleve la valoración de los elementos necesarios para determinar la decisión de qué hacer en el caso concreto y junto a esa evaluación de elementos, determinar mediante un proceso estructurado que respete los derechos y protegidos para las infancias, el real interés superior del niño en la situación concreta. Rosana Esquivel se refirió hacer de las infancias indígenas, siendo ella también en su momento protagonista de este escenario, sobre esto expresó: “el desarrollo de las infancias de las comunidades originarias es complejo. (...). Con el tiempo y con el constante entrecruzamiento de las comunidades que vivimos en mayor cercanía con las urbes de las grandes ciudades hemos perdido el tipo de crianza tradicional ancestral, en el cual en el caso de mi etnia (qom) teníamos diferentes conceptualizaciones del “ser niño”. Sobre este tema Daiana Ushu Mendez, expresó que desde su perspectiva hay que abarcar la problemática de manera integral sin entrar en clasificaciones o estratificaciones que recorten el problema y que quizás invisibilicen la problemática en sí, haciendo hincapié en que el problema del trabajo es uno, igual a todas las situaciones y contextos posibles²⁴.

La problemática del trabajo infantil no conlleva una solución simplista, y tal como cualquier problemática pública no se resuelve con un prohibicionismo acérrimo que se asimile a un caballo ciego; la solución son políticas de erradicación pero que se lleven a cabo respetando los derechos de las infancias, ya que no

²⁴ Entrevista Daiana Ushu Mendez, Anexo II, formato video.

estamos hablando del trabajo infantil como practica únicamente perversa, sino que detrás de su existencia se esconden otros factores como la pobreza extrema. Además de lo dicho, el interés superior del niño para los adultos debe ser siempre el mismo, por lo que el trabajo infantil es una problemática a erradicar y prevenir. Una de las políticas de prevención más importantes a nivel nacional es la creación de Centros de Cuidados²⁵ en cada provincia, lugares físicos donde las familias pueden llevar a los niños, niñas y adolescentes en el tiempo que dure su jornada laboral, cuestión que resuelve una de las causas de trabajo infantil como lo es el acompañamiento de los NNyA a las actividades laborales de los responsables adultos y su consecuente involucramiento.

Hoy en día el interés superior del niño al no tener una especificación general, ha otorgado gran discrecionalidad a los poderes del estado para entre otras cosas como dijo Gustavo Ponce, especialista en la temática de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en Argentina “muchas veces el tema está (Trabajo Infantil) y se lo esconde bajo la alfombra”²⁶. El interés superior del niño es clave en las políticas públicas que deberá abordar el gobierno o el Estado, es un contenido mínimo esencial de derechos de las infancias protegido dentro de la CIDN, por lo que cualquier accionar o cualquier política implementada deberá limitarse a no contradecirlo. Podemos llegar a una cierta discusión sobre la determinación del concepto y valorar la observación general del Comité de Derecho del Niño en ese sentido, sin embargo, no deja de resonar la práctica del ejercicio cultural y estructural que conlleva decisiones judiciales (por decir la instancia en la cual es necesario un gran activismo integral de las infancias) basadas en visiones adultas, egocéntricas y con sesgos de disciplinamiento y conservadurismos. Cada vez es mayor la gama de jueces y juezas que se forman u obtienen una perspectiva de las infancias integrales y sujetos de derechos, pero preocupa que en la sociedad como también en algunos pasillos tribunalicios existan profesionales que sigan aun con un pensamiento de 1919, o peor aún, incitándolo; lugar en el cual el interés superior del niño queda relegado a intereses ajenos a las infancias, y propiedad de los adultos del estado.

²⁵ Op cit, entrevista Daiana Ushu Mendez.

²⁶ JUEVES 13 DE MAYO DEL 2021 - NACIONALES Trabajo Infantil: “Muchas veces el tema está y se lo esconde bajo la alfombra”. NOTICIAS FARCO.

La ley 26.061 introdujo en nuestro país una definición del interés superior del niño en su art 3²⁷. En el enunciado la ley menciona los derechos y garantías de los niños que se reconocen que prevalecen sobre derechos individuales; la CSJN ha considerado que el concepto de Interés Superior del Niño es abierto y el Poder Judicial debe considerarse al momento de resolver. Esto implica valorar las circunstancias del caso concreto con parámetros aceptados por la jurisprudencia y la doctrina, así como tener en cuenta la información suministrada por otras disciplinas²⁸. La Ley provincial N°12.967, adhiere a la definición de la Ley 26.061 y agrega “los que en un futuro pudiesen reconocerse”.

Paradigma de la complejidad

La historia legislativa y cultural comienza atravesada por un paradigma simplista que se tradujo en el paradigma de la situación irregular. De esta manera el objeto de intervención era, según las concepciones de aquellos años (1919), la minoridad en riesgo moral y material (Ley Agote). En esta situación la consecuencia mutilante es la presencia de disciplinas que diseñaran prácticas para intervenir sobre ella.

²⁷ Artículo 3º.- Interés superior. 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.

²⁸ op cit Mary, Beloff.

El Paradigma de la Protección Integral, incorpora la perspectiva de derechos humanos y tiene en sus metas intervenir en aquellos casos en los que los niños, niñas y adolescentes encuentran sus derechos vulnerados a causa del incumplimiento de los deberes y/o responsabilidades de cualquiera de las instituciones del Estado, de las familias, etc. y los niños, niñas y adolescentes ya no son considerados en peligro material y moral, sino, sujetos de derechos con derechos vulnerados. Por lo cual, si pregonamos por un paradigma integral de las infancias es claro y consecuente que vemos la realidad de manera compleja, que pensamos las soluciones desde la complejidad propia de las infancias. Sin embargo, eso no se traduce del todo en sectores estatales a la hora de implementar medidas respecto tanto de las comunidades originarias como del trabajo infantil en ellas. Recortar la realidad, “simplificar” para comenzar por algo, no es un inicio que valga, y mucho menos es un buen augurio.

No puede existir un pensamiento complejo si no existe un pensamiento simple, a través de la simplicidad vamos transformando y formando enlaces y conexiones que nos derivan en la complejidad si tenemos el compromiso adecuado. Por lo cual, lo complejo se encuentra donde el pensamiento simplista falla, en donde no alcanza. El pensamiento simplificador distancia la complejidad de lo real, ya que el pensamiento esta última si bien puede contener posturas de conocimientos, no devengará jamás en una solución a una problemática que sea lineal, donde la consecuencia siempre es mutilante, reduccionista, unidimensional. Las infancias tienen una complejidad que les es propia, en primer lugar, por la no posibilidad de definir las o cuantificarlas, pero en su mayor expresión en la manera de vivir, ver, y sentir de ellas mismas, para consigo y para con los adultos.

Conclusiones

Sin dudas la problemática del trabajo infantil es algo que debe *preocupar y ocupar* en estos tiempos, aún más cuando luego de haber atravesado una pandemia hemos sufrido grandes bajones económicos que han afectado el alcance a las necesidades y condiciones básicas de muchas familias argentinas y rosarinas. Ahora bien, al leer información sobre la temática del trabajo y reflexionado sobre el profundo desconocimiento de las comunidades originarias llegamos a la conclusión de que viene de la mano de una invisibilización de problemáticas que

muchas veces no conviene tocar por no generar conflictos y también en otras, son funcionales a un sistema opresor que vive de conculcaciones a derechos. En la charla que tuve tanto con Rosana Esquivel como con Daiana Ushu Mendez, noté una falta de estadísticas reales sobre la situación de los niños y adolescentes indígenas en condiciones de trabajo infantil, cuestión que me parece de suma importancia para mantener la interculturalidad de las políticas públicas y generar datos reales que permitan trabajar efectivamente sobre la temática.

Considero que el trabajo infantil indígena debe ser erradicado, y que para esto deben implementarse políticas que sean acorde a *las realidades de las infancias en cada uno de los pueblos*. Se necesita un *Estado presente* que tome las riendas del trabajo infantil indígena como una de las variantes autónomas del trabajo infantil, y que reconozca que en este ámbito *no alcanza con políticas que tengan como sujetos a proteger, niños y niñas determinados, los cuales parecen ser únicamente niños y niñas pobres, de barrios vulnerables y sin escolarización*. Por lo cual, es necesario y obligatorio, una complejidad. En este aspecto, coincido con Daiana Ushu Méndez quien nos mencionaba las grandes organizaciones empresariales detrás del trabajo infantil que no tiene como fundamento la supervivencia. Creo que es hora de que podamos ver en el trabajo infantil las múltiples causales y contextos, como así también, que se creen políticas bajo ese paradigma, ya que, si la creación futura de políticas sigue en miras de una generalidad de niños que es abstracta y errada, siempre se llegarán a resultados parciales y mucho más dañinos que los anteriores. Vemos a las infancias indígenas ser castigadas en muchos ámbitos, en este caso en el acceso a sus derechos como niños y niñas que deben tener educación, desarrollo, esparcimiento y salud; otras veces también vemos cómo el ser parte de una comunidad originaria genera exclusiones judiciales que son inaceptables. Por ende, *es mi deseo que a partir de este trabajo podamos preguntarnos si realmente incluimos, si realmente nos preocupamos, o sí en verdad solamente nos es cómodo y acorde al bien común estar en contra del trabajo infantil, pero cerrar los ojos cada vez que pasa en frente nuestro*.

Bibliografía

- Carli, S. (1999). La infancia como construcción social. S. Carli (comp.) *De la familia a la escuela. Infancia, socialización y subjetividad*. Buenos Aires. Santillana.
- Sosenski, S. (2015). *Enseñar historia de la infancia a los niños y las niñas: ¿para qué?*
- Apuntes Para pensar infancias directores (2020) Dra. Mirta Mangione, Lic. Orlando Cesoni. Eje 4. Políticas públicas y vulnerables Trabajo infanto adolescente en el mundo actual: entre la regulación y la prohibición. María del Carmen Gaudio.
- Iniciativa regional. (2017) *América Latina y el Caribe libre de Trabajo Infantil. El futuro de las comunidades indígenas está en el presente de sus niños y niñas*.
- Oficina Regional para América Latina y el Caribe Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo (2009). *Trabajo infantil y pueblos indígenas en América Latina Una aproximación conceptual*.
- Encuentro Latinoamericano Trabajo Infantil, Pueblos Indígenas y Gobiernos. *Trabajo Infantil y En América Latina Niñez Indígena “de la Declaración a la acción”*.
- Convención Internacional de los Derechos del Niño.
- Ley Nacional N° 26061.
- Ley De Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Ley Provincial N° 12967.
- Ley De Prohibición de Trabajo Infantil y de la Protección del Trabajo Adolescente. Ley N° 20744 (Lct.).

COMISIÓN 5
Pueblos originarios
e infancia

La naturalización y justificación de los abusos sexuales de niñas y adolescentes pertenecientes a comunidades originarias¹

Silvia Noemí Escalante²

Introducción

Los matrimonios y uniones convivenciales entre niñas y adolescentes con personas mayores de edad, son una realidad en América Latina, pese a su falta de visibilidad. El informe de la Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer (de ahora en adelante FEIM) del 23 de mayo de 2021, indica que Salta se encuentra entre las provincias con más alto porcentaje donde se casan o conviven niñas con adultos³. Estas relaciones constituyen fenómenos complejos, y se relacionan con desigualdades de género, la violencia, la pobreza, el abandono escolar, el embarazo adolescente y femicidios y muertes de niñas y adolescentes.

¹ El presente trabajo es parte del proyecto de investigación para la tesis perteneciente a la Maestría en Ciencias Sociales y Humanidades, orientación Sociología, de la Universidad Nacional de Quilmes, siendo mi Directora la Dra. Lucía Romero, llevando de Título del Proyecto: La Sociología de las (in)visibilizadas. Estudio de las percepciones sociales de matrimonios y uniones convivenciales entre niñas y adolescentes wichis con personas mayores de edad en la provincia de Salta.

² Universidad Nacional de Quilmes. silnescalante@gmail.com

³ Fundación para el Estudio e Investigación de la Mujer (2021) Informe “Previendo el Matrimonio y las Uniones infantiles: una forma de violencia contra mujeres y niñas en Argentina”. Recuperado de <http://feim.org.ar/2021/05/28/salta-entre-las-provincias-donde-se-casa-a-ninas-con-adultos-mayores/>

Tomando el concepto de sociología de las emergencias, consistente en sustituir el vacío del futuro según el tiempo lineal por un futuro de posibilidades plurales y concretas, simultáneamente utópicas y realistas; y el concepto de sociología de las ausencias, la cual remite a la investigación de las alternativas que caben en el horizonte de las posibilidades concretas y expectativas futuras; es que se propone entre ambas un híbrido que propongo denominar sociología de las (in)visibilizadas, a fin de tomar de ambos el potencial de cambio, y aportar a componer una perspectiva de análisis crítica sobre las niñas wichís de la provincia de Salta, según la construcción que ellas elaboran de su rol como mujeres en la sociedad.

En los últimos treinta años las luchas más avanzadas fueron protagonizadas por grupos sociales (indígenas, campesinos, mujeres, afro-descendientes, piqueteros, desempleados) y cuya presencia en la historia, según De Sousa, no fue prevista por la teoría crítica eurocéntrica⁴. Para llegar a esta instancia, se realizará un análisis transversal a través del aporte de la epistemología feminista, definida por Anderson⁵, como una ramificación de la epistemología social que busca conocer la influencia de las concepciones y normas de género y de los intereses y experiencias específicamente de género construidas socialmente en la producción de conocimiento.

Definición del problema

A partir del mismo se busca identificar cuáles son las percepciones de la sociedad salteña y de las mujeres, niñas y adolescentes wichís sobre la unión convivencial o matrimonio; y a que estigmas deben enfrentarse

⁴ Sousa Santos, Boaventura de, “Epistemologías del Sur” en Revista Utopía y Praxis Latinoamericana / Año 16. N° 54 (Julio-Septiembre, 2011) Pp. 17 - 39 Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social / ISSN 1315-5216 CESA – FCES – Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela

⁵ Anderson, E., “Feminist Epistemology: an interpretation and a defense”. Hypatia, 10(3) (1995), 50-84.

Objetivo general

Describir y comparar las percepciones de la sociedad salteña y de las mujeres, niñas y adolescentes wichís, sobre las experiencias de unión convivencial o matrimonio de niñas y adolescentes de comunidades originarias wichís de la provincia de Salta, con personas mayores de edad.

Objetivos específicos

- Describir las vivencias y los sentidos asignados a la unión convivencial o matrimonio por parte de las niñas y adolescentes de comunidades wichís de Salta, identificando dinámicas de imposición, aceptación/resignación, adaptación, ambivalencia, contradicción, resistencia.
- Explorar el mundo de vida wichí que enmarca significativamente este tipo de unión entre niñas, adolescentes y hombres mayores, atendiendo a los relatos y sentidos que sobre el mismo fueron construidos
- Examinar los estigmas que circulan entre la comunidad salteña en torno a las experiencias afectivas entre niñas y adolescentes con personas mayores de edad.

Estado de la cuestión

El matrimonio infantil es una práctica prohibida en casi todo el mundo. En su gran mayoría estas niñas son pobres, viven en zonas alejadas de los grandes centros urbanos, y pertenecen a comunidades originarias o rurales. Desde temprana edad debían realizar actividades del campo, además de agregarle un valor aún más exigente, ya que asumían roles maternos a corta edad, por lo que desarrollaban habilidades parentales de manera precoz⁶. El rol de las mujeres, es demarcado

⁶ Peña Axt, J.C., Huentequeo Toledo, M.T., Capuyan Constanzo, S., “Relatos de mujeres mapuche de la Araucanía: revisitación a las formas de familia bajo la figura de la bigamia”. En Revista Tabula Rasa, núm. 28, pp. 323-346, 2018, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

desde su niñez, quedando un escaso o nulo margen de autodeterminación. Ortega refiere a la asignación de tareas domésticas a las que se circunscribe a las mujeres de las comunidades originarias, llegando a prohibir su participación en espacios público, sustentado en prácticas culturales⁷.

Los informes evidencian una realidad que vulnera a niñas y adolescentes, no obstante, poco se sabe de las formas de vida de las niñas de las comunidades wichís de Salta. Tarducci plantea el concepto de los “silencios” etnográficos acerca de los abusos y violencia en la esfera íntima de las comunidades originarias, y la casi inexistencia de estudios etnográficos al respecto⁸. Dominguez y Alvarado plantean la necesidad de un cambio en las sociedades, para contrarrestar la idea de que no son condenables los matrimonios forzados entre niñas y adultos, junto al acompañamiento estatal⁹.

Cuando las mujeres de comunidades originarias luchan por romper con ese rol tradicional, su propia comunidad se encarga de silenciarlas, para que el *status quo* no se rompa. Bergesio¹⁰ dice al respecto, es prueba de ello que se silencien las luchas de aquellas mujeres que –desde las mismas identidades culturales– sostienen que los abusos sobre las mujeres en las propias comunidades responden a las condiciones de vulnerabilidad que imponen los regímenes de dominación más extendidos, es decir, un lugar de autoridad, otorgando o negando permisos y colocando las jerarquías aceptadas en su lugar (*ídem*).

Abordar la temática desde una perspectiva enfocada en fortalecer los derechos de niñas y adolescentes pertenecientes a las comunidades originarias, dice Szul, resulta significativo que frente a la inconmensurable vulneración de los derechos

Recuperado de <https://www.redalyc.org/journal/396/39656104018/html/>

⁷ *Op. Cit.*

⁸ Tarducci, M. “Abusos, mentiras y videos. A propósito de la niña wichi”. En Boletín de Antropología y Educación pp. 7-13. Año 4 - N° 05. 2013 ISSN 1853-6549.

⁹ Dominguez Riquelme, L.A. y Alvarado León, A. “Aplicación del matrimonio forzado en comunidades indígenas en México” (2015-2019). En Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México 309 E-ISSN: 2594-0708 / Año 13, No. 26, octubre 2019 - marzo de 2020 / pp. 309-333.

¹⁰ Bergesio, L. (2016) Pueblos distantes, derechos universales y voces silenciadas en torno a un documental sobre los wichí. Revista Española de Antropología Americana 2015, vol. 45, núm. 2, 477-498 ISSN: 0556-6533 3 <http://dx.doi.org/10.5209/REAA.54937>

de los niños y niñas indígenas en la Argentina, la principal acción del organismo internacional abocado a la infancia (se refiere a Unicef) haya sido una campaña de difusión¹¹.

Dicha práctica, naturalizada, es también aprovechada por hombres no pertenecientes a las comunidades originarias, testimonia Zamora que en Formosa existe la práctica de los criollos que llaman el ‘chineo’, que es acosar, perseguir y secuestrar a las mujeres wichí para saciar sus instintos animales con la violación sexual y después maltratarlas, sin que la justicia provincial o nacional actúe. Ellas están estigmatizadas, desde su nacimiento son solamente objetos, con un claro fin reproductor, doméstico, sin voz ni derecho a queja. Afirma Octorina Zamora que las costumbres wichís no deben servir de excusa para justificar el abuso infantil, o la violencia de género, el hecho de ser mujer, encima ser india, encima tratar de ser una voz, peor todavía. Yo me siento más vulnerable.

Profundizar en las visiones, aspiraciones y posibilidad de cambio en las mujeres de las comunidades originarias es una manera de colaborar como herramienta de cambio. En este sentido, Sciortini¹² refiere que no existe un corpus de investigación sistemático, ni una problematización teórica sobre las cuestiones de género en los pueblos indígenas de nuestro país.

Enfoque conceptual acerca del problema

Plantea Goffman¹³, creemos por definición, desde luego, que una persona que tiene un estigma, no es totalmente humana. Valiéndonos de ese supuesto, practicamos diversos tipos de discriminación, mediante la cual reducimos a la

¹¹ Szulc, A., Colangelo, M.A., Shabel, P., Leavy, M.P., Enriz, N., Hernandez, M.C: (2016) Al rescate de la niñez indígena. Reflexiones antropológicas a partir de una campaña de UNICEF Argentina en Revista Política y Sociedad ISSN: 1130-8001 Vol. 53, Núm. 1: 123-142 http://dx.doi.org/10.5209/rev_POSO.2016.v53.n1.46986

¹² Sciortino, S. (2012). La etnografía en la construcción de una perspectiva de género situada. Clepsydra. Revista Internacional de Estudios Feministas y Teoría del Género (11), 41-58. En Memoria Académica. Disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.11149/pr.11149.pdf.

¹³ Goffman, E. “Estigma”, (2006) Amorrortu Editores, Buenos Aires, Argentina.

práctica, sus posibilidades de vida. Y agrega, que para la persona estigmatizada, la inseguridad relativa a su *status*, prevalece sobre una gran variedad de interacciones sociales. No por nada hago referencia a este concepto de estigma, porque la misma palabra tiende a ubicar a las niñas, en un lugar casi inamovible, sin poder accionar sobre sus propios destinos. Y eso se evidencia en las violaciones, no condenadas socialmente por la propia comunidad, en la que criollos violan y violentan a sus niñas.

En consonancia con este concepto, Winch supone que lo que da sentido a una acción es el hecho de seguir una regla. Su conducta pertenece a esa categoría solo si existe la posibilidad de que algún otro comprenda lo que está haciendo colocándose a sí mismo hipotéticamente en la situación de cumplirlas¹⁴. Siguiendo lo enunciado, si existe una regla que cosifica a las niñas, todos pueden violarlas y maltratarlas, no existe motivo o razón para que ello se modifique. Estas conductas están legitimadas por las propias comunidades, en las que es natural silenciar a sus mujeres, amparados en sus prácticas culturales. Ese significado se lo otorgan los otros en sociedad, y no individualmente. El hecho de establecer una norma no es una actividad que se pueda adscribir a cualquier individuo completamente aislado de otros, ya que solo el contacto con estos últimos posibilita el control de las propias acciones, control inseparable de una pauta establecida” (1990, p.35)

Bauman¹⁵ plantea los conceptos de orden y ambivalencia, como su gemelo no deseado, como parte del mismo sentido de producir el orden, en vinculación con la ruptura con las tradiciones, habilitó a que los individuos puedan ejercer sus libertades, y que al mismo tiempo esto generó miedos y descontentos. Esto puede ayudar en este proceso de emancipación de las mujeres de comunidades originarias, romper con esa legitimación, liberándose del estigma.

Retomamos las percepciones de Vacarezza¹⁶, entendidas como conocimiento subjetivo, susceptible de varias explicaciones: observa la variabilidad y

¹⁴ Winch, P. “Ciencia social y filosofía ” (1990) Amorrortu editores, Buenos Aires.

¹⁵ Bauman, Z. “Modernidad y Ambivalencia”, (2006) Editorial Anthropos, Barcelona, España.

¹⁶ Vacarezza, S.L. “Conflicto en torno a una intervención tecnológica: Percepción del riesgo ambiental, conocimiento y ambivalencia en la explotación minera de Bajo de la Alumbrera” Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad - CTS, vol. 6, núm. 17, abril, 2011, pp. 241-260 Centro de Estudios sobre Ciencia, Desarrollo y Educación Superior Buenos Aires, Argentina.

fragmentación de las argumentaciones (...), sus consecuencias y los intereses en juego, fragmentación que depende tanto de la complejidad del objeto en cuestión. Y en los testimonios se podrán observar con claridad el sentido que cada una de las partes le otorga a estas relaciones, dándole un sentido diferente con sus respectivas justificaciones.

Atravesado por la perspectiva de género, mirada obligada en esta temática. Haraway¹⁷ advierte que muchas corrientes en el feminismo argumentan y teorizan que las posiciones de los subyugados son ventajosas justamente por provenir de la periferia, los márgenes, estados que parecieran conferirle una prioridad ética política por su condición de postergación histórica (similar al punto de vista feminista). No obstante, advierte que es importante no romantizar esta posición (poder seguir reflexionando, cambiando, criticando la propia mirada).

Esto me interpela a poder plasmar en este trabajo de tesis final, cómo es que estas niñas llegan a estas formas de vida, ¿Acaso las comunidades originarias a las que pertenecen les impone estas formas de vida sin tener en consideración sus posibles expectativas o anhelos? Por ello propuse un concepto denominado Sociología de las (in)visibilizadas, porque contiene a aquellas niñas y adolescentes que fueron asesinadas, a quienes murieron, y a quienes aún desconocen de la fuerza emancipadora que poseen sus vidas.

¹⁷ Haraway, D., Conocimientos situados: la cuestión científica en el feminismo y el privilegio de la perspectiva parcial, En Haraway (1995) Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza. Madrid, Cátedra, prólogo, introducción, cap. 7, pp. 313-347.

Referencias bibliográficas

- Anderson, E. (1995b). Feminist Epistemology: an interpretation and a defense. *Hypatia*, 10(3), 50-84.
- Bauman, Z. (2006). *Modernidad y Ambivalencia*, Barcelona, Anthropos.
- Bergesio, L. (2016). Pueblos distantes, derechos universales y voces silenciadas en torno a un documental sobre los wichí. *Revista Española de Antropología Americana* 2015, vol. 45, núm. 2, 477-498 <http://dx.doi.org/10.5209/REAA.54937>
- Domínguez Riquelme, L.A. y Alvarado León, A. (2019) Aplicación del matrimonio forzado en comunidades indígenas en México (2015-2019). En *Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica* / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México 309 / Año 13, No. 26, octubre 2019 - marzo de 2020 / pp. 309-333
- Fundación para el Estudio e Investigación de la Mujer (2021) Informe “Previniendo el Matrimonio y las Uniones infantiles: una forma de violencia contra mujeres y niñas en Argentina”. Recuperado de <http://feim.org.ar/2021/05/28/salta-entre-las-provincias-donde-se-casa-a-ninas-con-adultos-mayores/>
- Goffman, E. (2006). *Estigma*, Buenos Aires, Amorrortu Editoresa.
- Haraway, D., 1995 (1991). Conocimientos situados: la cuestión científica en el feminismo y el privilegio de la perspectiva parcial, En Haraway (1995) *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*. Madrid, Cátedra, prólogo, introducción, cap. 7, pp. 313-347.
- Ortega Gonzalez, N.C. (2017). La mirada distraída Los matrimonios forzados en las comunidades indígenas de México: ¿tradición cultural o violencia de género? Recuperado de <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdad-genero/2017-05/2dolugarEnsayo2016.pdf>
- Peña Axt, J.C., Huentequero Toledo, M.T., Capuyan Constanzo, S., (2017). Relatos de mujeres mapuches de la Araucanía: revisitación a las formas de familia bajo la figura de la bigamia. En *Revista Tabula Rasa*, núm. 28, pp. 323-346, 2018, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Recuperado de <https://www.redalyc.org/journal/396/39656104018/html/>
- Peker, L. (2012). “Lo ancestral no es excusa”. *Página 12*, recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-7611-2012-11-02.html>
- Sciortino, S. (2012). La etnografía en la construcción de una perspectiva de género situada. Clepsydra. *Revista Internacional de Estudios Feministas y Teoría*

- del Género (11), 41-58. En Memoria Académica. Disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.11149/pr.11149.pdf
- Szulc, A., Colangelo, M.A., Shabel, P., Leavy, M.P., Enriz, N., Hernandez, M.C: (2016) Al rescate de la niñez indígena. Reflexiones antropológicas a partir de una campaña de UNICEF Argentina en Revista Política y Sociedad ISSN: 1130-8001 Vol. 53, Núm. 1: 123-142 http://dx.doi.org/10.5209/rev_POSO.2016.v53.n1.46986
- Tarducci, M. (2013). Abusos, mentiras y videos. A propósito de la niña wichí. En *Boletín de Antropología y Educación*, pp. 7-13. Año 4 - N° 05. 2013 ISSN 1853-6549.
- Vacarezza, S.L. (2011). Conflicto en torno a una intervención tecnológica: Percepción del riesgo ambiental, conocimiento y ambivalencia en la explotación minera de Bajo de la Alumbreira *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad - CTS*, vol. 6, núm. 17, abril, 2011, pp. 241-260 Centro de Estudios sobre Ciencia, Desarrollo y Educación Superior Buenos Aires, Argentina
- Winch, P. (1990). *Ciencia social y filosofía*, Buenos Aires, Amorrortu editores.

Jerarquización del proceso de control de legalidad de la medida excepcional¹

*Ángela Gabriela Fernández²
Esteban Caride³*

Breve descripción del contexto

El control de legalidad es un proceso de fundamental importancia por los derechos que afecta, tanto de la NNoA como de sus progenitores o familia de origen. En lenguaje coloquial, bien podría decirse que en ese trámite “se juega el futuro” de aquel.

La ley 26061 y el Código Civil y Comercial de la Nación establecen algunas pautas en cuanto a plazos y requisitos, pero consideramos que la realidad y la trascendencia de lo que en él se resuelve, aconsejan incorporar ciertos requisitos formales para garantizar el debido proceso para todos los involucrados.

¹ Esta ponencia responde a la opinión personal de los autores; no debe considerarse una postura institucional del organismo en el que se desempeñan.

² 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

³ 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

Esto, en definitiva, redundará en beneficio del NNoA en tanto dará más seguridad jurídica a lo que se decida y evitará que en el trámite queden fisuras que pudieran dar lugar a planteos de nulidad, instancias recursivas extemporáneas y la prolongación desmesurada de la definición del caso que a veces implica desandar todo lo hecho hasta allí.

La presente ponencia se refiere a cuatro ejes, que entendemos reforzarán la legitimidad de todo lo que se resuelva en el control de legalidad. Las cuatro propuestas convergen en un proceso con más seguridad jurídica, que respete la bilateralidad, la “igualdad de armas”, la primacía de la verdad objetiva, la consideración de las condiciones de vulnerabilidad que afecten a los particulares, mayor claridad y objetividad en los elementos de convicción; en definitiva, propuestas que jerarquicen el “control de legalidad” para un servicio de Justicia más eficaz, eficiente, justo y respetuoso de los derechos de todas las personas involucradas.

Carga probatoria para el órgano administrativo

Si la medida excepcional es realmente *última ratio*, quien la adopta debería acreditar que agotó la instancia de implementación de las medidas de protección especial (ley 26061 art. 33 – 38). Solo podría eximirse de ello si demostrara que la medida excepcional se dispuso ante un cuadro de extrema gravedad y urgencia, que exige la inmediata separación del NNoA de su grupo familiar.

La presunción de legalidad de los actos administrativos no es óbice a que en la instancia judicial los alcance el principio de la carga probatoria, sobre todo teniendo en cuenta los derechos que están en juego y la disparidad que existe entre las partes: por un lado el Estado, por el otro un NNoA y su familia, inmersos la mayoría de las veces en condiciones de vulnerabilidad. Es un caso en que queda plenamente justificado el principio de la carga dinámica de la prueba, que el artículo 710 del Código Civil y Comercial de la Nación expresamente manda aplicar en los procesos de familia. Más aún, es la propia letra de la ley de protección integral la que relativiza aquella presunción, al establecer como principio general un escrutinio por autoridad judicial de la legalidad de la medida excepcional, el que de ningún modo puede reducirse a la formalidad del acto sino que se extiende también a sus fundamentos y a la manera en que el órgano administrativo ejecuta la estrategia de restitución de derechos mientras esté vigente aquella. Cabe aplicar

plenamente los principios que el Código Civil y Comercial establece en su artículo 706 para los procesos de familia⁴.

En la generalidad de casos, sin embargo, se promueve el expediente judicial en un escueto escrito, con copia del acto administrativo y a veces un informe interdisciplinario o algún documento generado en el ámbito hospitalario. Brillan por su ausencia actas de entrevistas con la familia de origen, acuerdos para sostener medidas de protección especial, la efectiva implementación de la política pública -traducida en recursos concretos de orden material, atención de salud mental, acompañamiento profesional, entre otros- y el ulterior fracaso de la misma⁵. O bien el rechazo que hubieran manifestado los progenitores a las medidas ofrecidas. La sola relación de hechos y un informe surgido del propio presentante, jamás deberían servir para abonar la confirmación en sede judicial de lo actuado en sede administrativa, desde el momento que no podría sostenerse “de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”, configurando la excepción a la regla que establece la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 9.⁶

Si se busca sostener la legalidad de la intervención estatal en el ámbito familiar y con una perspectiva de derechos humanos, no hay justificación para negar a la familia y en última instancia, también al niño, en cuanto principal afectado, un proceso donde las partes más débiles -les asista o no razón, objetivamente están en desventaja frente al aparato estatal- cuenten al menos con el principio de bilateralidad o contradicción, con irrestricto derecho a ser oídas respecto de lo afirmado y confirmado por la otra.⁷

⁴ “El juez debe asumir un rol activo para ordenar y reconducir los trámites... no puede ser meramente espectador, sino que, por el contrario debe tener contacto y diálogo con las partes” ((Molins y Pauloni, 2020, p. 108).

⁵ “Las acciones deben estar enmarcadas en programas sujetos a evaluación y control en cada caso concreto, de manera que se evite la improvisación sobre la marcha del caso. Sólo en aquellos casos en que se ha cumplido con las opciones previstas legalmente resulta legítimo que el organismo proteccional determine algunas de las medidas excepcionales de protección” (Custet Llambí, 2013, p. 2).

⁶ En este sentido, Budich y Muñoz Genestoux (2018, p. 1).

⁷ (Molins y Pauloni, 2020, p. 109).

Cabe recordar que atribuir valor probatorio a lo que son en definitiva meras manifestaciones de la administración sobre la probidad de su propia conducta, rompiendo la bilateralidad y la carga dinámica de la prueba, implicaría en muchos casos tener por cierto un estado de cosas⁸ difícil de revertir para la familia del niño, trastocando en los resultados del proceso el principio de subsidiariedad de la adopción y prioridad de la familia de origen, que debe respetarse escrupulosamente.⁹

Por último, es la propia Corte Interamericana la que pone alta la vara al momento de evaluar la actuación de los organismos públicos para que se justifique una medida de separación. En efecto, ese Tribunal ha dicho que “la excepcionalidad de la separación familiar implica que se debe analizar si las autoridades nacionales adoptaron todas las medidas necesarias y adecuadas que se les podían razonablemente exigir, para que los niños pudieran llevar una vida familiar normal en el seno de su propia familia”.¹⁰

Consideramos entonces, que no puede obviarse la prueba de toda la actividad obligatoria y previa al dictado de una medida excepcional, al momento en que -con opinión del Ministerio Público de la Defensa y con citación de los progenitores- el tribunal debe expedirse sobre la legalidad de la separación del NNoA de su entorno familiar.

Se propone, de *lege ferenda*:

- Al promover el control de legalidad, el órgano administrativo acompañará prueba respaldatoria del agotamiento de las medidas de protección integral, incluyendo actas de entrevistas con familiares, notificaciones cursadas, puesta a disposición del NNoA y su familia recursos públicos idóneos para restituir el derecho vulnerado, entre otros. Solo podrá eximirse de este requisito si se acredita que el dictado de la medida excepcional obedeció a causas urgentes y de extrema gravedad que exponían al NNoA a inminente daño físico o psíquico.

⁸ Nada menos que la existencia de causas graves para separar al NNoA de su familia y el fracaso de las medidas de protección integral que deben preceder a la medida excepcional.

⁹ De Irureta – Cuesta (2020, p. 203).

¹⁰ Fallo “Ramírez Escobar y otros c/Guatemala” del 9 de marzo de 2018, citado por De Irureta – Cuesta (2020, p. 206).

Intervención del Defensor Público de Ausentes

La citación obligatoria al proceso de los progenitores -u otro familiar que tuviera a su cargo al NNoA- la establece el art. 40 de la ley 26061. Además de su participación personal en la audiencia a que se refiere el artículo, esta convocatoria debería operar también como una invitación a participar del proceso y producir la prueba que sea admitida en orden a que demuestren -si lo logran- que el acto administrativo carece de sustento o no se han agotado las medidas de los arts. 33 y siguientes, privando así de legitimidad a la medida excepcional. Y si el juez otorga el conforme de legalidad al acto administrativo, deberían los progenitores u otros familiares demostrar que logran revertir las razones que inicialmente justificaron la medida, para lograr la restitución del NNoA al ámbito familiar.

Pero la norma no tiene prevista la eventualidad de que no pudieran ser convocados a la audiencia, como ocurre en los casos en que se desconoce su paradero por haber mudado el domicilio o estar en “situación de calle”. El punto es que, si no son ubicados y al menos notificados de la convocatoria, nadie interviene por sus intereses ni brinda al juez una mirada alternativa a lo que afirma el órgano administrativo para decidir si la separación del niño de su familia fue acertada o injustificada. Y esto se articula con el punto anterior, que hace a la prueba de la inevitabilidad de la medida excepcional y sus consecuencias.

La eventual notificación por edictos podrá cumplir una formalidad adjetiva, pero no puede afirmarse que satisfaga la garantía de la defensa en juicio ni el acceso material a justicia. Y esto, más allá de los legítimos intereses de los progenitores, repercute negativamente en el andamiaje procesal sobre el cual se erige en primer lugar la legalidad del procedimiento administrativo y judicial, pero también el camino recorrido que pueda justificar, en definitiva, el agotamiento del contexto familiar como potencial cuidador y el dictado de un pronunciamiento en orden a la inserción del NNoA en una familia alternativa.

Cuando tratan el “efectivo acceso a la Justicia para la defensa de los derechos”, las Reglas de Brasilia señalan que deberán promoverse las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad, así como los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Destacan también la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar

la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales, mencionando específicamente la ampliación de funciones de la Defensa Pública y sin perjuicio de la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia. Establecen asimismo las tres características que debe tener la defensa de los vulnerables: calidad, especialización y gratuidad (Reglas de Brasilia, Capítulo II).

Corresponde recordar que si se llega al dictado de situación de adoptabilidad, esta tienen efectos equivalentes a la privación de la responsabilidad parental. Nótese la disparidad de situaciones en las que se arribaría a idéntico resultado. En un supuesto, un trámite breve y con escaso margen para el debate y la producción de pruebas, con una evidente disparidad de armas procesales; de un lado, la administración y la autoridad judicial y, del otro, particulares habitualmente alcanzados por condiciones de vulnerabilidad. En el otro supuesto, el de un pleito entre dos particulares, tramitaría por vía de ordinario y, ante una parte demandada ausente, debería darse intervención al Defensor Oficial para que lo represente.¹¹

Solo un proceso judicial sólido y sin actos -tanto administrativos como forenses- pasibles de planteos invalidantes posteriores garantizará la seguridad jurídica que merece el NNyA para la restitución de sus derechos y el retorno a la vida familiar, o en su defecto acompañarlo en un proyecto de vida en una nueva familia.

La propuesta en este aspecto es, entonces, que en aquellos controles de legalidad donde no pueda notificarse de manera personal la convocatoria a la audiencia del art. 40 a los representantes legales del NNoA, intervenga el Defensor Oficial en su rol de defensa de ausentes (Ley 27149 art. 42) y continúe en dicho carácter hasta tanto aquellos sean ubicados y citados a estar a derecho¹². La representación alcanzaría también las cuestiones vinculadas al ámbito administrativo (ley citada, inc. q), en tanto muchas veces revertir la vulneración de derechos

¹¹ Acertadamente Molins y Pauloni afirman que la declaración de la situación de adoptabilidad (art. 607 CCC) equivale a una sentencia de privación de la responsabilidad parental (art. 610 y 700 del mismo Código), “la que requiere, como presupuesto de esa posible condena, de un celoso resguardo de todas las garantías procesales debidas a cualquier parte acusada o demandada” (Molins y Pauloni, 2020, p. 102).

¹² Ello no impide que luego de ubicados los progenitores o familiares, se continúe la intervención de la Defensa Pública como patrocinante de aquellos (conf. Res DGN 230/2017, pto III.b.5).

implica contar con recursos médicos, terapéuticos, asistenciales, sociales, laborales a gestionar en el ámbito público. La ausencia o denegación de los mismos, tornaría ineficaz cualquier esfuerzo para recuperar la convivencia familiar.

De *lege ferenda*, se propone que:

- En aquellos controles de legalidad donde no pueda notificarse de manera personal a los representantes legales la convocatoria a la audiencia del art. 40, no bastará la citación por edictos. Intervendrá el Defensor Oficial del fuero en su rol de defensor de ausentes en ese acto procesal y hasta tanto aquellos sean ubicados y citados a estar a derecho. La representación alcanzará también las cuestiones vinculadas al ámbito administrativo.

Escucha obligatoria y pronta del NNyA por los magistrados

La afectación de derechos fundamentales que implica la separación del NNyA de su grupo familiar torna aconsejable escuchar tempranamente, no solo a los progenitores o representantes legales sino también al principal afectado por la medida, que como ya señalamos, es la propia persona menor de edad.

En la sentencia del caso Furlan, la Corte Interamericana condenó a la Argentina, entre otras cosas, por no cumplir con los deberes relativos a la escucha y ponderación de la opinión del niño. En tal sentido, afirmó que “los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso” (Corte IDH, 2012, párr. 23º y 232).

Ahora bien, no alcanza con “oír” al NNyA sino que la escucha debe ser oportuna. Postergar la misma hasta el agotamiento de los 180 días que establece el CCC o dejar librado al arbitrio de los magistrados el momento en que el principal

sujeto del expediente puede expresar su opinión, su sentir, su deseo, sus dudas y su angustia, no parece razonable ni puede justificarse so capa de evitar supuestas revictimizaciones.

Con criterio de realidad, teniendo en cuenta las agendas judiciales, y como el plazo establecido por la ley 26061 (dentro de las 72 horas) para concretar la audiencia con los representantes legales puede tornar materialmente imposible entrevistar antes al NNoA, el conocimiento personal de este por parte del tribunal y de su defensa cabría establecerlo como requisito a cumplir dentro de los primeros 30 días de institucionalización, recordando que la razonabilidad de los plazos debe medirse conforme la especial situación de los niños.¹³

Así el NNyA conocerá tempranamente al juez y al defensor que a lo largo del proceso irán tomando decisiones sobre su persona y sus derechos. A la vez que el contexto de intermediación permitirá debatir con un conocimiento más integral temas vinculados al accionar administrativo, ya sea la estrategia de restitución de derecho o las condiciones de alojamiento que se ofrecen en la institución donde aquel permanece alojado.

Desde ya que sería beneficioso para el NNoA contar con asistencia letrada en esa entrevista -y en todo el resto del proceso claro- si tuviera discernimiento suficiente para entender de qué se trata la audiencia al igual que las cuestiones personales y familiares en juego, y para expresar su opinión y deseos en tal sentido. Pero la realidad demuestra que la figura del “abogado del niño” se ha desdibujado. En parte porque es poco difundida entre NNyA; en parte porque en general prescinden de ella organismos administrativos y judiciales por razones diversas. De allí que se considera necesario introducir para el control de legalidad una referencia explícita a ese derecho cuyos titulares son las personas menores de edad afectadas por la medida excepcional y lo que resuelva el juez. La asistencia legal de calidad, especializada y gratuita es un derecho de toda NNyA en tanto persona en condición de vulnerabilidad. Y como tal, no puede quedar librado al órgano administrativo, ni al juez ni a quienes ejerzan la defensa de aquellos desde el Ministerio Público, decidir si es necesario o conveniente que actúe un abogado asistiendo al NNoA. Pues en ningún caso el interés superior podrá consistir en la

¹³ (Custet Llambí, 2013, p. 3).

supresión o elusión de lo que el artículo 27 de la ley 26061 establece -refiriéndose no ya a la particular coyuntura de la medida excepcional y su control judicial sino a todas las cuestiones judiciales y extrajudiciales que atañen al NNoA- como una “garantía mínima de procedimiento”. No avanzaremos más en este tema, que por sí mismo merece ser tratado en un texto aparte.

Retomando la escucha por los magistrados que están encargados respectivamente de tomar decisiones y de defender sus intereses, coincidimos con María Rita Custet Llambí en cuanto a que no hay un límite legal mínimo de edad para considerar al niño capaz de emitir opinión, que el límite estará dado en cada caso concreto por la capacidad progresiva de este en relación con el tema a resolver, que se debe presuponer que el niño cuenta con dicha capacidad aun en edades muy tempranas.¹⁴

Por todo ello, de *lege ferenda* se propone que:

- El juez y el defensor de menores deberán tomar conocimiento personal del NNoA dentro de los 30 días de institucionalizado, preferentemente en el dispositivo que lo aloja. En dicha oportunidad informarán a aquel de su derecho a contar con asistencia letrada y, si aceptara, facilitarán el contacto del NNoA con equipos públicos de abogados especializados.

Elevación a la Cámara de Apelaciones “en consulta”

El Código Civil y Comercial tiene previsto un plazo de 180 días terminado el cual el juez debe resolver, dentro de los siguientes 90 días, en principio reintegrándolo al ámbito familiar o -si se agotan las alternativas en tal sentido- buscar una familia alternativa (art. 607 inc. c).

En la realidad, son minoría los casos que se resuelven con la agilidad que pretende el CCC. Las permanencias de NNyA en instituciones se prolongan, al punto que un 17% estaría institucionalizado desde hace 5 años o más.¹⁵

¹⁴ (Custet Llambí, 2013, p. 3).

¹⁵ Permanencia de NNyA institucionalizados en hogares y en familias de acogimiento según la Secretaría de Gestión del Ministerio Público Tutelar a mayo 2022: 37% entre 1 y 3 años, 22% de 3 a 5 años, 17% más de 5 años.

Tal indefinición resultaría lesiva del derecho al plazo razonable en la determinación de los derechos a que se refiere el Pacto de San José de Costa Rica (art. 7 inc. 5 en articulación con el 8 inc. 1). Esto se agrava por la costumbre de muchos jueces de dictar medidas de no innovar en la institucionalización por tiempo indefinido. Uso a nuestro criterio equivocado, en tanto se aparta del principio común de temporalidad de las medidas cautelares, como así también porque no se compadece con uno de los objetivos del dictado de la ley 26061 y el actual paradigma de niñez en cuanto a limitar la discrecionalidad judicial respecto de la persona del NNoA. A ello se agrega que, al no establecerse plazo de la medida de no innovar, la autoridad administrativa -que debería seguir buscando una alternativa a la institucionalización- de algún modo podría sentirse liberada de rendir cuentas periódicas de sus gestiones para lograr el egreso hacia un medio familiar o comunitario que cuide a la niña, niño o joven y le acompañe en su desarrollo personal.

Esta permanencia por tiempo indefinido refrendada por orden judicial, se traduce en jóvenes que egresan de los hogares cuando ya arribaron a la mayoría de edad, en lo que de manera eufemística se denomina “egreso autónomo” o “proyecto de autonomía”, cuando la simple observación de la realidad social nos habla de las dificultades para obtener un primer empleo formal, lo precario de las actividades rentadas a las que acceden los jóvenes que carecen de preparación técnica, conocimiento de idiomas, en general de herramientas para insertarse en el mercado laboral. Ni hace falta mencionar las crecientes dificultades para alquilar una vivienda, a esa edad y con esa precariedad financiera. Los avances registrados en el último lustro en cuanto al acompañamiento en el egreso¹⁶, si bien auspiciosos, no resuelven la cuestión que nos ocupa, esto es, la permanencia de jóvenes en las instituciones, más allá de cualquier límite previsto por el Código Civil y del plazo razonable para la determinación de los derechos.

Por su parte, salvo que exista una intervención procesal activa de los progenitores, a lo largo del tiempo se irán encadenando decisiones judiciales que

¹⁶ En tal sentido, la ley 27364 dirigida a jóvenes de 13 a 21 años, sancionada en junio de 2017 y el “El Programa de acompañamiento para el egreso de jóvenes sin cuidados parentales” (PAE), que otorga una asignación económica equivalente al 80% de un salario mínimo, desde el egreso del hogar hasta los 21 o 25 años (www.argentina.gob.ar/desarrollosocial/pae).

quizás no lleguen a ser revisadas por años o -quizás- nunca, salvo que en algún momento se habilite una vía recursiva ante el superior. Por lo que atañe al acceso a la segunda instancia por recurso planteado por el propio NNoA asistido por su patrocinante, los autores de la ponencia aún no han encontrado un solo ejemplo de ello. E incluso si se abriera esa instancia revisora, las consecuencias del paso del tiempo serán irremontables.

Cada día de indefinición de la situación de los niños adquiere una trascendencia significativamente intrusiva en la vida de estos, que puede determinar su vida futura en forma negativa y generar daños irreparables.¹⁷

De ahí que resulte recomendable contar con un marco de revisión de lo actuado en la primera instancia desde que se promovió el control de legalidad hasta que se agotó el tiempo establecido por el ordenamiento de fondo, cuando no es posible a criterio del juez definir la situación del NNoA en uno u otro sentido. Recuérdese que hablamos de los 180 días máximos de la medida excepcional más 90 días de plazo para resolver.

A semejanza de lo que establecen los arts 253 bis y 633 del CPCCN para procesos con sentencia de limitación de la capacidad, se propone la elevación de los autos a la Alzada a fin de revisar el cumplimiento de formalidades y garantías. Solo que en vez de confirmar una sentencia, la finalidad sería ratificar que la “no decisión” en un sentido u otro, se ajusta a los elementos de convicción y no han quedado medidas a producir para evitar el virtual “estancamiento” del trámite, que se convierte en una institucionalización indefinida y sin pautas procesales expresas que rijan de ahí en más el expediente.

Deberían establecerse también plazos máximos para que el Ministerio Público de la Defensa y el tribunal de Alzada se expidan, a fin de no conspirar contra la celeridad procesal. También evitar que se reabra ante la Cámara una discusión sobre hechos que debió plantearse y resolverse en la instancia de grado.

De este modo, se podrían corregir defectos de lo actuado en primera instancia, remediar alguna situación que pudiera comprometer la seguridad jurídica y cumplir con la garantía de un tribunal superior que revise lo actuado.

¹⁷ (Custet Llambí, 2013, p. 3).

De *lege ferenda*, se propone que:

- Transcurrido el plazo establecido en el último párrafo del artículo 607 del CCC, si el juez no ha resuelto restituir el NNoA a su familia ni dispuso la situación de adoptabilidad, sin que mediara apelación, deberá elevarse el expediente a la Cámara de Apelaciones en consulta a fin de evaluar lo actuado y en su caso -con intervención del Ministerio Público- disponer aquellas medidas que se consideren conducentes para evitar la institucionalización indefinida.

Referencias

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012. Caso “Furlan y familiares vs. Argentina”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (corteidh.or.cr)
- Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa. Ley_Organica_27149.pdf (mpd.gov.ar)
- Reglas de Brasilia. Las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (mpd.gov.ar)
- Resolución Defensoría General de la Nación 230/2017.
PAE: www.argentina.gob.ar/desarrollosocial/pae
- Ley 27364: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000279999/276156/norma.htm>

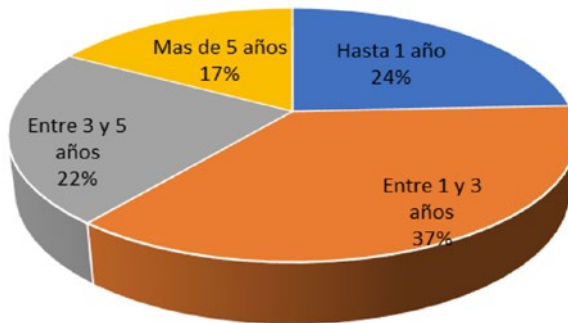
Bibliografía

- Budich, M. y Muñoz Genestoux, R. *Participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales de control de legalidad (ley 26061) y control de internación (ley 26657). Maternidad adolescente y salud mental*. RDF 2018-VI, 21/12/18, 285. TR LALEY AR/DOC/3664/2018.
- De Irureta, S. y Cuesta, L. *El rol de la defensa pública oficial en los procesos de control de legalidad*. RDF Mayo 2020/94, pág. 199-210.
- Custet Llambi, M. R. *Medidas excepcionales de protección a la luz del debido proceso*. RDF 61 02/09/2013, 1. TR LALEY AR/DOC/6218/2013.
- Molins, E. P. y Pauloni, V. S. *La participación procesal de los padres dentro del sistema de protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia*. RDF Mayo 2020/94, pág. 98-110.

Citas

Datos de NNyA institucionalizados en hogares y en familias de acogimiento (dispositivos propios del GCBA y conveniados), elaborados por la Secretaría de Gestión del Ministerio Público Tutelar. Mayo 2022.

Tiempo de alojamiento al 11-05-22



Cronicidad, progresividad, denuncia tardía y retractación: factores psicosociales que interpelan el tratamiento jurídico del abuso sexual intrafamiliar hacia niños, niñas y adolescentes

*Sergio Oscar Libera Medina*¹

Introducción

El abuso sexual intrafamiliar constituye una victimización por razones de género más calladas e invisibles, como proceso de victimización está compuesto por dos elementos sustanciales, es decir, la *violencia andro centrista* hacia el interior de la trama familiar y la *discriminación adulto céntrica* hacia el interior de las instituciones del Estado y la comunidad.

Abuso Sexual - Es la situación de uso excesivo, de ultraje de límites: de los derechos humanos, legales, de poder, de papeles, de reglas sociales y familiares. Ocurre en un contexto de dominación, en el cual el violentado se encuentra subjugado al violentador, sin condiciones de oponerse (Instituto Interamericano del Niño, 2003:19).

¹ Trabajador Social. Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Diplomado en acompañamiento y abordaje territorial de situaciones de violencia por razones de género. Especialista en Planificación y Gestión Social. billybaley@hotmail.com

En este sentido, refuerza una vulneración de derechos que se estriba a partir de una relación entre adultos y niños, niñas o adolescentes que se caracteriza por asimetrías y desigualdades concomitantes con el objeto de generar *poder* y sostener el *control*.

Por consiguiente, refleja una matriz de complejidades en torno a la develación precoz del delito y etapas subsiguientes durante el proceso de justicia considerando que los casos se originan y reproducen dentro del seno familiar.

Esto hace fundamental reconocer tanto las limitaciones de las víctimas en cuanto al ejercicio de acceso a la justicia como la agudización del padecimiento producto del trauma ocasionado por el agresor en las sucesivas etapas del proceso penal.

El objetivo principal del sistema judicial no es la protección del niño víctima, sino el enjuiciamiento de un presunto hecho delictivo mediante un proceso justo y, en el caso de que se declare la culpabilidad del acusado, el castigo del presunto agresor. El proceso, pues, no está orientado esencialmente a proteger al niño, sino que este, a ojos de la justicia, es tratado como un testigo de su propia historia del cual hay que obtener pruebas (SAVE THE CHILDREN, 2018: 14).

Por ello, resulta relevante reconocer que persisten rígidos culturales que atraviesan el sistema judicial. Esto puede tener incidencia sobre la decisión de los magistrados al momento de dictaminar penas más cercanas a los mínimos establecidos por la ley que a los plazos máximos que esta reprocha.

Las sentencias judiciales son escasas y muy benévolas para los agresores, especialmente en delitos sexuales contra las niñas y adolescentes; investigaciones mal integradas no garantizan el acceso a la justicia y reparación del daño (Cámara de Diputados. Centro de Estudios para el Logro de la Igualdad de Género, 2019: 14).

En consecuencia, la sentencia condenatoria relativamente concordantes con el mínimo imponible invisibiliza el dolor y las consecuencias presentes y futuras de la víctima y deja de manifiesto el pensamiento adulto céntrico de linaje ando centrista que atraviesa el sistema judicial.

Ello, da cuenta de la necesidad de interpelar los rígidos sociales y culturales que atraviesan el tratamiento jurídico respecto a las causas que tramitan abuso sexual intrafamiliar hacia niños, niñas y adolescentes.

Aproximación conceptual respecto al abuso sexual intrafamiliar hacia Niños, Niñas y Adolescentes

El abuso sexual intrafamiliar es servirse de una niños, niña o adolescentes perteneciente al núcleo íntimo conviviente, consanguíneo o por afinidad como objeto de placer donde los comportamientos sexuales intrusivos constituyen un medio hacia un fin determinado, generar el sometimiento sobre la víctima a través del poder.

El abuso sexual intrafamiliar supone la transgresión de las normas legales configurando el delito de abuso sexual (art. 119, CP) y agravantes del tipo penal, es decir, el vínculo (inc. b) y la convivencia (inc. f).

Asimismo, transgrede las reglas sociales en cuanto la protección que la sociedad espera de los adultos hacia los niños, niñas y adolescentes producida por la victimización de uno o varios miembros de la familia menores de edad y la defraudación de la confianza que los integrantes adultos del grupo familiar que depositan en el agresor.

El agresor se vale de una asimetría de poder para el abuso sexual constituida por diversos tipos, entre estas podemos mencionar: asimetrías etnolingüísticas (desconocimiento de leyes e instituciones); asimetrías por identidad de género (las coloquialmente llamadas “violación correctiva”); asimetrías físicas, psicológicas, sensoriales y neurolingüísticas (impedimentos para exteriorizar el abuso); asimetrías de edad y diferencia generacional (rígidos adulto centristas); asimetría socioeconómica (habitacional, manutención del hogar).

Estos factores psicosociales y socioeconómicos interactúan como matriz de desigualdad que profundiza el contexto de vulnerabilidad y dependencia de la víctima respecto al agresor.

En consecuencia, genera una ambivalencia respecto a una situación de dolor hacia la víctima pero que tanto el lugar (hogar) y el agresor (familiar) representa una carga simbólica en cuanto a roles y emociones.

Consecuencias del abuso sexual intrafamiliar: perjuicios sociales e institucionales, daño hacia la víctima y el grupo familiar, y suicidio feminicida por inducción.

El impacto del abuso sexual intrafamiliar se refleja en implicancias socioeconómicas hacia la sociedad e instituciones del Estado, así como también, repercusiones emocionales hacia la víctima y su entorno familiar.

Estimación cuantitativa respecto a los perjuicios de la victimización hacia Niños, Niñas y adolescentes

Los perjuicios de la conducta antijurídica penalmente reprochable inferen diversas consecuencias de distinta índole.

Perjuicios en la economía como resultante de los costos en la asignación presupuestaria para el funcionamiento de las instituciones del sistema salud pública, agencias de seguridad ciudadana, administración de justicia, sistema penitenciario, políticas públicas de prevención, por ejemplo, campañas de sensibilización social, gestión de infraestructura, insumos y recursos humanos.

Perjuicios en los procesos de paz dado que puede manifestarse en hechos de conflictividad social. Por un lado, las coloquialmente denominadas “puebladas” contra instituciones del Estado, por ejemplo, vandalizar dependencias policiales. Por otro lado, los comúnmente llamados “linchamientos”, es decir, agresiones físicas contra los presuntos autores de los delitos o sus propiedades (casa, automóvil, otros) donde la comunidad impacta con ingente fuerza violenta producto de la incredulidad e impotencia frente a hechos de esta naturaleza contra los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes aunado a la sensación de impunidad latente.

Estas representaciones estimables a nivel económico e inmensurable hacia la esfera social e institucional reflejan evidentemente los perjuicios que originan la victimización sexual y vulneración de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

En consecuencia, la transversalización de los efectos socioeconómicos del abuso sexual intrafamiliar trasciende la transgresión de la ley penal y costas del tratamiento judicial.

Aproximación cualitativa respecto a la extensión del daño por la victimización por abuso sexual intrafamiliar de niños, niñas y adolescentes

La victimización presenta alcances personales y familiares del daño integral como producto de la acción criminal.

Respecto al daño nos referimos a todos aquellos aspectos corporales y espirituales como consecuencias del delito. En efecto, se pueden identificar diversos factores que afectan la salud integral de las víctimas, entre estos, podemos mencionar:

El *daño sobre la estructura física* manifestado en lesiones leves o graves generando eventuales cuadros de incapacidad (transitoria) o discapacidad (permanente).

El *daño sobre la salud sexual y reproductiva* por curso de embarazo producto de los abusos sexuales, transmisión de enfermedades por vía sexual, aborto e impedimento futuro de maternidad.

Esto afecta el desarrollo integral, por ejemplo, el embarazo y posterior maternidad relativiza la escolaridad ante la necesidad de compatibilizar la formación académica con las tareas de cuidado afectando de manera significativa el proyecto de vida.

El *daño sobre el derecho al nombre y la identidad*. Pueden presentarse casos en que se haya tramitado documento nacional de identidad por ante el Registro Civil de niños o niñas que su nacimiento se gestó producto de abusos sexuales hacia la madre. La sustracción o sustitución de identidad se produce por el único fin de propiciar el ocultamiento del delito.

El *daño sobre la salud mental* en cuanto a problemas asociados a la ansiedad, depresión, trastornos de sueño no solamente por la victimización sexual sino, principalmente, por la imposibilidad de transmitir lo que le sucede. La angustia producto del sufrimiento en silencio, cuadros depresivos por la culpa de la ruptura de la estructura familiar, el agotamiento psicológico por la dilación del proceso penal.

El *daño sobre la reproducción social* pudiéndose manifestar en problemas en la dinámica de las relaciones interpersonales e incluso desintegración de vínculos hacia el interior del hogar y dificultades para generar o mantener relaciones sociales en ámbitos externos como la escuela o centros deportivos.

Esto trae aparejado una escasa participación en la adopción de decisiones, redes y relaciones interpersonales limitadas, una reducida movilidad geográfica, una débil autoestima y, en general, un deterioro de la calidad de vida de la víctima,

que incide en sus posibilidades de elegir y ejercer el control sobre su propia vida y recursos (CEPAL, 2007: 74).

El *daño sobre la vida* que puede inferir dos tipos de actos. Por un lado, el femicidio en grado de tentativa o concreción con el objeto de ocultamiento de los hechos de abuso. Por otro lado, tentativa o suicidio por parte de la víctima producto de la victimización sistemática.

Las adversidades de la niñez, incluyendo abuso físico, emocional y sexual, conducen a un riesgo substancialmente más alto para el suicidio (Ministerio de Salud, 2013: 22).

En anuencia, se puede ponderar diversos indicadores sociales que pueden dar cuenta de la afectación sobre los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual intrafamiliar.

Indicadores de afectación física: trastornos para conciliar el sueño; cambios en los hábitos de comida; pérdida del control de esfínteres (enuresis, encopresis).

Indicadores de afectación en la conducta: consumo de drogas o alcohol; fuga de hogar; actitudes autolesivas o suicidas; hostilidad y agresividad pudiendo ocasionar lesiones a familiares de forma involuntaria; hiperactividad; bajo rendimiento académico; inasistencia y deserción escolar.

Indicadores de afectación emocional: miedo generalizado sin causa aparente; culpa y vergüenza; depresión; ansiedad; baja autoestima y sentimientos de estigmatización; rechazo del propio cuerpo; desconfianza y rencor hacia los adultos; trastorno de estrés post traumático.

Indicadores de afectación en las relaciones sociales: déficits en habilidades sociales; retraimiento o aislamiento social; conductas antisociales.

Indicadores de afectación sobre la sexualidad: conocimiento precoz o inapropiado para su edad; masturbación compulsiva; excesiva curiosidad sexual; conductas exhibicionistas; exposición de su cuerpo mediante el uso de dispositivos de las tecnologías de la información y comunicación a través de redes sociales; cuestionamientos sobre la identidad sexual.

Indicadores de afectación sobre la seguridad personal y familiar: hechos de hostigamiento, coacción, violencia, amedrentamiento o amenazas por parte de la familia del imputado.

Indicadores de afectación en el comportamiento y la dinámica de las relaciones interpersonales hacia el interior del hogar: conductas de desobediencia, falta de interés en ayudar en las tareas del hogar, conflicto con la figura

de autoridad, problemas en la autoestima, retraimiento social lo que produce dificultad para relacionarse con adultos, relaciones de amistad con sus pares y dificultad para generar y mantener redes afectivas.

Indicadores de afectación a la representación simbólica masculina en la relación de pareja: la sexualización traumática puede provocar una visión simbólica del hombre en términos de poder, dominación y control, por ejemplo, que el abusador haya cumplido una condena por un delito contra las personas y en la adolescencia o etapa adulta la víctima forme una relación de noviazgo con una persona que ha cometido un delito de la misma índole. Esto da cuenta de la continuidad de patrones de violencia y victimización respecto a relaciones desiguales con los hombres.

Estas secuelas permiten realizar una estimación en relación con la forma en que las primeras experiencias pueden influir en el presente y futuro incidiendo en las dimensiones del desarrollo humano y ejercicio de derechos.

En esa línea de ideas, proporcionan indicadores que dan cuenta de la manera en que el abuso sexual intrafamiliar ha condicionado el proyecto de vida.

Autoagresión progresiva, intención de muerte y suicidio feminicida: la peor consecuencia de la victimización por abuso sexual intrafamiliar

La víctima puede atravesar por un profuso estado de ansiedad, angustia o depresión producto de la situación de abuso sexual sujeta al transcurso del tiempo.

La sensación de soledad e impotencia por no poder hablar frente a la victimización puede generar actitudes manifestadas en lesiones autoinfligidas, ideación suicida² o suicidio como respuesta al dolor, la culpa y el temor.

Estas expresiones pueden oscilar progresivamente desde conductas agresivas físicas como lesiones compatibles con laceraciones por el uso de elementos

² Pensamiento o ideación de servirse como agente de la propia muerte, que expresa el deseo o la intención de morir. La ideación suicida puede variar en severidad dependiendo de la especificidad del plan suicida y del grado de intención. Es importante, aunque no sencillo, diferenciarla de la ideación de muerte (Ministerio de Salud, 2018: 44).

cortantes, quemantes o similares hasta conductas como consumo abusivo de alcohol o drogas como forma de auto agresión, inclusive, exponiendo riesgo de vida.

Así, como expresión de la vulneración sistemática de los derechos humanos de la niñez y adolescencia podemos mencionar la situación de una adolescente víctima de abuso sexual por parte de un familiar con quien tenía vínculo cotidiano respecto al suicidio como respuesta a la victimización.

En febrero de 2019, en la provincia de Salta, V.D., una joven de 15 años se suicidó. Su hermana mayor, de 23 años, tras esta trágica decisión, logró romper con el círculo de violencia al que eran sometidas ella y sus dos hermanas menores y denunció a su padre por abuso sexual (Defensoría del Pueblo de la Nación, 2019).

Estas manifestaciones extremas constituyen muestra cabal de la extensión del daño producto del abuso sexual intrafamiliar hacia los niños, niñas y adolescentes como expresión de la victimización.

En este sentido, la Organización de Estados Americanos establece en el año 2018 la Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la muerte violenta de Mujeres (Femicidio/Feminicidio) aprobada en el marco de la XV Reunión del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), la cual refiere por su artículo 8 Suicidio feminicida por inducción o ayuda en sus incisos *a. Que el suicidio fuera precedido por cualquier forma de violencia de género del actor contra la víctima; b. Que el agresor se haya aprovechado de la superioridad generada por las relaciones preexistentes o existentes entre él y la víctima.*

En consecuencia, el suicidio de un niño, niña o adolescente víctima de abuso sexual podría ser orientado a la investigación judicial respecto a un suicidio feminicia por inducción.

Recepción judicial del relato de los Niños, Niñas y Adolescentes: cuestiones relevantes en torno a la implementación de la Cámara Gesell

La declaración de la víctima constituye un elemento de convicción fundamental en la investigación penal para la argumentación de la teoría del caso.

Por ello, en cuanto a la recepción judicial del relato de niños, niñas y adolescentes en procesos judiciales, la Convención de los Derechos del Niño expresa en su Artículo 12 inc. 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.

Ahora bien, resulta relevante considerar que el niño, niña o adolescente víctima de abuso sexual intrafamiliar no habla cuando el sistema de justicia según sus tiempos procesales para fijar audiencias o disposición de contar con turno de Cámara Gesell lo requiere, sino que, manifiestan lo que le han hecho padecer cuando y en la forma en que puede expresarse.

En relación con ello, existen diversos factores que pueden condicionar este relato que deben ser tenidos en cuenta durante el proceso judicial.

Progresividad y cronicidad: factores constitutivos de la exteriorización tardía de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual intrafamiliar

El trazado encadenado las emociones que rodean al abuso sexual dan cuenta de las complejidades hacia el entramado familiar y el tejido institucional en torno al relato de los niños, niñas y adolescentes.

En anuencia, se ponen de manifiesto dos factores transversales e interdependientes que determinan la magnitud psicológica y expansión social de la victimización por abuso sexual intrafamiliar, es decir, la *progresividad* y la *cronicidad*.

Progresividad

Respecto a la *progresividad* podemos decir que la conducta abusiva se sustenta a partir del aprovechamiento de la asimetría de poder que ejerce el agresor para disponer de la víctima neutralizando la capacidad de protección.

Los comportamientos que constituyen el abuso sexual intrafamiliar pueden no suscitarse de forma abrupta sino ir creciendo en su intensidad.

La conducta del agresor responde a un conjunto de actitudes premeditadas con un fin determinado, es decir, que se repite en número de ocasiones y se extiende en el tiempo.

Lo más usual es que el abusador comience con gestos de exhibicionismo y/o “voyerismo” (mirar a los niños/as solapadamente cuando están desnudos/as), continuando con manoseos en zonas erógenas de la víctima, obligándole a tocar

las suyas, a realizar actos masturbatorios en su presencia, felación y/o penetración con los dedos del orificio anal y/o vaginal (UNICEF, 2007: 34).

El accionar coercitivo se intensifica de forma gradual en el sometimiento físico y ultraje sexual reforzado por la coacción psicológica.

La transgresión y avasallamiento de los comportamientos sexuales en la trama vincular contribuyen a generar la naturalización y eventual ocultamiento de la victimización.

La progresividad también puede evidenciarse en cuanto a formas sutiles de coerción para mantener el silencio como ofrecer dinero o regalos hacia formas de poder donde profundiza el dolor y el temor a través de amenazas. Por ejemplo, manifestarle que en caso de negarse o revelar el abuso sexual hará sentir el mismo dolor a una hermana menor o lastimara a su madre, que no le van a creer y un juez la mandara a un instituto de menores, generar culpa refiriendo que si lo delata ira preso, sus hermanos se quedaran sin padre y la van a odiar o que los apartara de su lado y no los vea más.

De esta manera, el agresor paraliza la capacidad de autoprotección o pedir ayuda a familiares o referentes de la comunidad como vecinos o institucionales como una maestra. Entonces el círculo de abuso y violencia es paralizante.

Cronicidad

En relación con la *cronicidad* hacemos referencia a la trayectoria temporal de la victimización conforme al sostenimiento en el tiempo signado por el secreto. Ahora bien, ¿Por qué los niños, niñas y adolescentes mantienen el silencio?

Los NNyA víctimas de abuso sexual con frecuencia callan: por miedo, culpa, impotencia, desvalimiento, vergüenza. Suelen experimentar un trauma peculiar y característico de este tipo de abusos: se sienten cómplices, impotentes, humillados y estigmatizados. Este trauma psíquico se potencia con el paso del tiempo, cuando la consciencia de lo sucedido es mayor (UNICEF, 2017: 5).

De esa forma, el agresor corrompe las reglas sociales de la estructura familiar conforme a imponer el secreto, por el cual, se vale para sostener la cronicidad del delito, es decir, que se perpetué en el tiempo.

Ahora bien, la cronicidad no solo es un elemento constitutivo de la victimización primaria, también se encuentra presente en la trayectoria temporal del proceso judicial como indicador de victimización secundaria. Conforme al capítulo IX inciso c de la Directrices de Naciones Unidas sobre la Justicia de los

Niños Víctimas y Testigos (2004) “La investigación de los delitos en los que estén implicados niños como víctimas y testigos también deberá realizarse de manera expedita y deberá haber procedimientos, leyes o reglamentos procesales para acelerar las causas en que esos niños estén involucrados”.

Sin embargo, los procesos judiciales por abuso sexual se extienden durante varios años, por lo cual, el niño, niña o adolescente queda situado en el rol de víctima.

En este sentido, se prioriza la resolución de causas penales con detenido independientemente si se encuentran involucrados niños, niñas o adolescentes, esto demuestra la prevalencia de las garantías procesales del imputado por sobre el interés superior del niño como manifestación de la concepción adulto centrista en la práctica judicial e indicador de victimización secundaria en el acceso a la justicia.

Entonces, la dilación en las actuaciones judiciales confina al niño, niña o adolescente a una situación de víctima permanente en el transcurso del tiempo.

En consecuencia, ralentizar la conclusión del proceso penal genera sentimientos de angustia, tristeza y ansiedad vinculada a la necesidad de terminar con las notificaciones y requerimientos judiciales para proseguir hacia un proyecto de vida resiliente.

Develación tardía y retractación: nudos críticos en torno al relato de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual intrafamiliar

La develación tardía y la retractación constituyen nudos críticos prevalentes tanto en lo que respecta a la detección temprana del delito como por su complejidad en cuanto a su tratamiento jurídico.

Develación tardía

La develación tardía es un aspecto constitutivo de la cronicidad. ¿Por qué el delito de abuso sexual intrafamiliar constituye un tipo de victimización hacia la niñez y adolescencia difícil de evidenciar e incide en la detección temprana?

El abusador impone la ley del silencio al niño o niña mediante amenazas o manipulación. Convince a su víctima del peligro que existe para ella, para él y

para su familia si divulga lo que pasa entre ellos, y la amenaza con dañarla físicamente o a otro integrante del grupo familiar. También busca descargar su angustia en la víctima, haciendo que el niño o niña se sienta culpable y avergonzado/a de lo que le sucede. Le dice, por ejemplo, que se va a ir preso si cuenta lo que está pasando. De este modo, el abusador se asegura de que la víctima no dirá lo que le está ocurriendo (UNICEF, 2007:34).

Asimismo, puede identificar que una situación le produce dolor pero no logra expresarlo en palabras ni sabe a quién decirle dado que quien le hace daño es una persona de su propia familia a quien los demás integrantes quieren y respetan.

Esto puede desencadenar cuadros de profusa angustia ante la imposibilidad de establecer una ruptura de la situación abusiva sin que su accionar produzca prejuicios contra su núcleo familiar.

Estas circunstancias interrelacionadas como factores prevalentes en la situación de abuso sexual intrafamiliar interceden significativamente en los condicionantes que pueden determinar una divulgación retrasada, conflictiva, no convincente³.

En consecuencia, el relato contenido de angustia y temor puede revelarse de manera desfasada o desorganizada en cuanto a días u horarios, fragmentado respecto secuencias y recuerdos en cuanto a la reconstrucción verbal de los hechos.

La problemática relacionada con la violencia sexual hacia las niñas proviene en gran medida de que además de que estas son discriminadas con motivo de su género, las mismas son minimizadas al ser consideradas como un mero objeto de tutela dada su minoría de edad. En este sentido, “la poca credibilidad que tienen niños y niñas los pone en desventaja cuando se trata de denuncias sobre violencia sexual, ya que se relaciona el mundo infantil con la imaginación exacerbada, de modo que sus denuncias y declaraciones son utilizadas para disminuir la sanción que merecería el agresor” (OEA. CIDH, 2011: 20).

³ Divulgación retrasada, conflictiva, no convincente. Cuando se logra vencer el terror, romper el silencio y revelar la situación, en general hace mucho tiempo que ocurre. Las revelaciones suelen ser discursos confusos, pero cargados de angustia, vergüenza y terror (UNICEF URUGUAY, 2018: 26).

Por ello, merece la pena interpelarnos en cuanto a: ¿qué puede pensar, sentir, desconocer, temer un niño, niña o adolescente víctima de abuso sexual intrafamiliar?

Es difícil imaginar la carga que sufre... desconoce el proceso penal y la incertidumbre de lo que le ocurrirá a ella, su familia, el agresor; carga con el proceso judicial, con instar la acción penal, carga con el deber de declarar, carga con la presión de poner en palabras lo que le hicieron, carga con la culpa de “mandar” preso al padre de sus hermanos y suscitar la ruptura de la relación de pareja de su madre.

La exteriorización hacia interior del contexto familiar la víctima de abuso sexual puede suscitarse por estallidos emocionales con adultos o conversaciones con otros niños, niñas o adolescentes integrantes de la familia, que inclusive también pueden haber resultado víctimas o testigos, referencia de sospechas o revelación impulsiva que pueden desencadenar diversas confrontaciones dentro del núcleo familiar por manifestaciones profundas de la aflicción, angustia o rabia.

Retractación

La retractación es la acción por la cual el niño, niña o adolescente que ha hecho un primer develamiento de as se desdice de sus dichos iniciales. La retractación puede ser parcial, cuando el niño se desdice de solo una parte de sus dichos originales (“No es cierto que papá me chupó la cola, solo me la tocó una vez”), o bien total, cuando el niño se desdice de todo su alegato original (“Papá no me tocó ni me chupó la cola”) (UNICEF, 2015: 137).

Aquí, intercede principalmente la reacción del adulto no agresor y el grupo familiar en cuanto a la red de apoyo hacia la víctima o el agresor.

En este sentido, pueden coexistir diversos nudos críticos que ponen en tensión y condicionan el relato de la situación de abuso sexual intrafamiliar, entre los podemos mencionar, el hecho que el grupo familiar sea dependiente económica y/o habitacionalmente respecto del abusador, cuestionamientos sobre la víctima respecto de porque no lo dijo antes, sentimiento de culpa o miedo por amenazas hacia otros integrantes de la familia, desconfianza que no le crean por la imagen social del abusador como una persona buena y respetable, que lo provocó sexualmente o lo sedujo, e incapacidad de los adultos no agresores para interpretar lo que le pasa.

Esto pone de relieve la complejidad en el entramado de la dinámica de las relaciones interpersonales hacia el interior del contexto familiar y conviviente

respecto de la tensión subyacente en el adulto no agresor en relación con la prentesa víctima y el presunto agresor.

Ahora bien, ¿qué pasa si tu propia madre no te protege o no te acompaña? ¿Cómo enfrentar un proceso penal en soledad? ¿Cómo convivir en un hogar donde te hacen sentir que es tu culpa que el padre este preso o por eso no tienen dinero?

Lo que agrava la situación es que en el caso de las últimas, al enorme daño ocasionado por el abuso, se le suman los sentimientos generados por el encarcelamiento de su presunto agresor (con frecuencia alguien vinculado afectivamente) y las habituales presiones de los restantes familiares (Instituto Interamericano del Niño, 2008: 11).

Todos estos factores interrelacionados afectan significativamente a los niños, niñas y adolescentes, principalmente, en fenómenos como la retractación.

Por consiguiente, resulta fundamental ponderar los factores psicosociales que pueden incidir significativamente en el relato de los niños, niñas y adolescentes respecto a los hechos que signan la situación de abuso que lo victimizan y las razones que pudieran explicar la retractación.

Administración de justicia y gestión del dolor: sentencias judiciales con enfoque de niñez

En algunos delitos, como los de violencia doméstica y sexual, el niño suele ser además de la víctima el único testigo, acumulando distintos roles en el proceso penal. Considerando la condición de vulnerabilidad del niño y el cúmulo de roles en el proceso penal, esta población se encuentra aún más vulnerable a los efectos de la victimización secundaria (UNODC, 2014: 3).

Por ello, es fundamental considerar al abuso sexual intrafamiliar como un esquema de dominación y estructura de poder sostenido por una matriz coercitiva como constructo de la victimización sistemática.

Esto genera una ambivalencia emocional tanto por el rol del niño, niña o adolescente en el proceso penal como víctima y testigo como por la representación social respecto al adulto como conviviente con ascendencia sobre la estructura familiar y como agresor.

En anuencia, un indicador de efectividad en el acceso a la justicia supone reconocer y obrar en razón de mitigar la deuda social hacia los derechos humanos de

la niñez y adolescencia en los dictámenes de las sentencias judiciales contra las personas penalmente responsables de la comisión de delitos contra la integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes.

Esto supone la necesidad de incorporar el enfoque de niñez hacia el interior del sistema de justicia, tanto en los alegatos de parte como las decisiones magistrales.

El enfoque de niñez observa el desarrollo individual como un continuum. De esta forma, permite comprender que las primeras experiencias de vida pueden influir a lo largo de la vida y en su futuro, incidiendo en su salud, educación, desarrollo, y el ejercicio de sus derechos. Reconoce que los derechos están interconectados y son complementarios; y, del mismo modo, las diversas formas de vulneraciones a derechos y de violencias no pueden verse de modo independiente y aislado. Enfatiza en la modificación de estereotipos y prejuicios sobre la infancia y la adolescencia que dificultan el abordaje de los casos de abuso, violencia y discriminación contra NyA. (UNICEF, 2019: 10).

De esta manera, quien ejerce el rol acusador como actor judicial dentro del proceso penal tiene la responsabilidad social de hacer visible la matriz de asimetría de poder, relación desigual que existe entre la víctima y el agresor y las consecuencias negativas sobre el proyecto de vida para la valoración jurídica del Tribunal.

Conclusión

El abuso sexual intrafamiliar hacia niños, niñas y adolescentes constituye un modo de reproducción de violencias de mayor prevalencia y dificultad de visibilizar hacia el interior de los hogares.

En anuencia, es transcendental tener en consideración los factores que complejizan el relato de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual intrafamiliar, entre estos, el lugar del hecho (habitualmente el hogar); el vínculo con el agresor; la actitud del adulto no agresor; la eventual culpa de la víctima por la ruptura familiar o declive económico y el miedo frente a las amenazas hacia su persona o el resto del grupo familiar.

El proceso penal refleja dos cuestiones sustanciales en cuanto los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, por un lado, la dilación en la resolución del conflicto judicial y, por otro, que al dictaminar sentencia se toman preferentemente los mínimos coercitivos que la ley deja en potestad de los jueces.

En consecuencia, considerar los nudos críticos, es decir, develación tardía, retractación durante el proceso judicial y la progresividad y cronicidad en cuanto al condicionamiento sobre el proyecto de vida.

Para ello, resulta relevante ponderar el enfoque de niñez en sentencias que reflejen el daño producido hacia los niños, niñas y adolescentes.

Esto propicia la profundización del saber interdisciplinar al derecho penal y las ciencias jurídicas a través del aporte científico de la psicología forense, el trabajo social aplicado al ámbito de la justicia y la sociología jurídica.

Recomendaciones

Dar preferencia a la tramitación y celebración de los procedimientos de abusos sexuales a menores para evitar que las dilaciones en el tiempo perjudiquen a la recuperación y restauración de derechos de los menores de edad o que se vea dañado su testimonio (SAVE THE CHILDREN, 2017: 24).

Esto supone la responsabilidad social de ponderar el interés superior del niño invocado en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño hacia la resolución judicial de forma expedita de las causas en que los niños, niñas y adolescentes se encuentren involucrados en carácter de víctimas o testigos de delitos.

En esta línea de ideas, incorporar el enfoque de niñez en el dictamen de pena a los fines de contemplar no solo la extensión del daño producto de los abusos sexuales reiterados y sistemáticos en la actualidad, sino también, la forma en que las secuelas progresivas como consecuencia del delito pueden impactar en los aspectos físicos, psicológicos, sociales y familiares que repercuten en condicionantes para el ejercicio de derechos y desarrollo humano.

En consecuencia, promover instancias académicas de capacitación y sensibilización respecto a la vulneración de los derechos humanos de la niñez y adolescencia a través de la sinergia institucional entre organismos dependientes del sistema de justicia, es decir, Ministerio Público de la Acusación, Servicio Público de la Defensa Penal, Magistratura y facultades de Psicología y Trabajo Social de universidades nacionales que favorezcan prácticas interdisciplinarias constituye un indicador del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en cuanto al acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes.

Bibliografía

- Defensoría del Pueblo de la Nación. 2019. *Informe Parcial 1 de Enero al 31 de Octubre de 2019. En conmemoración al Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*. Argentina. Consultado al 23 de junio de 2022. Disponible en: http://www.dpn.gob.ar/documentos/20191120_31975_557910.pdf
- Ministerio de Salud. 2018. *Lineamientos para la atención del intento de suicidio en adolescentes*. Argentina. Consultado al 17 de agosto de 2022. Disponible en: http://www.codajic.org/sites/default/files/sites/www.codajic.org/files/Llineamientos%20para%20la%20atencion%20del%20intento%20de%20suicidio%20en%20adolescentes%20Argentina%202018_1.pdf
- CEPAL. 2007. *¡Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe*. Consultado al 23 de enero de 2022. Disponible en: <https://acnudh.org/load/2011/09/Niunamas.pdf>
- Ministerio de Salud. 2013. *Programa Nacional de Prevención del Suicidio: Orientaciones para su implementación*. Chile. Consultado al 25 de julio de 2022. Disponible en: https://www.minsal.cl/sites/default/files/Programa_Nacional_Prevenccion.pdf
- Instituto Interamericano del Niño. 2003. *La Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes en América Latina*. Consultado al 10 de Enero de 2022. Disponible en: <http://www.iin.oea.org/explotacion.sexual.pdf>
- Instituto Interamericano del Niño. 2008. *Orientación Técnica Institucional IIN-OEA. Revictimización de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos administrativos y jurisdiccionales en casos de abuso sexual*. Consultado al: 25 de Enero de 2022. Disponible en: <http://iin.oea.org/pdf-iin/oti/OTI-No1.pdf>
- Cámara de Diputados. Centro de Estudios para el Logro de la Igualdad de Género. 2019. *Niñas, niños y adolescentes víctimas de la violencia en México*. México. Consultado al 15 de julio de 2022. Disponible en: <file:///D:/Mis%20documentos/Downloads/LA%20VIOLENCIA%20CONTRA%20LAS%20NI%C3%91AS,%20NI%C3%91OS%20Y%20ADOLESCENTES.pdf>
- OEA. CIDH. 2011. *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud*. Consultado al 1 de agosto de 2022. Disponible en: http://angelduran.com/docs/Cursos/CCDC2013/mod10/10-008_LC-LecturaComp_Sesion4.pdf

- SAVE THE CHILDREN. 2017. *Ojos que no quieren ver. Los abusos sexuales a niños y niñas en España y los fallos del sistema*. Consultado al 25 de julio de 2022. Disponible en: https://www.adolescenciasema.org/ficheros/articulosparaprofesionales/documentos/Pediatria%20social/ojos_que_no_quieren_ver_12092017_web.pdf
- SAVE THE CHILDREN. 2018. *Bajo el mismo techo*. Consultado al 25 de julio de 2022. Disponible en: <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/bajo-el-mismo-techo-web-doble.pdf>
- UNICEF URUGUAY. 2015. *Abuso sexual infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia*. Consultado al 21 de mayo de 2022. Disponible en: http://www.bibliotecaunicef.uy/doc_num.php?explnum_id=141
- UNICEF URUGUAY. 2018. *Protocolo para el abordaje de situaciones de violencia sexual hacia niñas, niños y adolescentes en el marco del Sistema Nacional Integrado de Salud*. Consultado al 5 de agosto de 2022. Disponible en: https://www.bibliotecaunicef.uy/doc_num.php?explnum_id=193
- UNICEF. 2007. *El maltrato deja huella*. Consultado al 23 de mayo de 2022. Disponible en: https://www.unicef.cl/archivos_documento/208/UNICEF%20completo.pdf
- UNICEF. 2017. *Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes: Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos*. Consultado al 7 de agosto de 2022. Disponible en: <https://pavlov.psyciencia.com/2021/05/proteccion-abusosexual-contra-nnya-2016.pdf>
- UNICEF. 2019. *Acceso a la justicia: abusos sexuales y embarazos forzados en niñas y adolescentes menores de 15 años*. Consultado al 01 de enero de 2022. Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/media/7211/file/Acceso%20a%20la%20Justicia.pdf>
- UNODC. 2014. *El uso del anticipo de prueba para disminuir la revictimización de los niños, niñas y adolescentes en la República de Panamá*. Consultado al 24 de julio de 2022. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/ropan/Technical_Consultative_Opinions_2014/OTC_001_2014.pdf

Pornografía infantil: el papel jurídico y su eficacia disuasoria frente al delito¹

¹ Este Paper es producto de un ejercicio colaborativo entre varios grupos de investigación en consonancia con los índices de cohesión y de colaboración de Minciencias – Colombia. Se adscribe al Proyecto de Investigación INV-EES 3174 “Crimen Organizado y Seguridad”, financiado por la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá, Colombia), para la vigencia 2020; al proyecto “El ciberdelito sexual contra menores de edad en Colombia: hacia la construcción de un nuevo paradigma de política criminal”, convocatoria “Julio César García” para el fomento de la investigación con pertinencia social de la Universidad La Gran Colombia (2020). Grupos de Investigación participantes: “Red de Estudios Sociojurídicos Comparados y Política Pública – RESCYPP”; “Derecho Público” (Universidad Militar Nueva Granada), “Derecho Penal Contemporáneo” (Universidad La Gran Colombia), en colaboración con el Grupo de Investigación Red de Política Criminal Extrema Ratio (Categoría A1, Minciencias) de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

*Misael Tirado Acero*²
*Carlos Alfonso Laverde Rodríguez*³
*Jennifer Pinilla León*⁴

² Misael Tirado Acero (misaeltirado@gmail.com) Investigador Grupo “Red de Estudios Sociojurídicos Comparados y Políticas Públicas – RESCYPP”, línea de investigación Política Criminal, Derecho Penal y Criminología, Grupo “Derecho Público” línea de investigación Derecho Penal. Docente de carrera, Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho sede Campus. Docente de Posgrados de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad La Gran Colombia, Grupo de investigación. Derecho Penal Contemporáneo. Miembro CONACES Sala de Administración de Empresas y Derecho - Sala de Ciencias Sociales, Periodismo e Información. Par CNA. Cuenta con Posdoctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Con posgrados en Economía y Evaluación Social de Proyectos de la Universidad de los Andes. Graduado en Sociología de la Universidad Nacional de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1840-1702>

³ Carlos Alfonso Laverde Rodríguez (carlos.laverde@ugc.edu.co; smials1@gmail.com) es Docente-Investigador Universidad La Gran Colombia. Grupos de Investigación: “Teoría del Estado” y “Derecho Penal Contemporáneo”. Es Doctor en Ciencia Social con Especialidad en Sociología del Colegio de México – COLMEX, Maestro en Estudios Políticos y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, Sociólogo y Economista de la Universidad Santo Tomás de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0772-0337>

⁴ Jennifer Pinilla León (jennifer.pinilla@unimilitar.edu.co; pinillaj@gmail.com) Es Investigadora del Grupo “Red de Estudios Sociojurídicos Comparados y Políticas Públicas de Colombia – RESCYPP”, línea de Investigación Política Criminal, Derecho Penal y Criminología. Docente de carrera de la Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho Sede Campus y de cátedra de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Es Magister en Derecho con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3152-0733>

Introducción

La pornografía infantil ha demostrado ser un fenómeno difícilmente combatible mediante la política criminal y pública del Estado.⁵ No obstante, también, este tipo de leyes ha resultado ser una imposición absolutista que ha terminado por dejar de lado realidades sociales y conducir en algunos casos, a la criminalización de conductas hasta hace algún tiempo podrían ser aceptadas socialmente, o bien, a la brutalización de los delitos conexos debido a la falta de técnica legislativa al momento de incrementar el *quantum* de la pena o sanción por la comisión del delito. Esto toma especial importancia si tenemos en cuenta que el fin último de la penalización de una conducta corresponde a la necesidad de reducir la criminalidad a su mínima expresión, cuando no es posible erradicarla. De ahí que esta investigación tiene como pregunta central: ¿cuál es la eficacia de la pena establecida para el delito de *pornografía infantil* en consonancia con lo establecido en el artículo 218 del Código Penal Colombiano?

Consideramos que la sanción o precio establecido normativamente para el delito de *pornografía infantil* posee una menguada eficacia, en tanto la certeza de la pena es mínima y por tanto la pena real, es mucho menor a la establecida legalmente. Situación que le resta racionalidad al incremento de las penas carcelarias por no tener un impacto real en tanto no aumente la certeza de la aplicación de la norma a los infractores y su posterior castigo. Situación que se corresponde con las observaciones realizadas por Grogger⁶, respecto a la racionalidad y efectividad de la pena al establecer que los criminales parecen ser persuadidos de

⁵ Yaman Akdeniz, *Internet Child Pornography and the Law National and International Responses* (Ashgate Publishing Company, 2008); Yaman Akdeniz, «Child Pornography», *En Information & Communications Technology Law* 27, Núm. 1 (2017): 30-54; Jassmin Eggstein y Knapp Kenneth, «Fighting Child Pornography: A Review of Legal a Technological Development», *JDFSL* 9, Núm. 4 (2014): 29-48; Tim Wilson, «Collaborative Justice and Harm Reduction in Cyberspace: Policing Indecent Child Images», *En The Journal of Criminal Law* 84, Núm. 5 (2020): 1-23; Misael Tirado, *Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes ESCNNA en cuatro países del Cono Sur* (Bogotá: ILAE, 2022), <https://www.ilae.edu.co/libros/752>; M.Pinilla Tirado, J. Laverde, y C., *Pornografía Infantil – el papel jurídico y su efectividad* (Bogotá: ILAE, 2022), <https://www.ilae.edu.co/libros/763>.

⁶ Jeffrey Grogger, «Certainty vs. Severity of Punishment», *Economic Inquiry* 29, Núm. 2 (1991): 297-309.

manera más efectiva por los cambios en la certeza del castigo que por los cambios en la severidad de este.⁷ Al realizar un análisis *costo-beneficio* se puede afirmar que para el gobierno es mejor desviar recursos que incrementen la posibilidad de aprehensión de los delincuentes y su procesamiento, sobre la implementación de estos en penas más largas y severas.

Como consecuencia de lo anterior el trabajo se estructura a través de tres acápite; el primero denominado: “Pornografía infantil”, pretende problematizar su definición y plantear al debate sobre las complejidades del consumo de pornografía infantil. El segundo apartado, denominado “función de la pena” tiene como objetivo fundamentar la discusión en torno a la función de la pena como consecuencia de la ejecución de una conducta punible, en este caso la pornografía infantil, con la finalidad de ayudar en la comprensión del análisis de eficacia de la aplicación de la norma en términos económicos; finalmente, se abordara la eficacia normativa del delito de pornografía infantil, desde la perspectiva del análisis económico en el apartado “Aproximación económica”.

Pornografía Infantil o explotación sexual de NNA en línea

El término pornografía se define gramaticalmente como una “presentación abierta y cruda del sexo que busca producir excitación”⁸ siendo por lo tanto susceptible de ser entendida como un objeto o forma de externalización de los impulsos sexuales de cada individuo. En este sentido Michela Marzano⁹, concibe a la pornografía, como una categoría representativa de la sexualidad objetivizada, con lo cual el cuerpo se convierte en fragmentos¹⁰, en partes que no necesariamente se integran como un todo, y donde se está a la merced del fetiche pulsional que no necesariamente se satisface en la genitalidad, en lo erótico/sexual, ni en el orgasmo o el declive de su climax, tornándose en un círculo vicioso para el

⁷ Grogger, 304.

⁸ R.A.E., «Pornografía», Diccionario de la RAE», 2016, Disponible en: del.rae.es/id=ThYXkZ3.

⁹ Michela Marzano, «La pornografía o el agotamiento del deseo», *Buenos Aires: Manantial*, 2006.

¹⁰ Marzano, 50.

individuo entre la fantasía y la realidad, y cuya cosificación es una constante que aprovecha la industria del porno adulto.

Siguiendo con esta idea, la pornografía infantil es una representación de la “sexualidad” del NNA, donde el cuerpo de este se ve manipulado, como si de un objeto se tratara para producir un determinado grado de satisfacción erótica y/o sexual en quien observa. Esta a su vez, reviste un elemento necesario de violencia. Es decir, se ha obligado al NNA a participar en contra de su voluntad, o de manera abusiva, aprovechándose de esta forma el adulto de su inocencia y de la relación de poder y subordinación existente entre estos¹¹. De acuerdo con el ECPAT¹², la terminología adecuada debería ser la de abuso sexual de NNA en la denominación de explotación sexual de NNA en línea.¹³

Es de resaltar que pese a la censura pública a algunas representaciones que transgreden el *status social*, sin llegar a constituir pornografía propiamente considerada, las representaciones sexualizadas de los cuerpos de los NNA han conseguido prosperar en mercados ilegales o en redes de individuos que consumen este material, lo cual pone en entredicho la eficacia de medidas que conllevan a frenar a toda costa la difusión de este; Verbigracia, la criminalización de países como Estados Unidos donde la producción de imágenes explícitas digitalizadas de menores de edad en actividades con clara connotación sexual, no necesariamente conllevan a la existencia de un objeto de afectación real de los bienes jurídicos.

¹¹ Esta definición, si bien es precisa y amplia, presenta eventualmente un problema al momento de categorizar como delictiva a la conducta de dos menores en edad de consentimiento que intercambian material entre si con fines de mutua excitación.

¹² E.C.P.A.T., «Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexuales», 2016, <http://luxembourgguidelines.org/es/spanish-version-es/>.

¹³ La pornografía es cada vez más común que se transmita por medio de medios digitales y en línea, en oposición al material pornográfico que se comercializaba a través de videos fuera de línea. En el caso de menores de edad involucrados en actividades sexuales y/o eróticas en esta dinámica comercial, la voluntariedad o consentimiento no es válido, toda vez que constituye explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes – ESCNNA, al igual que el autoa-genciamiento del NNA en la “prostitución infantil”.

Al respecto Rand¹⁴ muestra cómo desde la promulgación de la PROTECT Law en 2008 se castiga la pornografía, sin embargo, la Ley no distingue entre pornografía infantil real y otro tipo de pornografía infantil “virtual” que puede tratarse de imágenes creadas o manipuladas digitalmente, complejizando la discusión. El debate sobre pornografía infantil online y offline ha desdibujado los límites sobre lo que parecía un acuerdo sólido porque el escenario virtual ha vuelto confusos los límites del delito y en cambio se abre un debate sobre lo que es considerado o no delito, porque, por ejemplo, como lo sostienen Taylor & Quayle¹⁵, es cada vez más difícil delimitar si el delito inicia desde la posesión del material o el contacto con la víctima.

Otro problema frente a la forma en la que se caracteriza la pornografía infantil es el proceso mediante el cual se prueba la conducta punible. Al respecto Christensen¹⁶ ha planteado como en Estados Unidos en un caso en el que la definición sobre los depredadores sexuales en internet es claro en su definición, se complejizó cuando las pruebas del caso fueron conversaciones entre adultos que consintieron, pero que el juez validó como suficientes para imputar el delito, lo que se traduce, no solo un problema en la definición de la conducta, sino en los límites morales en un tema que aborda a NNA que son sujetos de especial protección.

En términos jurídicos el artículo 218 del Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000), tipifica el delito de la pornografía infantil a partir de 13 verbos rectores¹⁷, cuya lista no necesariamente es exhaustiva, al considerar la existencia de otros verbos asociados a la violencia sexual que se ejerce tanto con menores de edad y que se cruzan con la ESCNNA o con la Trata de Personas con fines de explotación sexual. Dicho artículo de la mencionada Ley, encuentra sustento en la ley 679 de 2001, “Por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en

¹⁴ Erin Rand, «PROTECTing the Figure of Innocence: Child Pornography Legislation and the Queerness of Childhood», *En Quarterly Journal of Speech* 105, Núm 3 (2019): 251-72.

¹⁵ Max Taylor y Ethel Quayle, *Child Pornography. An Internet Crime* (New York: Brunner-Routledge, 2003).

¹⁶ Korey Christensen, «Reforming Attempt Liability under 18 u.s.c. § 2422(b): An Insubstantial Step Back from United States v. Rothenberg», *En Duke Law Journal* 61, Núm. 693 (2011): 693-730.

¹⁷ “Fotografie, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almace,ne, transmita o exhiba”.

desarrollo del artículo 44 de la Constitución”, la cual se relaciona y se complementa directamente con la ley 1098 de 2006 “Ley para la infancia y la adolescencia” y la ley 1336 de 2009 “por medio de la cual se adiciona y robustece la ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación y la pornografía y el turismo sexual, con niños, niñas y adolescentes”.

En consonancia a los precitados marcos regulatorios, es posible afirmar que la representación de la imagen de un desnudo infantil:

No puede ser legítimamente castigada como delito sexual por el mero hecho de que determinadas personas puedan excitarse sexualmente con ella. Para atribuir al desnudo de un menor de dieciocho años el carácter de pornografía, debe tenerse en cuenta la forma y el contexto en el que se lleva a cabo la representación, así como el círculo probable –y no meramente posible– de receptores del material.¹⁸

Este postulado penal, si bien goza de proporcionalidad y racionalidad, se ve contradicho, en la más de las veces por una parte importante de la teoría feminista que persigue la prohibición de la industria del porno. En este sentido Dworkin afirma “que toda forma de desnudo infantil es reprochable y censurable”, en tanto constituye “una forma de dominación y denigración de los cuerpos”, que es ejercida sobre los menores por parte de los hombres como reemplazo del cuerpo femenino que se desea destruir.¹⁹

En esta perspectiva, tal como lo señala Lacombe²⁰, el tratamiento respecto a la prohibición del desnudo infantil no es homogénea y más bien está conformada

¹⁸ Sumalla Tamarit, *La protección Penal del menor frente al abuso y la explotación sexual: Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores* (Navarra: Aranzadi, 2002), 31.

¹⁹ R. Dworkin, «What is equality? Part 2: equality of resources», *Philosophy & Public Affairs* 10 (1981): 283-345. En: Misael Tirado *et al.* Pornografía infantil el papel jurídico y su efectividad. (Bogotá: ILAE, 2022), 32

²⁰ D. Lacombe, «Child Pornography and Sexual Grooming: Legal and Societal Responses by Suzanne Ost”», *Suzanne, Law & Society* 44, n.o 2 (2010): 407-9.

por elementos de muy diversas características de los diversos contextos geográficos entre países, por tanto esta medida restrictiva varía entre países,

“... siendo posible que esta se materialice, sin importar que se realice o no en una actividad sexual explícita, lo cual radica en: la incidencia o propósito (Inglaterra), la naturaleza lasciva de la exhibición de los genitales del menor o su área pública (Estados Unidos), o el propósito sexual de la representación (Canadá); extendiéndose el [daño] incluso al material escrito o a la fabricación de pseudo imágenes de niños (Canadá)”.²¹

Lo señalado significa, en contraposición a Dworkin²², “que no toda manifestación del desnudo infantil es censurable *per se* por el simple hecho de incluir un menor desnudo, sino por la finalidad de excitación que tenga la imagen por parte del consumidor, lo cual deberá determinarse caso por caso y no mediante una regla general”.²³ Siguiendo este mismo eje Osborne²⁴ plantea la necesidad de:

Abandonar los intentos de una sociología de la “desviación y del control social” y asumir, mejor, el reto de una sociología del comportamiento sexual en la que no se establezcan jerarquías sexuales que tachen como inferiores e insanas algunas actividades consensuadas, convirtiendo a sus protagonistas en carne de cañón para la reprobación social y las sanciones legales.²⁵

Dicha distinción se hace necesaria y debe realizarse de acuerdo con la psiquis del autor, lo cual conlleva a valorar conductas no precisamente en relación con el

²¹ Lacombe, 408. En: Tirado *et al.*, 35

²² R. Dworkin, «What is equality? Part 2: equality of resources».

²³ Tirado *et al.*, 32.

²⁴ R. Osborne, *Las mujeres en la encrucijada de la sexualidad* (Barcelona: LaSal edicions de les dones, 1989) citado en Nancy Prada, «Todas las caperucitas rojas se vuelven lobas en la practicas pos pornográficas», *Cadernos Pagu*, n.o 38 (2012): 129-58.

²⁵ Prada, «Todas las caperucitas rojas se vuelven lobas en la practicas pos pornográficas», 136.

mundo normativo, en particular a la tipicidad que se regla desde el derecho penal (tanto en lo sustancial, como en lo procesal probatorio), y a lo que se encuentra referido en el mundo social, entendiendo que las pautas socioculturales llevan también a la comprensión de lo que encarna la pornografía, la cual es de cero tolerancia cuando se involucran menores de edad, o cuando va en contravía de libertades y derechos de quienes se mueven en ese “negocio” o “mercado” en un mundo de adultos para adultos, donde muchas veces se adultos simulan ser menores de edad, o se crean imágenes o videos realistas a través de simuladores que generan contenidos con realidad aumentada.

Lo anterior pone en entredicho bienes protegidos y principios como el de la dignidad, la integridad sexual, entre otros, por tanto el supuesto de individualización en correspondencia con la seguridad jurídica no solo lleva a marcos penales generales, sino a establecer elementos particulares que prevé la misma sanción frente a los grados del accionar en la participación o ejecución, los atenuantes, los agravantes, entre otros., y de los supuestos de tentativa, complicidad, preparación, etc., que encierran la conducta cuando se refiere al derecho, pero ¿qué pasa cuando se pasa al plano de la valoración conductual que concierne a la psiquis?

En esta lógica, la afectación psíquica sexual al menor de edad es una constante en el tratamiento que se contempla desde un Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de los distintos órganos que se encargan de la consabida protección a este grupo etéreo, para blindarlo en el normal desarrollo de su personalidad y relaciones afectivas, pese a la asimetría psíquica o física que se puede encontrar en ellos, y a que no necesariamente respondan desde la resiliencia, por lo que cada caso es un universo distinto y no se puede generalizar y donde menores de edad abusados entran a ser abusadores o perpetradores de sus mismos pares, entrando en dinámicas de captar menores de edad para la pornografía infantil, con aprovechamiento propio o ajeno.

Si bien desde el plano psico-social el consumo de pornografía que involucra menores de edad, se percibe sistemáticamente como una conducta desviada, con lo cual es pertinente señalar que no toda desviación social está o se puede ligar al derecho penal, lo que conlleva a preverla desde lo psicológico como un impulso no necesariamente consciente, sino producto del subconsciente, por tanto su tratamiento atañe a la ciencia y no al plano punitivo, independientemente de las particularidades que se puedan encontrar en los distintos ordenamientos internos.

Para Becker la desviación “no es una cualidad intrínseca al comportamiento en sí, sino la interacción entre la persona que actúa y aquellos que responden a

su accionar”²⁶; surgiendo esta desde “la interacción entre quienes transgreden la norma o denominados *outsiders* y los *emprendedores morales*, lo que se traduce en una relación contextual construida a partir de lo considerado como aceptable o reprochable del acto en sí mismo”²⁷, tal y como veremos más adelante.

Es así como un desnudo infantil puede pasar a ser satanizado o no, dependiendo las circunstancias con las que la imagen pueda ser interpretada, o el contexto donde se genera, o una cultura por el nudismo o naturismo que promueven la autoestima y la aceptación del cuerpo, tanto de adultos como de niños, niñas y adolescentes, lo cual puede ser aceptado o controvertido. Si bien existe puede existir una paranoia alrededor del desnudo –incluso artístico– esto puede conllevar a una cruzada social por su consumo, al ligarla como única fuente de excitación, donde la franja con lo pedofílico es invisible muchas veces, salvo que se tenga acceso al material probatorio que lo involucra como coleccionista, pero que necesita de expertos para catalogarlo según comportamientos, psiquis, fantasías, fetiches, etc.²⁸

En consonancia cabe mencionarse que la explotación sexual y comercial de NNA, particularmente en la modalidad de pornografía infantil, es un fenómeno altamente extendido en Colombia.²⁹ Por ejemplo, solo entre 2012 y 2021 se cerraron 20.927 portales en línea que contenían pornografía infantil y más de 86.661 imágenes que solicitaron ser desmontadas a la red INHOPE, por lo cual, se torna necesario analizar la función de la pena en términos de disuasión y la efectividad de esta en el delito de pornografía infantil.³⁰

²⁶ Howard Becker, *Outsiders: Hacia una sociología de la desviación* (México D.F: Siglo XXI, 2009), 34.

²⁷ Tirado *et al.*, 37.

²⁸ Siendo por lo tanto problemática la prohibición y persecución de todas las fuentes de deseo –diferenciándose esta de la consumación de este–, por contraposición al camino más fácil y efectivo del tratamiento educativo a los menores y adultos que sienten no encajar en la sociedad “siendo especiales” en su deseo.

²⁹ Misael Tirado, *Comercio sexual, una mirada desde la sociología jurídica* (Lima: IIDS y Fundación FEFSa, 2011); Tirado, Laverde, y C., *Pornografía Infantil – el papel jurídico y su efectividad*; Carlos Laverde, «Mercado del sexo: Reflexiones desde la economía al comercio sexual», *Via Inveniendi Et Iudicandi* 8, Núm 1 (2013): 191-220.

³⁰ Cifras los datos disponibles en la Red Te protejo (www.teprotejocolombia.org) en la que participan varias organizaciones del Estado como MinTic, ICBF y la Policía Nacional, además

Función de la Pena

Si bien se parte de que existen varias teorías sobre la función de la pena, a dicha sanción normativa se le ha dado históricamente una función de persuasión³¹, la cual consecuentemente se da

Como resultado de: 1. El incremento en la certeza de la pena, situación que puede presentar mediante el reforzamiento de los órganos policiales de patrulla o la agilización de los procesos judiciales, así como la terminación efectiva de estos en sentencia y 2. Aumentando la dureza de las penas, lo cual conlleva a que los individuos valoren sus acciones en relación con los riesgos y por tanto concluyan que el riesgo de ser castigado es muy alto y por lo tanto no cometa la conducta punible³²; supeditándose esta valoración a un análisis de “pago” por parte de quien comete la conducta.³³

En este sentido, la pena cumple una función y unos presupuestos que se legitiman tanto desde el ámbito del derecho penal internacional, como de la interiorización de dichos tratamientos a través de la misma norma constitucional integrada o bloque de constitucionalidad de los diferentes Estados, por tanto el garantismo jurídico y la constitucionalización de derechos juega un papel importante en materia de derechos y principios que conlleven a una protección de bienes jurídicos de sus tutelados, que muchas veces no necesariamente resultan consecuentes entre las normas de conducta de sus asociados y los fines del

de organizaciones privadas como Movistar, ETB, entre otras.

³¹ Gary Becker, *The Economic Way of Looking at Life*. Nobel Lecture (Chicago: National Bureau of economic research, 1974); David Friedman, M. En Tomassi, y K. Ierulli, *Delincuentes racionales y policía maximizadora de beneficios: Análisis económico de las leyes y su cumplimiento* (Cambridge University Press, 2000).

³² Valerie Wright, *The Sentencing Project*, *Deterrence in Criminal Justice: Evaluating Certainty vs. Severity of Punishment* (Washington: The sentencing Project, 2010).

³³ Tirado *et al.*, 87, 88.

derecho penal frente a las medidas de seguridad, prevención, retribución, entre otras, que posibiliten razonabilidad y coherencia en el sistema penal.

La persuasión de la conducta a través de la pena, contiene en si el cuestionamiento o paradoja del no respeto a garantías fundamentales del transgresor como ejemplo para prevenir la comisión de dichas acciones, por cuanto se está cosificando al individuo siendo ello contrario al derecho, o en su defecto menoscabándose los límites aceptables de castigo, ya que no hay óptimos disuasorios lo cual puede conllevar a un punitivismo, sin mayor efecto preventivo, siendo esto desde esta perspectiva no más que una ilusión.³⁴

En consecuencia se puede inferir que la persuasión por si sola no basta, con lo cual esta debe ir de la mano con la proporcionalidad, lo que podría en cierta forma minar la indeterminación de la pena frente a lo que se considera leve o severo según sea el caso. “Estadísticamente, parece que el efecto de persuasión es mayor en tanto mayor es la certeza de la pena y disminuye el tiempo de esta”³⁵ lo que conduce a colegir que el nivel de cohesión familiar, laboral o comunal se mantienen cuando se permanece poco tiempo en prisión, por tanto la reinserción a la sociedad no se torna tan difícil como cuando se rompen todo tipo de vínculos tras purgar una larga condena, “lo cual les quita toda legítima oportunidad de reintegración a la sociedad y los conduce a recaer en la comisión de conductas criminales.”³⁶

En este entendido, “el efecto “Deterrence” de la pena, presupone que los individuos de la sociedad conocen las leyes y son perfectamente conscientes de las modificaciones legales realizadas a diario”³⁷, dicha racionalidad, conlleva a pensar desde un análisis de costos-beneficios, –mínimo costo por maximización de beneficios–, por tanto el incremento de penas no necesariamente puede conllevar a persuadir o disuadir a ofensores racionales en su conducta y por el

³⁴ Anthony Ellis, «A Deterrence Theory of Punishment», *The Philosophical Quarterly* 53 (2003): 337-51.

³⁵ Tirado *et al.*, 89.

³⁶ Thomas Orsagh y Jong-Rong Orsaght, «The Effect of Time Served of Recidivism: An Interdisciplinary Theory», *Journal of Quantitative Criminology* 4 (1988): 155-71. En: Tirado *et al.*, 89.

³⁷ Wright, *The Sentencing Project*, *Deterrence in Criminal Justice: Evaluating Certainty vs. Severity of Punishment*. En: Tirado *et al.*, 90.

contrario puede llevar a perfeccionar su acción criminal para no dejar huella o evidencia que lo incrimine para evadir la captura o en su caso recurriendo a la brutalización de la conducta misma.³⁸

Al respecto en relación con los postulados de Beccaria³⁹ toda acción que conlleve a menoscabar la vida humana desde la brutalización de la pena, puede conducir a acciones equivocadas, donde el tomar la justicia por mano propia como mecanismo de venganza y control se legitime, y dicho accionar por quienes han sido ofendidos directa o indirectamente, sea correcto o un derecho para restablecer el orden y persuadir y disuadir posibles conductas que se puedan presentar.

Concomitante a lo expuesto, debe sumarse el hecho de que las normas encargadas de regular la conducta humana no se mueven o encuentran únicamente en el plano de lo jurídico, sino que se complementan desde el plano de lo social, supeditándose sus efectos a la validez y eficacia de estas, encontrando expresión estos, de acuerdo con Cooter⁴⁰ en la expresión normativa, la disuasión y la internalización normativa. Estas normas se diferencian en tanto el respaldo dado a la obligación “normativa” –entendida como un compromiso adquirido de hacer, no hacer o dar– siendo este respaldo social o estatal.

Es de precisar en lo que se refiere a los sistemas normativos de índole legal, que estos están compuestos de reglas primarias y secundarias, donde las primeras regulan o establecen obligaciones a cargo de los ciudadanos y las segundas “que especifican el proceso de creación, regulación o eliminación de las leyes primarias; encontrándose estas últimas ausentes en los sistemas normativos de índole social”.⁴¹ Dichas reglas secundarias se clasifican en: 1. de reconocimiento, 2. de cambio y 3. de adjudicación.

³⁸ John Cochran, Mitchell Chamlin, y Seth, «Mark. “Deterrence of brutalization? An impact Assessment of Oklahoma’s return to capital Punishment”», *Criminology* 32 (1994): 107-34.

³⁹ Cesare Beccaria, «On Crimes and Punishments. Indianapolis, Bobs Merrill», 1963.

⁴⁰ Robert Cooter, «Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence and Internalization”», *Oregon Law Review* 79, n.o Pp (2000): 1-22.

⁴¹ Herbert Lionel Adolphus, Hart. «The concept of law», Oxford, Oxford University Press, 1961. En: Tirado *et al.*, 90.

Correspondiéndose la primera con aquellas condiciones normativas que deben satisfacerse para que la disposición goce de validez jurídicas... Las reglas de cambio, establecen las condiciones necesarias de un acto para incidir de forma efectiva en la transformación del ordenamiento jurídico. ..., las reglas de adjudicación establecen condiciones normativas para la determinación del incumplimiento a las normas primarias cuando se adelanta una imputación fáctica por parte del juez.⁴²

Desde esta perspectiva, se puede inferir que la ley tiene una triple dimensión, a partir de la normativa expresiva, disuasiva y de internalización, lo cual implica no solo conllevar a proclamar una nueva obligación, sino a la creación y delimitación de su sanción, y a generar incentivos o razones para su cumplimiento, bien sea mediante la actuación estatal, o valores cívicos por parte de la sociedad.

Lo anterior conduce a un necesario análisis de los sistemas de prevención, mas allá de lo penal y normativo, que se clasifican como “estrictos” o “suaves”⁴³ en función del objetivo perseguido “en términos de alteración de la oportunidad de delinquir (estricto), mediante el cambio al ambiente o entorno que determina las posibilidades de comisión de la conducta; o la alteración de la inclinación a la comisión de la conducta (suave) mediante la transformación de las preferencias personales de los individuos a través de programas de educación, desarrollo de los menores e inversión social”.⁴⁴

En este entendido vale acotar que los incentivos encaminados a disminuir patrones de conducta en caso de “enfermedad mental” no necesariamente funcionan debido a la coexistencia de múltiples factores.⁴⁵

⁴² Tirado *et al.*, 90, 91.

⁴³ Philip Cook y Jens Ludwig, «Economical crime control», en *NBER WORKING PAPER SERIES Working Paper 16513*, 2009, <http://www.nber.org/papers/w16513>.

⁴⁴ Tirado *et al.*, 91.

⁴⁵ Cook y Ludwig.

Una mirada explicativa interesante en cuanto a la conducta del ofensor se está dando a partir Análisis Económico del Derecho (AED)⁴⁶, como método de estudio aplicado al derecho, lo cual conlleva a “aplicar principios o técnicas habituales en el análisis económico al estudio característico del ordenamiento jurídico.⁴⁷ Por su parte el análisis económico de la criminalidad básicamente sostiene que quien delinque compara el beneficio al cometer un delito con el costo o perjuicio que puede ocasionar, esto de acuerdo con el derecho penal”.⁴⁸

Ahora bien, ante la comisión de la conducta delictiva y el entronque con lo penal la noción de “daño” tiene un sentido bien preciso: penalmente solo resulta legítimo prohibir “acciones socialmente intolerables”, que afecten gravemente los intereses de mayor relevancia para la persona. El Derecho penal únicamente puede prohibir conductas en “casos de extrema y demostrada necesidad”, lo cual supone, entre otras cosas, excluir el paternalismo punitivo o la tutela penal del individuo respecto de sí mismo.⁴⁹

Es necesario tener en cuenta la imposibilidad de reducir de manera absoluta los índices de criminalidad, es decir la necesidad de aceptar un óptimo marginal de criminalidad, que permita incrementar la certeza de la pena y la persuasión de manera eficiente. Sin embargo, es relevante considerar, como se ha expuesto, que este tipo de delitos limita con afectaciones que se inscriben en ámbitos médicos lo que implica considerar que no en todos y cada uno de los casos el delincuente es un actor racional que responde ante (des) incentivos en sentido estricto.

La intención que subyace al derecho penal desde una perspectiva económica es eliminar los incentivos que conllevan a la violación de la norma el actor que sea proclive a cometer alguna actividad ilegal, bajo los criterios de maximización

⁴⁶ Metodología aplicada al derecho que es ampliamente referida en Tirado *et al.*, pp. 106 y ss.

⁴⁷ Santos Pastor, *Sistema jurídico y economía: Una introducción al análisis económico del derecho* (Madrid: Tecnos, 1989).

⁴⁸ Becker, *The Economic Way of Looking at Life*. *Nobel Lecture*. En: Tirado *et al.*

⁴⁹ Becker, 46.

de sus beneficios, evite la transgresión de la norma porque su sanción es lo suficientemente alta en contraste con la satisfacción derivada de la comisión del acto ilícito. En este sentido Becker afirma que:

Los individuos maximizan el bienestar tal como lo conciben, ya sean egoístas o altruistas, leales, rencorosos o masoquistas. Su comportamiento está dirigido al futuro, y también es consistente en el tiempo. En particular, hacen lo mejor que pueden para anticipar las inciertas consecuencias de sus acciones. El comportamiento orientado hacia el futuro, sin embargo, todavía puede estar enraizado en el pasado, ya que el pasado puede ejercer una larga sombra sobre las actitudes y los valores.⁵⁰

Así, la teoría económica distingue entre lo que una persona quiere y lo que puede tener, como resultado de los parámetros normativos, bien sea jurídicos o sociales. Representándose lo deseado a través del sistema de preferencias y lo que es susceptible de ser tenido a través de las limitantes o restricciones.⁵¹ Este conjunto de preferencias es susceptible de ser asimilado con el punto de vista interno y externo propuesto por Hart. El punto de vista interno se corresponde con la preferencia por ejecutar una obligación legal, susceptible de ser calificada en tres niveles de preferencia, como: preferencia por el cumplimiento de la obligación, indiferencia por el cumplimiento o incumplimiento.

Esta preferencia está dada a su vez por la disposición de sacrificar o dar algo con la finalidad de cumplir la obligación normativa primaria; en este sentido quien tiene una preferencia intrínseca por el cumplimiento normativo está dispuesto a cumplir la obligación aunque le implique dar algo a cambio; mientras que los individuos que son indiferentes por el cumplimiento o incumplimiento, no están dispuestos a dar nada con la finalidad de cumplir la obligación y los individuos indiferentes por la obligación legal asumen un enfoque puramente instrumental,

⁵⁰ Becker, 1.

⁵¹ Robert Cooter, «The Intrinsic Value of Obeying a Law: Economic Analysis of the Internal Point», *En Fordham Law Review* 75, Núm. 3 (2006): 1275-85.

cumpliendo esta únicamente cuando implica una ganancia en términos de valoración racional de los posibles resultados.⁵²

Lo anterior, en tanto generalmente el cumplimiento de una norma tiene un costo en términos de dinero, tiempo, esfuerzo, satisfacción o riesgo, lo que se puede asociar a los incentivos y a la elección racional del ofensor⁵³, así como en el valor instrumental de cumplir con la norma o en su defecto en la prevención de la conducta criminal individualmente considerada.⁵⁴

De esta manera, el valor intrínseco del cumplimiento normativo está dado por el costo implícito de obedecer en términos económicos, de oportunidad y de satisfacción, susceptible este último de ser medible en términos económicos; teniendo en cuenta en el cálculo de oportunidad la probabilidad de aprensión como una medida del riesgo de ser capturado.⁵⁵

Por tanto pensar en la eficacia de la política criminal como elemento integrante de la política pública frente al delito de la pornografía infantil, conlleva a sopesarla con un postulado hipotético: Si consideramos que el monto de la sanción tasada por el consumo de pornografía infantil como sanción esperada equivale a 10 años para el mínimo y 20 para el máximo, y que la probabilidad de captura para el año en curso es de 0,3%, se tiene que la sanción real para cometer el delito de pornografía es de tan solo $Sr\downarrow 1 = (10 \text{ años} * 12 \text{ meses}) * 0,3\%$ y $Sr\downarrow 2 = (20 \text{ años} * 12 \text{ meses}) * 0,3\%$ conlleva a $Sr\downarrow 1 = 11 \text{ años}$ y $Sr\downarrow 2 = 22 \text{ años}$.⁵⁶

En este entendido, una persona debe preguntarse a sí mismo cuánto está dispuesto a sacrificar para cumplir una ley. Un buen ciudadano puede tomar su valoración intrínseca de la obediencia como una guía de acción. Un ciudadano indiferente, quien no otorga ningún valor intrínseco a la obediencia, no puede encontrar esa guía dentro de él. Por lo tanto, debe decidir revisando

⁵² Cooter.

⁵³ Cooter, «Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence and Internalization».

⁵⁴ Cook y Ludwig, «Economical crime control».

⁵⁵ Naci Mocan y Kaj Gittings, «The Impact of Incentives on Human Behavior: Can We Make It Disappear?, The Case of the Death Penalty», *En NBER National Bureau Of Economic Research, Working Paper 12631* (2010), <https://www.nber.org/papers/w12631>.

⁵⁶ Determinada de acuerdo con la fórmula $Sr\downarrow 1 = Sp\downarrow 1 * Pc$ y $Sr\downarrow 2 = Sp\downarrow 2 * Pc$ en donde Sp es la sanción establecida normativamente, Pc la probabilidad de ser capturado y Sr la sanción real.

las consecuencias de la obediencia para las cosas por las cuales se preocupa. Finalmente, una persona malvada puede tomar una valoración intrínseca como guía, aunque su valoración será invertida.⁵⁷

La necesaria crítica al punitivismo o al ver el derecho penal como una panacea y solución, conlleva a ver en la realidad que la problemática que se suscita tras la pornografía infantil y a la lucha contra este flagelo, resulta insuficiente por si solo, con lo que el AED como herramienta de análisis puede ser una salida eficiente, por los argumentos que se esgrimen a continuación:

1. La pena y su efectividad no necesariamente persuade a quien delinque porque las formas de racionalidad que los motivan son variadas, incluso algunas desde patologías psíquicas, por lo que la evaluación del costo asociado de la pena no opera como una estrategia homologada para la evaluación de cometer o no el delito.
2. El desarrollo tecnológico y las redes sociales han creado un nuevo medio de difusión que difícilmente puede controlarse en la medida en que las dinámicas de la pornografía infantil se proliferan y diversifican, creando barreras a la justicia para perseguir al delincuente.
3. Sumado a lo anterior, esta diversificación de manifestaciones de la pornografía infantil en el escenario de desarrollo tecnológico hace necesario un debate a profundidad respecto a las formas en las que se definen las practicas consideradas como lesivas para los derechos de los NNA, teniendo en cuenta los límites entre las manifestaciones culturales y de libertad de expresión y los rasgos delictivos que atentan contra los menores. Este punto es quizá el más delicado debido a que en la comprensión de los nuevos escenarios de la sexualidad de los NNA y las variadas formas en la que se proliferan nuevas demandas de los “consumidores” de la pornografía infantil sigue siendo un tema pendiente en la agenda legal, política y social.

⁵⁷ Cooter, 2006, 1275.

Conclusiones

La pornografía Infantil en tanto conducta desviada constituye desde hace varios años un fenómeno de difícil abordaje, si bien por esta “se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”, la comisión de la conducta conlleva a catalogar al ofensor como un sujeto “desviado” sexualmente, donde la sanción no se enmarca solamente desde el marco legal⁵⁸, y la valoración de su psiquis y el repudio social.

En el consumo de la pornografía infantil se asume socialmente como imaginario colectivo que el consumo mayoritario es masculino, para lo cual no necesariamente se encuentra una estadística fiable, salvo los casos que reporta las mismas páginas de internet en la industria del entretenimiento adulto, –donde no cabe la pornografía infantil siendo políticamente correcto, pero que en la realidad se desdibuja–, y de las instituciones garantes de menores de edad que están al frente de la lucha contra este flagelo.

Por otro lado, existe una valoración intrínseca mayor a la satisfacción derivada del incumplimiento normativo que a aquella obtenida como resultado del cumplimiento de la norma, cuya sanción se regula en el Art. 218 del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), lo cual no necesariamente conlleva a enmarcar mecanismos de persuasión y disuasión desde lo racional y el convencimiento del nivel de violencia utilizada frente al delito de pornografía infantil que si cuenta con una tipificación establecida de acuerdo con la comisión del delito y sus agravantes.

Por tanto elevar castigos contra la pornografía infantil, no constituye una garantía para persuasión o disuasión de la comisión de la conducta por parte del ofensor, donde se cruzan los 13 verbos rectores “Fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba” y donde se suman otros que se configuran como parte de la violencia

⁵⁸ Gjurgevska Toroska, Lidija Naumovska, y Atanas Kozarev, «Psycho-Sociological Personality Traits of Sexual Offenders’», *Human* 5 (2015): 14-20.

sexual. Lo anterior conlleva a diferentes connotaciones que traen los mismos verbos donde se pruebe la intención del ofensor de consumir dicho material independientemente de la forma en la que lo obtuvo.

La norma es ineficaz al menos desde una doble dimensión; por un lado, como resultado de la valoración intrínseca de utilidad derivada de la realización de la conducta por parte del criminal y por el otro, como resultado de la baja eficacia del sistema sancionatorio, derivada de la baja tasa de aprensión en relación con el alto número de casos cometidos. El consumo de material no digitalizado no forma parte de las cifras oficiales de lucha contra la pornografía infantil, por tanto parece que el sistema de control no da la debida atención a dicho fenómeno.

Una aproximación crítica al Análisis Económico del Derecho (AED) que valore al ofensor frente a la posibilidad de castigo y el “coste” que percibe como resultado de la comisión de la conducta, sería útil para determinar que el incremento de la pena no necesariamente responde como mecanismo de persuasión y disuasión.

Es necesario contemplar estudios donde mas allá de lo psicológico y jurídico, los ofensores que se encuentran o purgaron su pena, por la comisión de dicha conducta, podrían dar pautas de un blindaje desde la no eficacia de la persuasión y disuasión y en especial desde la acción misma.

Referencias

- Akdeniz, Y. (2008). *Internet Child Pornography and the Law National and International Responses*. Ashgate Publishing Company.
- Akdeniz, Y. (2017). Child pornography”. En *Information & Communications Technology Law*, 27, Núm. 1, 30-54.
- Bailey, W. (2008). Deterrence, Brutalization, and the Death Penalty: Another Examination of Oklahoma´s Return to Capital Punishment”. *Sociology & Criminology Faculty Publications*, 36, Núm 4, 711-734.
- Beccaria, C. (1963). *On Crimes and Punishments*. Indianapolis, Bobs Merrill.
- Becker, G. (1974). The economic way of looking at life”. Nobel Lecture. National Bureau of economic research.
- Becker, H. (2009). *Outsiders: Hacia una sociología de la desviación*. Siglo XXI.
- Christensen, K. (2011). Reforming attempt liability under 18 u.s.c. § 2422(b): An insubstantial step back from United States v. Rothenberg. En *Duke Law Journal*, 61, Núm. 693, 693-730.
- Cochran, J., Chamlin, M., & Seth. (1994). Mark. “Deterrence of brutalization? An impact Assessment of Oklahoma´s return to capital Punishment”. *Criminology*, 32, 107-134.
- Cook, P., & Ludwig, J. (2009). Economical crime control”. En *Nber Working Paper series Working Paper* 16513. <http://www.nber.org/papers/w16513>
- Cooter, R. (2000). Three effects of social Norms on law: Expression, deterrence and internalization”. *Oregon Law Review*, 79(Pp), 1-22.
- Cooter, R. (2006). The intrinsic value of obeying a law: Economic analysis of the internal point”. En *Fordham Law Review*, 75, Núm. 3, 1275-1285.
- E.C.P.A.T. (2016). Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexuales. <http://luxembourgguidelines.org/es/spanish-version-es/>
- Eggstein, J., & Kenneth, K. (2014). Fighting Child Pornography: A review of legal a technological development”. *JDFSL*, 9, Núm. 4, 29-48.
- Ellis, A. (2003). A deterrence Theory of Punishment”. *The Philosophical Quarterly*, 53, 337-351.
- Europeo, P. (2010). ¿Cómo combatir los abusos sexuales a niños y la pornografía infantil? En Bruselas: Parlamento europeo. Documento disponible en: www.europa.eu/news/es/news-room/

2010112STO94319/¿cómo-combatir-los-abusos-sexuales-a-niños-y-la-pornografía-infantil.

- Dworkin, R. (1981). What is equality? Part 2: Equality of resources. *Philosophy & Public Affairs*, 10, 283-345.
- Friedman, D., En Tomassi, M., & Ierulli, K. (2000). *Delincuentes racionales y policía maximizadora de beneficios: Análisis económico de las leyes y su cumplimiento*. Cambridge University Press.
- Grogger, J. (1991). Certainty vs. Severity of punishment". *Economic Inquiry*, 29, Núm. 2, 297-309.
- Hart, H.L.A. *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.
- Lacombe, D. (2010). Child pornography and sexual grooming: Legal and societal responses by Suzanne Ost". *Suzanne, Law & Society*, 44(2), 407-409.
- Laverde, C. (2013). Mercado del sexo: Reflexiones desde la economía al comercio sexual. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 8, Núm 1, 191-220.
- Marzano, M. (2006). *La pornografía o el agotamiento del deseo*. Buenos Aires: Manantial.
- Mocan, N., & Gittings, K. (2010). The impact of incentives on Human Behavior: Can we make it disappear?, the case of the death penalty. En *NBER National Bureau of Economic Research, Working Paper*, 12631. <https://www.nber.org/papers/w12631>
- Orsagh, T., & Orsaght, J.-R. (1988). The effect of time served of recidivism: An interdisciplinary Theory". *Journal of Quantitative Criminology*, 4, 155-171.
- Osborne, R. (1989). *Las mujeres en la encrucijada de la sexualidad*. LaSal edicions de les dones.
- Pastor, S. (1989). *Sistema jurídico y economía: Una introducción al análisis económico del derecho*. Tecnos.
- Prada, N. (2012). Todas las caperucitas rojas se vuelven lobas en la practicas pos pornográficas". *Cadernos Pagu*, 38, 129-158.
- RAE. (2016). "Pornografía", *Diccionario de la RAE*. Disponible en: del.rae.es/?id=ThYXkZ3.
- Rand, E. (2019). PROTECTing the figure of innocence: Child pornography legislation and the queerness of childhood". En *Quarterly Journal of Speech*, 105, Núm 3, 251-272.
- Tamarit, S. (2002). La protección Penal del menor frente al abuso y la explotación sexual: Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores. Aranzadi.

- Taylor, M., & Quayle, E. (2003). *Child Pornography. An Internet Crime*. Brunner-Routledge.
- Tirado, M. (2011). Comercio sexual, una mirada desde la sociología jurídica. IIDS y Fundación FEFSa.
- Tirado, M. (2022). Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes ESCNNA en cuatro países del Cono Sur. ILAE. <https://www.ilae.edu.co/libros/752>
- Tirado, M. P., Laverde, J., & C. (2022). Pornografía Infantil – el papel jurídico y su efectividad. ILAE. <https://www.ilae.edu.co/libros/763>
- Toroska, G., Naumovska, L., & Kozarev, A. (2015). Psycho-Sociological personality traits of sexual Offenders”. *Human*, 5, 14-20.
- Wilson, T. (2020). Collaborative Justice and Harm Reduction in Cyberspace: Policing Indecent Child Images. En *The Journal of Criminal Law*, 84, Núm. 5, 1-23.
- Wright, V. (2010). “The sentencing project”, Deterrence in Criminal justice: Evaluating certainty vs. Severity of punishment”. The sentencing Project.

Gestación por sustitución: la deuda del derecho argentino, una realidad que no puede ser silenciada.

*Daiana Giselle Varela*¹

*Alexia María Molina*²

*María Dolores Suárez Larrabure (directora)*³

Gestación por Sustitución, una Laguna del Derecho

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida. Consiste en el compromiso entre una persona-denominada «gestante»- con otra, o con una pareja comitente -denominados «subrogantes»-, a través del cual la gestante acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para ser fertilizada con el material genético de los subrogantes, llevar a cabo la gestación y cuando se produzca el nacimiento, entregar el niño o los niños que pudiera/n nacer a los subrogantes. (Scotti, 2021)

El procedimiento de gestación por sustitución no está previsto en el Código Civil y Comercial vigente, es decir, no está permitido ni prohibido. Sin embargo, en el año 2012, cuando se presentó el proyecto de reforma del Código Civil ante el

¹ Facultad de Derecho y Cs. Sociales – UNT, email: daianagisellevarela18@gmail.com

² Facultad de Derecho y Cs. Sociales – UNT, email: alexia.maria.molina@gmail.com

³ Facultad de Derecho y Cs. Sociales – UNT, email: doloresuarezlarrabure@derecho.unt.edu.ar

Congreso, el artículo 562 establecía una forma regulada de maternidad subrogada bajo el nombre de “gestación por sustitución”.

ARTÍCULO 562.- Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar solo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a. se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b. la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c. al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d. el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e. la gestante no ha aportado sus gametos;
- f. la gestante no ha recibido retribución;
- g. la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
- h. la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza. (Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, 2012)

Sin embargo, la ley 26.994 de aprobación del Código Civil y Comercial excluyó esta técnica, ya que se consideraba que el objeto la gestación por sustitución era contraria a la moral y buenas costumbres.

“ARTÍCULO 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

La falta de regulación de la GS vulnera diversos derechos, entre ellos el acceso a formar una familia, porque la GS es una posibilidad más de acceder a formar una

familia, y en especial para los hombres, ya sea solos o en pareja. Considerando que en nuestro país se regula el matrimonio igualitario, eso no es un tema menor. Porque al habilitar y al reconocer el acceso a la familia cualquiera sea la orientación sexual, es claro que la GS es un modo de dar respuesta a ello. También lo que tiene que ver con el derecho a la identidad, al desarrollo personal, e incluso también en pos de los niños y las niñas, ya que, si no regula la GS, ellos y ellas ven vedada la posibilidad de fijar la filiación con quienes tienen la voluntad procreacional. Porque se trata de niños y niñas que nacen en familias que los/as buscaron, que los/as quieren. Y también la libertad de la gestante y de los comitentes, que ambas tienen que coincidir. (Herrera, 2022)

Situación Jurisprudencial

A pesar de que no existe una norma que admita la gestación por sustitución de manera expresa, la jurisprudencia exhibe una tendencia favorable a su admisibilidad (Chmielak, 2019)

La falta de regulación de esta figura, antes y después del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, obliga a los denominados subrogantes a presentarse ante los tribunales a los efectos de que se determine la filiación del niño que nace.

A modo de ejemplificar, tomaremos las siguientes sentencias, para demostrar las estrategias más utilizadas para obtener un resultado positivo respecto a la gestación por sustitución.

1. Solicitar la impugnación de la maternidad de la mujer que había dado a luz y que aparecía inscripta, por ser solo la gestante;

Esta estrategia se utilizó en dos casos resueltos: uno por el Juzgado de Familia de Gualguay, Entre Ríos, el 19/11/2013, en autos caratulados “B., M. A. c/ F. C., C. R.”, y otro por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 102, el 18/05/2015, en autos “C., F. A. y otros c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”.

Lo que se busca con esta estrategia, es impugnar la maternidad de la mujer gestante por no ser la madre biológica del niño nacido. Para demostrar esto, se procede a realizar una prueba de ADN a la mujer gestante, ya que, al no haber aportado sus óvulos, el niño que nace no tiene su genética.

2. Impedir provisoriamente la inscripción del niño y solicitarla a favor de los subrogantes.

Esta estrategia consiste en no inscribir al niño nacido mediante el uso de la gestación por sustitución hasta que se pueda determinar la filiación a favor de los comitentes, a través de una acción declarativa o medida autosatisfactiva.

Los fallos que utilizaron esta estrategia son:

- Juzgado Nacional en lo Civil N° 86, del 18/06/2013, autos caratulados como “N. N. o D.G.M.B. s/ inscripción de nacimiento”;
- Juzgado Nacional en lo Civil N° 83, del 30/06/2015, en autos “NN O, s/ inscripción de nacimiento”;
- Juzgado N° 1 de Familia de la Ciudad de Mendoza, del 29/07/2015, en autos caratulados “A. V. O., A. C. G. y J. J. F”.
- Juzgado N° 1 de Familia de Mendoza, del 15/12/2015, en autos caratulados “C. M. E. y J. R. M. por inscripción de nacimiento”.

Esta estrategia, si bien es muy utilizada, vulnera los derechos de los niños, debido a que el niño es un NN (no identificado) desde su nacimiento hasta que se dicte una sentencia que determine sobre quien recae la filiación.

3. Iniciación de un proceso previo para que se autorice la transferencia del embrión en la gestante y se resuelva la cuestión de la inscripción del nacimiento en el momento en que ocurra.

Esta estrategia, es la que contemplaba el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.

Los fallos que utilizaron esta estrategia son:

- Juzgado de Familia 2da Nominación, Córdoba. “R., L. S. y Otros s/ Solicita Homologación”
- Juzgado de 1ra Instancia en lo Civil y Comercial y de Familia 2da Nominación, Villa María, Córdoba. “R., L. A. y otros s/ sumaria”
- Juzgado de Familia N° 3, Lomas de Zamora. “H. M. y otro/a s/ medidas precautorias”

En los tres grupos, los argumentos suscitados para fallar a favor de que la determinación de la filiación sea en cabeza de los comitentes, fueron el derecho a la identidad del niño nacido, el artículo 19 de la Constitución Nacional, derecho a formar una familia, la voluntad procreacional como herramienta fundamental para emplazar a un niño como hijo de sus progenitores y el interés superior del niño, principio rector en todo proceso en donde estén inmiscuidos derechos de niños, niñas o adolescentes.

Al no existir una regulación que ponga un límite, la gestación por sustitución queda librada a la oferta y la demanda. Por eso el Estado tiene que ser responsable, porque sabe que esto pasa, y cada vez más. De hecho, algunos fallos dictados en esta materia disponen en el Resuelvo oficial al Congreso de la Nación para que sepa que hay un vacío legislativo al respecto; que tome nota que aquí debe decir algo el Poder Legislativo. (Herrera, 2022)

Casos de Gestación por Sustitución Internacional

Tenemos 6 casos judicializados de gestación por sustitución llevada a cabo por argentinos en el extranjero, los cuales se resolvieron a favor de los comitentes (Notrica, 2017)

Como lo afirma el Dr. Notrica, al referirse a estos casos, se presentan dos problemas distintos. Por un lado, se encuentran los conflictos a resolver cuando los comitentes desean desplazar al niño del país donde nació hacia el Estado de su residencia y, por otro lado, el inconveniente que sucede una vez que el niño se encuentra en el Estado de residencia de los comitentes, y lo que se busca es regularizar su situación legal, respecto de su filiación y, en algunos casos, en cuanto a su nacionalidad. Frente a ello, los magistrados intervinientes utilizaron los mismos argumentos que fueran vertidos en los procesos de gestación por sustitución nacionales, y agregaron el derecho a la nacionalidad, derecho humano inherente de toda persona. El Código Civil y Comercial, en su artículo 2634, determina: “Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño”. (Notrica, 2017)

El Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, a través de la Dirección de Asistencia Técnica, en la fecha 15/12/2015 dictaminó acerca del reconocimiento de la gestación por sustitución efectuada en el extranjero al entender que “A raíz de la vigencia del CCyC, esta Dirección de Asistencia Jurídica Internacional ha advertido que, en materia de reconocimiento de la filiación extranjera, ha habido una importante modificación que requerirá, de las áreas del Ministerio con competencia en

esta materia un análisis sobre las consecuencias que pueden surgir, fundamentalmente en materia de reconocimiento de filiaciones surgidas de contratos de maternidad subrogada y en cuanto a la posibilidad de habilitar los trámites de nacionalidad por opción cuando el vínculo filial se acredita con una partida, que tiene como antecedente un contrato de maternidad subrogada”. (Notrica, 2017)

Doctrina

En la Argentina encontramos dos posturas diferenciadas, una a favor de la gestación por sustitución y otra en contra de esta práctica.

Federico Notrica (Notrica, 2018), posicionándose a favor de la maternidad subrogada, refutó con argumentos sólidos y fundados la postura del sector de la doctrina que estaba en contra de esta práctica.

El sector que se encuentra en contra, sostiene los siguientes argumentos:

El valor de la etapa prenatal

El neonatólogo Nils Bergman sostiene que “lo peor que le puede pasar a un recién nacido es que lo separen de su madre, debido a que esto dejará secuelas y daños graves en la madre y en el niño. Sin embargo, estos dichos terminaron siendo meras afirmaciones subjetivas, fácilmente rebatibles, ya que ningún estudio científico pudo demostrarlo”. (Notrica, 2018)

Conforme a evidencia científica, el vínculo prenatal está influenciado por una serie de factores, como ser la edad de la gestante y la actitud posterior al parto. Estos factores son relevantes a la hora de explicar la habilidad de la gestante para entregar al/la niño/a después del parto. Las gestantes tienden a tener 30 años o más y la mayoría de ellas consideran que han completado su propia familia (Blyth, 1994). Otro estudio tendiente a determinar el vínculo materno durante el embarazo descubrió que las gestantes están menos ligadas o aferradas al feto (Fischer & Gillman, 1991). Consecuentemente, las gestantes no se permiten a sí mismas aferrarse al feto, o al/la niño/a después del parto. La práctica de entregar al/la niño/a a la pareja requirente inmediatamente después del parto refuerza esta idea (Akker, 2007).

En lo que respecta a la entrega del/la niño/a, un estudio encabezado por Jadva, Murray, Lycett, Maccalum y Golombok sobre las experiencias de las gestantes, sugiere que estas no se enfrentan a dificultades particulares al entregar el/la niño/a

a los requirentes. En este estudio se analizaron 34 gestantes, de las cuales todas estaban felices con la decisión tomada acerca de cuándo entregar al/la niño/a y ninguna experimentó dudas o dificultades en lo que respecta a la entrega. (2003)

En igual sentido, los datos de otro estudio realizado por Hanafin reflejan que ninguna de las mujeres que actuaron como gestantes (en este caso, 89 mujeres) experimentó un duelo por la separación del/la niño/a. El apego era, en general, mayor con la pareja requirente que con el/la niño/a. Según este estudio, la percepción de las gestantes de que siempre fue su niño (el/la niño/a de los requirentes) a menudo se basa en el hecho de que el/la niño/a no hubiera llegado a ser si no fuera por el deseo de la pareja en particular. (Hanafin, 1987)

Según el obstetra del Hospital Italiano Mario Sebastiani: “La maternidad o la paternidad son procesos psicológicos y sociales que se denominan ‘filiación’ y que no siempre pueden estar acompañados de la genética o del proceso gestacional y el nacimiento. Reconocer solo a una madre por su parto es obligarla a ser madre a pesar de ella. Curiosamente un padre que recurre a la donación de espermias es reconocido como padre, pero una mujer que recurre a un útero subrogado, no puede convertirse en madre”. (Notrica, 2018)

La inmoralidad del contrato de maternidad subrogada

En esta corriente del pensamiento se encuentra Zannoni, que sostiene la inconveniencia de regular la GS, bajo los siguientes argumentos: a) desde la perspectiva de las madres sustitutas, se trata lisa y llanamente de la explotación de la mujer y su utilización como objeto de la prestación; b) desde la perspectiva del niño, dichos acuerdos vulneran su derecho a la identidad al despojarlo arbitrariamente de su primer entorno natural y propio, el medio ambiente uterino; c) los contratos de gestación por sustitución provocan, al menos inicialmente, una situación de incertidumbre acerca de la determinación de la maternidad, ya que nos colocan ante la existencia de una madre biológica y una madre portadora o gestante; d) la dicotomía entre una madre biológica y una gestante provocará, posiblemente, una dicotomía de intereses; y, e) en este tipo de contratos, el hijo sería objeto de la relación jurídica contractual establecida entre la madre portadora y los padres con intenciones de procrear. Al igual que la madre portadora, recibe el tratamiento de cosa. En efecto, el contrato vincula a la portadora con obligaciones de hacer (no interrumpir voluntariamente el embarazo y facilitar los exámenes ginecológicos y clínicos y realizar los tratamientos que se le indiquen para llevar el

embarazo a buen término) y de dar (entregar al niño, una vez nacido, a los dueños del embrión). El hijo se convierte, entonces, en la cosa debida (Zannoni, 1998)

Sin embargo, estos argumentos fueron perdiendo vigor en los últimos años, debido a que las personas al ver el creciente número de casos de GS, comenzaron a observar la realidad desde otra perspectiva, sosteniendo que la ley no puede castigar las conductas inmorales de las personas cuando hay un acuerdo entre ellas y no se está causando daño a nadie.

En este esquema la autonomía de voluntad tiene un papel relevante, ya que de acuerdo con el artículo 19 de la Constitución Nacional: “Las acciones privadas de los hombres 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”. (Pierri & Menem, 1994)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha manifestado diciendo lo siguiente: Las consideraciones morales y/o la aceptabilidad social de estas prácticas no son, en sí mismas, razones suficientes para justificar la prohibición total de una técnica de procreación artificial específica (...) Estas consideraciones pueden tener un peso particular al momento de resolver la admisibilidad o no de las técnicas de fertilización asistida en general. Pero una vez admitidas, el andamiaje jurídico creado debe ser coherente, de manera de poder receptar los diferentes intereses legítimos en juego (S., H. y otros c. Austria, 2010)

Por su parte, Marisa Herrera sostiene que la gestación por sustitución no es un contrato, porque estamos en el marco de la filiación y no tenemos una mirada contractualista de la filiación. “Es como cuando se dice que el matrimonio es un contrato; y no, no lo es. Es una institución. Otra cosa es el valor que tienen lo que las partes pactaron durante el proceso de autorización, lo que constituye una prueba, por ejemplo, cómo se conocieron, o cómo ellos pactan la compensación. Son ideas que pueden plasmarse y eso no está prohibido, pero no es que lo homologo como a un contrato, sino que es un proceso judicial previo donde el juez o la jueza va a tener que analizar todas las pruebas, con independencia de que haya algo escrito o no”. (Herrera, 2022)

Comercialización, cosificación y explotación de la mujer

Este resulta ser un argumento crucial para la tesis contraria a la GS, en la que focalizan la mirada en las mujeres de bajos recursos y, principalmente, con la modalidad del llamado turismo reproductivo que supone la emigración hacia

países del tercer mundo a los fines de aprovecharse de esta situación económica desventajosa y, así, llevar a cabo la práctica. (Notrica, 2018)

Se ha expresado que desde la perspectiva de las ‘madres sustitutas’, se trata lisa y llanamente de la explotación de la mujer y su utilización como objeto de la prestación, existiendo todavía bastante incertidumbre respecto de las proyecciones psicológicas y emocionales que a mediano y largo plazo provocan estas prácticas en las mujeres que se someten a ellas (Zannoni, 1998)

Gran parte de la doctrina que está en contra de la GS, sostiene que esta figura afecta a la dignidad de la gestante y del niño que nacerá, ya que se está cosificando y mercantilizando la gestación, el nacimiento y la maternidad. En virtud de ello, sostienen que para evitar esto, se debe prohibir de modo expreso y claro la gestación por sustitución.

Sin embargo, quienes están a favor de la gestación por sustitución, piensan lo contrario, y sostienen que de ningún modo se debe prohibir esta técnica. Debido a que este argumento de cosificación, comercialización y mercantilización de la mujer, lo único que hace violar el derecho de autodeterminación de la mujer al colocarla en una situación de inferioridad, considerando que no puede dar por sí misma un consentimiento previo, informado y libre.

En definitiva, este argumento refuerza el estereotipo negativo de la mujer, presuponiendo un estado de imposible manejo de su propia vida con libertad y autonomía. (Notrica, 2018)

Por su parte, Marisa Herrera expresa que los principales argumentos a favor de la regulación que proponía el Anteproyecto son los siguientes:

- a. ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice en los centros de salud; antes bien, se utilizan artilugios jurídicos como los ya sintetizados, con los conflictos que genera aplicar normativas pensadas para resolver otro tipo de situaciones fácticas y jurídicas;
- b. la adopción de normativas precisas y claras es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento, el niño tiene vínculo filial con quienes quieren ser padres, prestan para ello el debido consentimiento como exteriorización de su voluntad procreacional y es cuidado y criado por estos, forjándose así también la identidad dinámica además de la estática si es que el embrión fue conformado con material de uno o ambos miembros de la pareja o de la persona si se trata de una familia monoparental;

- c. una buena regulación constituye un instrumento eficaz para impedir la existencia de un mercado negro de vientres en el que las mujeres —por lo general, de escasos recursos socioeconómicos— son objeto de explotación;
- d. la gestación por sustitución es una práctica que se realiza cada vez en mayor cantidad de países, número que va en aumento; por lo tanto, las personas que cuentan con recursos económicos viajan al exterior y se someten a estas técnicas fuera de las fronteras nacionales. En este contexto, podría sostenerse que las prohibiciones legales podrían ser tildadas de discriminatorias, en tanto se aplican esencialmente a las parejas (de igual o diferente sexo) que no pueden afrontar los gastos que insume una práctica compleja como la gestación por sustitución; en cambio, quienes tienen recursos económicos sí pueden ver satisfecho su derecho a formar una familia a través de esta práctica;
- e. la gestación por sustitución es una solución para las mujeres que no pueden tener hijos propios por carecer de útero;
- f. en países que reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo como la Argentina, la gestación por sustitución es la única opción que tiene una pareja compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (aunque de uno solo de ellos); conforme el principio de igualdad (el mismo que constituyó el pilar del reconocimiento legal de dichas uniones), si un matrimonio de lesbianas puede generar vínculos filiativos a través de las TRHA, ese derecho también debe ser conferido a una pareja de varones; y g) la aceptación legal de la gestación por sustitución es la tendencia que prevalece en el derecho comparado. (Herrera, 2015)

Derecho comparado

Si bien nuestro país no ha legislado la gestación por sustitución, podemos encontrar diferentes países donde sí lo han hecho, posicionándose tanto a favor como en contra. Brevemente, tomando en cuenta lo expuesto por Marisa Herrera (Herrera, 2015), así también como Antonio Silva Sánchez y Dalia Perkumiene (Sánchez & Perkumiene, 2021), realizaremos una reseña de la regulación de esta figura en diferentes países.

- a. Se encuentra prohibida de manera expresa en Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza, Turquía, Lituania, Austria, Portugal, Francia y Noruega. Pero también se encuentra prohibida en otros países no europeos e incluso en algunos estados de Estados Unidos (Nueva York, Michigan o Indiana).
- b. No existe una regulación sobre el tema, o estaría prohibido en virtud de disposiciones de carácter general, o no se tolera, o la cuestión de su legalidad es incierta en un total de 10 estados (Andorra, Bosnia y Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania y San Marino);
- c. Está permitida en Albania, Georgia, Grecia, los Países Bajos, el Reino Unido, Rusia y Ucrania; primando en la mayoría de ellos la llamada gestación por sustitución altruista (que incluye la posibilidad de compensación). La subrogación remunerada está permitida en países como Georgia, Rusia y Ucrania, y algunos estados de EE.UU.

Algunos países o Estados establecen la prohibición de la maternidad subrogada remunerada pero permiten la subrogación altruista. Este tipo de gestación subrogada con carácter altruista está permitida, entre otros países, en Bélgica, India, Grecia, Dinamarca, Australia, Canadá y algunos estados de los EE.UU.

- d. Estaría tolerada en 4 estados (Bélgica, República Checa, y, posiblemente, Luxemburgo y Polonia);
- e. Es posible para los futuros padres obtener el reconocimiento legal o la determinación de la paternidad con un niño nacido de una gestación por sustitución que se practica en el extranjero en un total de 13 estados (Albania, España, Estonia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, los Países Bajos, la República Checa, el Reino Unido, Rusia, Eslovenia y Ucrania; este reconocimiento también sería viable en algunos estados en los que, incluso, se prohíbe la gestación por sustitución: Austria, Bélgica, Finlandia, Islandia, Italia, Malta, Polonia, San Marino, Suecia, Suiza y, posiblemente, Luxemburgo) y
- f. Se excluye el reconocimiento de niños nacidos por gestación en el extranjero en 11 estados (Andorra, Alemania —excepto, quizás, cuando el padre de intención o de voluntad es también el padre biológico o el que prestó el material genético—, Bosnia y Herzegovina, Letonia, Lituania, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Rumania, Serbia y Turquía).

En el continente americano, existen algunos países lo permiten con ciertas restricciones, como Uruguay, Brasil, algunos estados de Estados Unidos y de México.

En resumen, podemos notar que no existe todavía un consenso sobre la regulación de esta figura, variando en los requisitos que se solicita si es aceptada hasta su prohibición expresa. De todas maneras, los autores resaltan que, a pesar de la diversidad de regulación, la cantidad de países que la legislan va en aumento.

Conclusión

Las familias cambian, la sociedad se encuentra en constante evolución. Es el derecho el que debe adaptarse a la sociedad y no la sociedad al derecho. La Gestación por Sustitución es una realidad, la cual al ser silenciada por la legislación trae como consecuencia la desprotección a aquellos que se quiere proteger, por lo que debemos legislar.

Según Marisa Herrera “No es que una se pregunta si está a favor o en contra, o si lo haría o no lo haría, sino que hay que ser conscientes de que existe una realidad cada vez más compleja, hay cada vez más casos de GS y se debe dar una respuesta. La ley es una respuesta estatal. El Estado tiene la obligación de darle respuesta a la gente y la ley es el lugar desde donde hacerlo. Siempre es mejor regular, proteger y controlar porque la falta de regulación termina siempre perjudicando a las personas más vulnerables. Reglas claras te permiten dar previsibilidad, seguridad jurídica”. (Herrera, 2022)

Cada vez es mayor el número de casos de GS. Si bien en el año 2012, cuando se presentó el Anteproyecto del Código Civil y Comercial, había un solo caso, hoy tenemos 52 casos contabilizados. Dejando de lado todos los casos que tuvieron lugar en el extranjero.

Se requiere de forma urgente que se regule la gestación por sustitución, del mismo modo que diferentes leyes que fueron avanzando en la admisión de las distintas formas de constituir una familia. Esto conlleva también el derecho de tener un hijo, sin olvidar que hay casos en los que la única forma de poder ser padres es mediante la asistencia de una persona ajena a la pareja, la cual sea la gestante de su hijo.

Formar una familia es un derecho humano consagrado en la Constitución y, como tal, debe ser protegido a través de su regulación. Además, como lo destaca

Marisa Herrera, “Por aplicación del principio de realidad, si ya al momento de elaborar una nueva legislación civil se empezaban a vislumbrar este tipo de situaciones que traen consigo fuertes replanteos jurídicos en el campo filial, se entendió que con el paso del tiempo el tema tendría mayor envergadura o peso social y por lo tanto, que una normativa más contemporánea debía dar una solución expresa al respecto. Máxime, cuando en la práctica se observan diferentes artilugios jurídicos que esconden, en definitiva, casos de gestación por sustitución con las consecuencias negativas que se derivan de silenciar situaciones que involucran un derecho humano como el derecho a la identidad”. (Herrera, 2015). De esta manera se podrá proteger a las partes vulnerables dentro de una realidad que está presente en la sociedad y también se asegurará la igualdad real para todas las personas, sin discriminar a quienes no tienen la posibilidad de procrear.

Por último, es importante no olvidar que el interés superior del niño es un principio central que se encuentra en juego cuando estamos frente a un caso de gestación por sustitución. No es un tema menor la decisión de mantener este silencio dentro de la legislación, ya que no solo afecta este interés superior, sino también el vínculo filial del/a niño/a, su integración dentro de un núcleo familiar con personas que tienen voluntad procreacional respecto de él, lo cual va a formar su identidad, su pertenencia y toda su persona.

Referencias

- Sánchez, A., & Perkumiene, D. (13 de 12 de 2021). Aspectos relevantes de la regulación jurídica de la gestación subrogada en el marco del derecho comparado. Recuperado el 01 de 08 de 2022, de Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2448-51362021000300143&script=sci_arttext ,
- Akker, V. d. (2007). Psychosocial aspects of surrogate motherhood. *Human reproduction update*, 13(1), 53-62.
- Blyth, E. (1994). I wanted to be interesting. I wanted to be able to say 'I've done something interesting with my life'. Interviews with surrogate mothers in Britain. *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, 12(3), págs. 189-198.
- Chmielak, C. L. (02 de 03 de 2019). "Maternidad subrogada: principio del interés superior del niño. Legislación nacional e internacional que regula los derechos de las mujeres". *Revista de derecho de Familia y de las personas*, 201-2013.
- Fischer , & Gillman. (1991). Surrogate motherhood: attachment, attitudes and social support. . *Psychiatry*, 54(1), 13-20.
- Hanafin, H. (28 de 08 de 1987). Surrogate Parenting: Reassessing Human Bonding, . Presentation at the annual meeting of the American Psychological Association, NYC, NY. Nueva York, Estados Unidos.
- Herrera, M. (2015). *Manual de Derecho de las Familias* (1era reimpresión ed.). Buenos Aires, Argentina: AbeledoPerrot S.A.
- Herrera, M. (4 de 1 de 2022). Gestación por sustitución: La necesidad de una regulación. (P. Martínez, & A. Vitelli , Entrevistadores) <https://iboneolza.wordpress.com/2017/03/29/la-gestacion-subrogada-esviolencia/>. (26 de 07 de 2017).
- Jadva, Murray, Lycett, MacCallu, & Golombok. (2003). Surrogacy: the experiences of surrogate mothers. *Human Reproduction*, 18(10), 2196-2204.
- Laferriere, J.N. (10 de 02 de 2017). La prohibición de la maternidad subrogada en Argentina. Recuperado el 01 de 08 de 2022, de Centro de bioética: <https://centrodebioetica.org/la-prohibicion-de-la-maternidad-subrogada-en-argentina/>
- Lorenzetti, R. L., Highton de Nolasco, E., & Kemelmajer de Carlucci, A. (2012). Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Obtenido de Colegio

- de abogados. Departamento judicial de Azul: <https://colegioabogadosazul.org.ar/webfiles/recursos/FUNDAMENTOS-ANTEPROYECTO-CC.pdf>
- Notrica, F. (03 de 2017). La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional. Obtenido de Argentina: Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación. : <https://salud.gob.ar/dels/entradas/la-figura-de-la-gestacion-por-sustitucion-en-la-jurisprudencia-nacional>
- Notrica, F. (2018). Los débiles argumentos contrarios a la gestación por sustitución. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional De La Plata*, 245-265.
- Pierri, A., & Menem, E. (15 de 12 de 1994). Constitución de la Nación Argentina. Obtenido de Infoleg: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- S., H. y otros c. Austria (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 01 de 04 de 2010).
- Scotti, L. B. (2021). “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. Buenos Aires: Pensar en Derecho.
- Zannoni, E. A. (1998). *Derecho civil. Derecho de familia* (5ta. ed. actual. y ampliada ed.). Buenos Aires: Astrea.

- Derechos humanos: Niñez y adolescencia -

Derechos Humanos

Niñez y adolescencia

TOMO II

Laura Lora
(compiladora)

ISBN 978-950-29-1980-5

