



Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 3, n.º 3, julio-diciembre, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (En línea)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v3i3.5>

Las Reglas de Brasilia y los derechos de la familia, la infancia y la adolescencia. Infancias vulnerables y acceso a la justicia

The Brasilia Rules and the rights of the family, children, and
adolescents. Vulnerable children and access to justice

KARINA VANESA SALIERNO

Universidad Católica Argentina
(Buenos Aires, Argentina)

Contacto: escribaniasalierno@gmail.com
<http://orcid.org/0000-0002-9149-6296>

RESUMEN

La vulnerabilidad es un concepto abierto que exorbita las categorías jurídicas de capacidad e incapacidad. Requiere un análisis multidisciplinario, pues plantea la humanización de la aplicación de los derechos humanos fundamentales y una resignificación de los operadores jurídicos. La interseccionalidad de la discriminación puede agravar la vulnerabilidad, lo que provoca que algunas vulnerabilidades puedan atraer a otras, las cuales se suman como capas de opresión y exclusión. Por este motivo, los grupos vulnerables requieren la elaboración de herramientas eficaces para garantizar el pleno goce de sus derechos en condiciones de igualdad. Los niños, las niñas y los y las adolescentes

son un grupo vulnerable que requiere medidas especiales de protección. Para ello, los Estados deberán adoptar medidas de acción positivas que garanticen la tutela judicial efectiva de los niños, las niñas y los y las adolescentes. En el presente trabajo se expone una guía de buenas prácticas para la tutela judicial efectiva de este grupo vulnerable.

Palabras clave: vulnerabilidad; grupos vulnerables; medidas de acción positivas; tutela judicial efectiva.

ABSTRACT

The concept of vulnerability is an open one that goes beyond the legal categories of capacity and incapacity. It requires a multidisciplinary analysis because it raises the humanization of the application of fundamental human rights and a resignification of legal operators. The intersectionality of discrimination can aggravate vulnerability, causing some vulnerabilities to attract others, which add up as layers of oppression and exclusion. Therefore, vulnerable groups require the drafting of effective tools to guarantee the full enjoyment of their rights under conditions of equality. Children and adolescents are vulnerable groups that require special protection measures. To this end, States should adopt positive action measures that guarantee effective judicial protection for children and adolescents. This paper presents a guide of good practices for the effective judicial protection of this vulnerable group.

Key words: vulnerability; vulnerable groups; positive action measures; effective judicial protection.

Recibido: 19/09/2021 Aceptado: 12/10/2021

1. LA VULNERABILIDAD COMO CONCEPTO Y CATEGORÍA

El humano es el centro del ordenamiento jurídico y el eje de protección de los Estados, que basan el reconocimiento de los derechos humanos en la dignidad humana como factor determinante del respeto a la igualdad, la no discriminación, la tolerancia y la libertad. Los derechos civiles, económicos, sociales y culturales están profundamente conectados y constituyen una red multifuncional de garantía y justicia (Salierno, 2020).

Por otro lado, el estudio de la vulnerabilidad social se ha desarrollado desde un enfoque multidisciplinar, lo que brinda la posibilidad de estudiar los grupos vulnerables desde diferentes perspectivas metodológicas, y a distintas escalas, apareciendo así numerosas líneas de investigación que se abordan desde este enfoque (Sánchez y Egea, 2011).

La palabra «vulnerabilidad», según el diccionario de la Real Academia Española (RAE), proviene del latín *vulnerabilis* y es un adjetivo que significa «que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente». Asimismo, la noción de vulnerabilidad no nace como un concepto jurídico, aunque en la actualidad se encuentra en plena cristalización por parte del derecho. En realidad, nace de conceptos de la sociología y la antropología humana. En principio, se presenta como un concepto vago, abierto, en vías de cristalización jurídica, variable, graduable, latente, ajustable a las condiciones de la época y de los lugares geográficos. No obstante, esta no definición permite su utilización para aprehender las diferentes realidades sociales de manera transversal y desde el individuo.

Por ello, la vulnerabilidad como concepto exorbita las categorías jurídicas de capacidad e incapacidad, y se presenta como un nuevo enfoque social, que visualiza la problemática desde un doble aspecto: el individual y el social, el reconocimiento de la situación de amenaza y la necesidad de un estatuto protectorio.

Como concepto relacional, la vulnerabilidad es una condición que puede ser actual o latente, es decir, puede aparecer y desaparecer, o estar siempre presente, o ser objetiva, o subjetiva o ambas. Asimismo, la condición de vulnerabilidad se visualiza como capas que ocultan o impiden el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de la persona, capas que se adicionan, incrementan o disminuyen. Permite, además, comprender la realidad de otra manera y posibilita generar planteos interseccionales y transversales, ya que la vulnerabilidad entrecruza muchos aspectos de la vida humana, razón por la cual es esencial para el hombre. El vocablo «vulnerabilidad» expresa tanto la exposición al riesgo como la capacidad que tiene cada persona para enfrentarlo a través de una respuesta inmediata. En una primera aproximación, podríamos decir que la vulnerabilidad es una condición humana frente a la cual algunos tienen herramientas de reacción, recuperación y reconstrucción; mientras que otros no poseen dichas herramientas porque presentan dificultades para alcanzar la resistencia frente a factores de riesgo, y no les basta con la libertad e igualdad declamada para todos, sino que necesitan algunas medidas extraordinarias de compensación ante el desequilibrio que sufren.

En las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada entre el 4 y el 6 de marzo de 2008, se define a la persona en situación de vulnerabilidad como aquella que, por una causa o por una conjunción de causas, no está en condiciones de igualdad real frente a otras, para ejercer con plenitud sus derechos. La realidad nos muestra que existen distintos grupos en la sociedad que se encuentran alcanzados, no solo por una causa de exclusión, sino por muchas, que se presentan como capas que se superponen, las cuales derivan de las relaciones sociales, históricas, económicas y culturales y que, en definitiva, operan como estructuras del poder.

El criterio de la interseccionalidad¹ es útil para reflexionar sobre cómo se construyen las diferentes capas de vulnerabilidad en un sujeto, y cómo, por ejemplo, la tecnología contribuye al desarrollo de una capa² más de vulnerabilidad en ciertos grupos marginales y al nacimiento de una calidad objetiva o autónoma en grupos ajenos a este conflicto. Entonces diremos que hay grupos vulnerables, que, por sus condiciones socioculturales, origen étnico, género, edad, discapacidad o enfermedad, o bien por una combinación de factores, se encuentran en mayor grado de exposición y desprotección frente al riesgo tecnológico porque viven una realidad con mayores impedimentos para el disfrute pleno e igualitario de sus derechos fundamentales en iguales condiciones con los demás. En definitiva, estos grupos presentan ineptitud para identificar el riesgo tecnológico y enfrentar para prevenir el daño, lo que supone una incapacidad de respuesta inmediata o inhabilidad subjetiva para adaptarse rápidamente.

Las personas pueden ser vulnerables por factores endógenos, exógenos o por la combinación de dos o más causas, lo cual provoca que sean aún más endebles y, con ello, también susceptibles de mayor protección (Armella, Clusellas, Cosola, Moreyra, Salierno, Spina y Zito, 2019). Son personas vulnerables por su condición física o personal: los niños³, por su fragilidad física y su inmadurez (física y jurídica), a la que se puede sumar su fragilidad social si pertenecen a un grupo

1 La interseccionalidad es un término acuñado por primera vez en 1989 por la abogada feminista y defensora de los derechos humanos Kimberlé Williams Crenshaw, especialista en cuestiones de raza y género. Profesora de la Escuela de Derecho de la Universidad de California y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia.

2 Decimos, entonces, que la interseccionalidad es el término que se utiliza para describir la «simultaneidad de la opresión», el «solapamiento de opresiones» o el «entrelazamiento de opresiones».

3 Corte IDH, OC-17/02; Corte IDH, masacre de las Dos Erres vs. Guatemala; Corte IDH, Rosendo Cantú et al. vs. México; Corte IDH, Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay; Corte IDH, Bulacio vs. Argentina; Corte IDH, hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú; Corte IDH, masacre de Santo Domingo vs. Colombia; Corte IDH, masacres de Ituango vs. Colombia.

minoritario, detenido, migrante o en un conflicto armado; las mujeres⁴, cuya vulnerabilidad se incrementa si son niñas o pertenecen a comunidades indígenas; las personas con capacidad restringida o discapacidad⁵; los adultos mayores⁶; las que pertenecen a minorías sexuales; y las pertenecientes a pueblos originarios o minorías raciales.

También son vulnerables, independientemente de su pertenencia a uno o más de los grupos mencionados, todas aquellas personas que se relacionan con el internet, ya que la percepción sensorial del mundo analógico se encuentra tamizada por una determinada realidad digital. La característica principal de este medio es la masificación del procesamiento de datos de forma ilimitada, cuyo objetivo económico se encuentra enmascarado detrás de la pretendida gratuidad del servicio. Así, se crean nuevos riesgos y formas de poder; y con ello, la satisfacción desigual de necesidades fundamentales y, en definitiva, de exclusión y marginación.

La vulnerabilidad, entonces, también se presenta como una situación de desigualdad funcional que no permite que las personas gocen de los mismos derechos en las mismas situaciones. Al respecto, es necesario crear mecanismos y herramientas que equilibren la desigualdad funcional o social, y que devuelvan la igualdad sustancial que es esencia de toda persona humana. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1984), «la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona» (párr. 55).

4 Corte IDH, Rosendo Cantú vs. México; Corte IDH, González et al. (campo algodonero) vs. México; Corte IDH, masacre de las Dos Erres vs. Guatemala; Corte IDH, Gelman vs. Uruguay, Corte IDH, niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana; Corte IDH, masacres de río Negro vs. Guatemala; Corte IDH, Plan de Sánchez vs. Guatemala; Corte IDH, TiuTojin vs. Guatemala,

5 Corte IDH, Ximenes Lopes vs. Brasil; Corte IDH, Furlán y familia vs. Argentina; Corte IDH, Artavia Murillo (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica.

6 Sentencia Poblete Vilches y familiares vs. Chile, 2018.

2. INFANCIAS VULNERABLES

La condición natural de dependencia que tiene la infancia hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo intenso, diferencial y minucioso de los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los y las adolescentes (NNA). El sistema judicial debe ser un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas, en especial de aquellas en condición de vulnerabilidad.

Desde el punto de vista de la vulnerabilidad, los NNA son el grupo más homogéneo porque es posible limitarlos jurídicamente mediante su inclusión en la categoría de «menores». Sin embargo, el cambio de paradigma internacional que se dio con la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en la que se pasó del niño como objeto de protección al niño como sujeto activo de derechos, y el reconocimiento del interés superior del niño, permiten realizar un análisis especial dentro de esta categoría. En este sentido, resaltamos la importancia de la edad y el grado de madurez del menor, los cuales conforman un criterio mixto que permite analizar cada caso en particular.

El interés superior del niño representa el reconocimiento del menor como persona y sujeto de derechos, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Cumple una función correctora e integradora de las normas legales, y constituye una pauta de interpretación y decisión ante un conflicto de intereses, así como un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. Como pauta orientadora objetiva, busca el mayor beneficio para el niño, frente a un presunto interés del adulto; en caso de ponderación, se prioriza el del niño. Ante un conflicto de derechos de igual rango, los jueces deben dar prioridad al interés superior del niño, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de cada caso. Es un principio jurídico garantista, entendiéndolo como una obligación del Estado destinada a asegurar la efectividad de los

derechos subjetivos. Asimismo, es un concepto flexible que permite y exige calificarlo y redefinirlo en cada caso específico, según las particularidades de la situación.

La Opinión Consultiva 17/2002 de la CIDH (2002) estableció que el interés superior del niño debe ser entendido como un principio base sobre el que se construyen los límites del Estado y de los progenitores; debe respetar la autonomía gradual de la infancia y la adolescencia, y debe permitir la intervención del niño o adolescente porque su reconocimiento como sujeto le permite desarrollar al máximo sus potencialidades en el tránsito hacia la vida adulta (párr. 59).

En este sentido, la Observación General del Comité de los Derechos del Niño n.º 14 subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento (Organización de las Naciones Unidas, 2013, p. 4).

Asimismo, en la aplicación e interpretación de este principio fundamental para el análisis de cualquier problemática relacionada con los niños, se deberá tener especial cuidado en las características particulares de cada niño o adolescente, porque, más allá de configurar un principio general, el fundamento de toda la normativa internacional de los NNA reconoce la singularidad de cada caso como pilar fundamental para la resolución de los conflictos. Cada niño o adolescente es único, y únicas deberán ser las herramientas para la resolución de los conflictos. Esta singularidad exige pensar el interés superior del niño en el caso concreto, más allá de la abstracción del principio como directriz orientadora del juicio de ponderación.

El interés superior del niño también es una directriz para los responsables de cuidado, progenitores, referentes afectivos, asistentes sociales, Ministerio Fiscal, educadores y, en definitiva, para todo aquel que tenga una vinculación directa con el niño. Esto lo establece el artículo 18, inciso 1, de la CDN (1989): «Incumbirá a los padres o,

en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño». Así, cuando los progenitores deban decidir sobre cuestiones relativas al desarrollo físico, psicológico, emocional, educativo o afectivo del hijo, deberán hacerlo orientando sus decisiones hacia aquellas que consideren el interés superior del menor, por encima de las visiones o ideas que giran en torno al adulto, las cuales pueden no responder a las necesidades particulares de sus hijos.

El principio de autonomía progresiva de los NNA, consagrado en la CDN y acogido por los ordenamientos jurídicos nacionales a partir del proceso de constitucionalización de las normas internacionales de derechos humanos, establece que a partir de los trece años los adolescentes comienzan a adquirir determinadas capacidades. Por ello, es necesario que se les habilite en la participación de aquellos asuntos en donde se ven involucrados sus derechos fundamentales. Asimismo, se encuentran habilitados a participar a través de los mecanismos que se regulen por cada Estado. El menor de edad como sujeto de derecho, en la medida en que crece y desarrolla su pensamiento abstracto, adquiere el discernimiento para comprender cuál es el sentido de sus acciones. Así, su opinión se debe tener en cuenta en todos aquellos asuntos en los que tenga interés directo o indirecto; y debe intervenir en los procesos judiciales que le conciernen mediante el patrocinio de un abogado que sea conocedor de las necesidades particulares de la infancia y que maneje herramientas adecuadas para la defensa de los intereses particulares de los NNA.

3. REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

Las Reglas de Brasilia son un conjunto de normas de *soft law* que establecen los principios básicos para garantizar el acceso a la justicia

de las personas en condición de vulnerabilidad, entre las cuales se encuentran los NNA. Fueron aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, realizada en Brasilia en marzo de 2008. La República Argentina, a través de la Corte Suprema de Justicia, se adhirió a estas reglas por la Acordada 5/2009; y Perú hizo lo mismo mediante las Resoluciones Administrativas n.º 266-2010-CE-PJ y n.º 198-2020-CE-PJ, las cuales sirvieron de fuente para desarrollar el Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad 2016-2021, aprobado a través de la Resolución Administrativa n.º 090-2016-CE-PJ.

Estas reglas respetan la evolución de los estándares internacionales de derechos humanos, tanto del sistema interamericano como del sistema universal en materia de acceso a la justicia; y obligan a los Estados que las adoptan a respetar sus lineamientos, sean los poderes judiciales, ministerios públicos, defensorías públicas y oficiales públicos, que directa o indirectamente estén vinculados con el acceso a la justicia de los grupos vulnerables. Asimismo, representan una cristalización del concepto de vulnerabilidad desde el punto de vista jurídico, aplicado a un principio específico que es el de tutela judicial efectiva de las personas que experimentan dificultades para acceder a la justicia y ejercer sus derechos en virtud de su pertenencia a los grupos vulnerables. Estas reglas apuntan a garantizar las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por los ordenamientos jurídicos sea efectiva.

Asimismo, en las Reglas de Brasilia (2008) se conceptualiza a las personas en situación de vulnerabilidad como

aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (regla 3).

En este sentido, podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración, la pobreza, el género y la privación de libertad. Es importante destacar que deja abierta la posibilidad de que sea determinada la condición de vulnerabilidad en cada país de acuerdo con las características específicas o su nivel de desarrollo social y económico. En este aspecto, la adaptación de las reglas en cada país requerirá un análisis jurídico, económico y social de la composición de cada sociedad y las necesidades particulares que podrán ser adaptadas a través de directrices o guías de buenas prácticas para el cumplimiento de estas.

Asimismo, es importante resaltar que son destinatarios de las reglas no solo los responsables de las políticas públicas, sino también los jueces, los fiscales, los defensores públicos, los procuradores, los abogados, los escribanos y otros profesionales del derecho, así como los colegios, las agrupaciones de profesionales y todos aquellos que estén vinculados con el acceso a la tutela judicial efectiva, la satisfacción y la garantía de cumplimiento de los derechos humanos fundamentales.

4. EL DESAFÍO PARA LOS OPERADORES JURÍDICOS

En esta etapa del planteamiento, es necesario reformular el perfil de los operadores jurídicos. Así como la vulnerabilidad es una categoría que exorbita los conceptos jurídicos clásicos de capacidad e incapacidad, los requerimientos de los grupos vulnerables exigen replantear la capacitación de los operadores jurídicos. En las últimas décadas, la multiplicidad de ramas del derecho marcaba la necesidad de la especialización del operador jurídico. Así se fue cristalizando la idea del operador especialista. Por muchos años, el profesional que egresa de una carrera tradicional responde a la justicia formada sobre los principios clásicos, con reglas inmodificables y estructuras procedimentales

formalistas e incapaces de mutar asertivamente, que tienen como fin último una sentencia judicial, producto de un proceso sumamente prolongado, litigioso, extraño, despersonalizado y objetivo. En la formación académica de muchas carreras de derecho cuesta romper el enfoque del conflicto como única mirada centrada en el pleito al que se puede someter una contienda, y desplaza por otra vertiente la exploración de la realidad social y cualquier solución creativa e innovadora.

La noción de vulnerabilidad y los requerimientos de la sociedad actual exigen el replanteo de la capacitación de los juristas para darles herramientas que permitan atender las necesidades de la sociedad moderna. En este camino, se impone la reformulación de las carreras clásicas, las cuales responden a un esquema dogmático que puede ser fácilmente reemplazado por la automatización, a través de la tecnología de la inteligencia artificial; y con ello, mutar hacia carreras multidisciplinarias que brinden otras herramientas, como las técnicas de resolución pacífica de controversias, las neurociencias, la oratoria, la tecnología, entre otras.

De esta forma, será imprescindible integrar los currículos académicos con miradas multidisciplinarias y con prácticas basadas en la realidad, despojados de la abstracción y ajustados a los requerimientos sociales, e interactuar desde los primeros años de la carrera con actores sociales o en negociaciones prejudiciales. De esta manera, el ejercicio profesional evolucionará en calidad y capacidad de resolución de los conflictos actuales.

La niñez y la adolescencia son etapas del desarrollo humano con características muy particulares, las cuales exigen que los operadores jurídicos conozcan la complejidad de cada una de las situaciones que podrían presentarse, y posean herramientas para poder abordarlas. No existe un modelo de infancia abstracto y universal que se pueda estudiar y aprender. Es necesario, entonces, comprender a la infancia como una categoría sociocultural e histórica, que permite dar cuenta de la

variabilidad de experiencias infantiles, inscribir la categoría infancia en su historicidad y comprender los cambios y transformaciones que ha tenido en relación con los complejos procesos sociales, económicos y políticos. Debe tener un conocimiento puntual y contar con el manejo de la normativa internacional en materia de derechos humanos, especialmente en lo referido al principio del interés superior, desde la triple perspectiva elaborada por la Observación General n.º 14, la cual la considera como un derecho, un principio y una norma de procedimiento (ONU, 2013, p. 4). Un derecho porque el interés superior se deberá ponderar con razonabilidad cuando se enfrente a otros derechos. Un principio porque es una base fundamental sobre la que se interpretará el caso particular, de acuerdo con las circunstancias especiales que rodean a ese niño, niña o adolescente. Y una norma procedimental porque la sentencia deberá proyectar las posibles repercusiones de esa toma de decisión en los intereses de los niños y las niñas. Finalmente, el operador jurídico deberá llevar adelante cada caso en particular desde la perspectiva pro persona, que conforme a la definición de Fabián Salvioli (2018):

Constituye una herramienta útil para el examen hermenéutico de situaciones de derechos humanos desde una mirada integral, lo cual permite a quienes analizan y aplican los instrumentos internacionales interpretar las normas y resolver los asuntos en concordancia con los fines que poseen las disposiciones jurídicas de tutela de los derechos fundamentales de mujeres y hombres (p. 1093).

La visión integral de la perspectiva pro persona se ajusta al concepto de vulnerabilidad funcional que hemos desarrollado, ya que analiza cada caso desde una óptica social y cultural, y se nutre de la interseccionalidad como parámetro para entender la posibilidad de que una situación deba ser abordada desde más de una condición de vulnerabilidad.

5. GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS Y LAS ADOLESCENTES

A continuación, se propone un decálogo de buenas prácticas para la tutela judicial efectiva de los NNA, que cumple con los principios de la CDN y las Reglas de Brasilia en materia de acceso a la justicia de las personas vulnerables.

5.1. Derecho a ser oído⁷ y a la participación activa del niño, la niña y el y la adolescente

La participación activa de los NNA en los procesos de familia y el derecho a ser oído⁸ deben cumplirse sin límite de edad, despojada del paternalismo o la mirada adultocéntrica que concibe a la infancia como un período incompleto. La escucha activa de los NNA es un derecho del menor y representa un imperativo para el operador jurídico y un deber para los magistrados judiciales antes de dictar sentencia. Su falta o incumplimiento puede acarrear la nulidad de la sentencia dictada. Las opiniones, los argumentos, las ideas y las respuestas del

7 El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley n.º 23054, sostiene lo siguiente:

Garantías judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Por su parte, el artículo 19 de la misma convención indica:

Derecho del niño

Todo niño tiene un derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

8 La Observación General n.º 12, en su párrafo 32, especifica que se debe dar al niño oportunidades de ser escuchado «en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño». Asimismo, remarca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones.

menor deben ser ponderados, tomando en consideración el grado de comprensión que el menor tenga de la situación en particular y las condiciones socioculturales y familiares del caso. No puede partirse de la edad como barrera de la escucha, aun cuando esta se realice mediante el juego, la expresión corporal, facial, el dibujo o la pintura (ONU, 2009, párrs. 20-21). Todo ello indica que los operadores jurídicos deben estar entrenados para dirigir estos procesos de escucha activa de los NNA a través de las diferentes herramientas comunicacionales, y «deben estar asistidos por profesionales de otras disciplinas que coadyuven en el proceso de interpretación de la referida “escucha” a desentrañar los deseos e intereses del niño» (Fortuna, 2019, p. 239).

5.2. Consentimiento informado del niño, la niña y el y la adolescente

Los NNA tienen derecho a ser oídos y a participar en los procesos judiciales, para lo cual deben contar con la información completa y adecuada para conformar su opinión y prestar su consentimiento. Asimismo, tienen derecho a expresar su consentimiento luego de ser informados de los derechos de su titularidad que se encuentran en juego en cada caso y de las razones del emplazamiento judicial (ONU, 2009, párr. 30). Para la conformación de este consentimiento es imprescindible que el niño cuente con información decodificada, de acuerdo con su edad y grado de madurez. El niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formar adecuadamente un juicio propio sobre este. Para ello, los operadores jurídicos también deberán ejercitar competencias especiales y servirse de profesionales especialistas en la comunicación para constituir un equipo multidisciplinario con el único objetivo de que la expresión de la voluntad del niño sea libre e informada.

5.3. La necesaria participación procesal del niño, la niña y el y la adolescente

Se deberá reconocer el derecho de los NNA a participar en los procesos judiciales, en especial aquellos que se inician contra sus progenitores a través de la designación o remoción de un letrado patrocinante, como la actuación por derecho propio en un proceso en calidad de parte⁹. Kemelmajer y Molina (2015), en la doctrina argentina, sostienen que la regla es la presunción de que el adolescente cuenta con edad y grado de madurez para intervenir en juicios en forma directa; en cambio, en el caso de los menores de trece años, corresponderá al operador jurídico ponderar si el menor cuenta con las condiciones necesarias para llevar adelante un juicio en forma autónoma¹⁰, en tal caso deberá resolverse en forma preliminar. Es muy importante la participación procesal de los NNA porque aproximadamente el 80 % de los casos de abuso infantil se dan dentro de los ámbitos intrafamiliares. Esto deja en evidencia que se requiere una respuesta efectiva por parte de la justicia y la posibilidad de acceso directo del menor que cuente con edad y grado de madurez suficiente. Un sistema normativo que se basa en el reconocimiento pleno de los derechos a todas las personas por igual exige que todo NNA sea considerado parte en un proceso judicial en el que su vida se encuentre afectada y que se adopten todas las medidas complementarias en razón de la vulnerabilidad funcional de la infancia.

9 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23-6-2015, «B. S. G. E. c/M., H s/medidas precautorias», AR/JUR/24341/2015.

10 La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, República Argentina, con fecha 22 de diciembre de 2015, en un caso vinculado al cuidado de una adolescente de catorce años, indicó que el Código Civil y Comercial de la Nación consagra como principio rector la capacidad progresiva, por lo que la posibilidad de ejercer por sí mismo los actos permitidos queda supeditada a que el menor cuente con edad y grado de madurez suficiente.

5.4. El abogado del niño, la niña y el y la adolescente¹¹

Los NNA tienen derecho a ser asistidos por un letrado especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que los incluya¹², para hacer efectiva la escucha activa, el derecho a ser oído y coadyuvar en el proceso del consentimiento informado. En caso de carecer de recursos económicos, el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine. El abogado del niño lo patrocina, lo escucha e interviene presentando la postura de su patrocinado. Expresa legalmente los intereses personales e individuales de los NNA ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el cual interviene en carácter de parte, sin perjuicio de la actuación complementaria del Ministerio Público¹³.

5.5. El lenguaje claro¹⁴ y simple¹⁵ de las resoluciones judiciales

Para la comunicación con los NNA, el uso del lenguaje simple y claro¹⁶ es estratégico. Los menores requieren una explicación detallada

11 Las Reglas de Brasilia establecen la conveniencia de «promover políticas públicas destinadas a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable» (regla 29); y señalan la necesidad de crear mecanismos de asistencia letrada, controlando la calidad y garantizando su gratuidad (reglas 31, 53 y 65).

12 Receptado en el precedente dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el 2010, en el que expresamente se señaló la necesidad de la designación del abogado respecto de dos niñas de seis y siete años, a fin de «hacer efectivos sus derechos». CSJN, 26-10-2010, «G. M. S c/J. V., L s/recurso extraordinario», dictamen del procurador, LL, 2010-F-422.

13 Artículo 1 de la Ley n.º 14568, Buenos Aires, República Argentina.

14 Muchos ejemplos hay en la Argentina de sentencias en lenguaje claro. En un caso de guarda con fines de adopción, una jueza de la provincia de Salta dedicó una serie de párrafos en lenguaje judicial claro para los menores implicados en la decisión. «Su opinión siempre importa, así que no duden en hacerme saber cualquier duda o inquietud que tengan por WhatsApp o por el medio que quieran» (Diario Judicial, 2020, párr. 6), les señaló la magistrada.

15 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores («Reglas de Beijing»); Reglas de Brasilia aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (marzo de 2008), reglas 2, 10, 54, 55, 58, 60 y 78.

16 La Plain Language Association International (PLAIN) entiende que «una comunicación está en lenguaje claro si la lengua, la estructura y el diseño son tan claros que el público al

y accesible de las cuestiones que se ventilan en el proceso administrativo o judicial. Incluso también en aquellos actos jurídicos en los que intervengan menores, los notarios públicos deben ajustar el lenguaje para que los documentos públicos puedan ser interpretados y entendidos por los requirentes. El uso del lenguaje jurídico claro es una necesidad y a ello deben abocarse los operadores jurídicos para receptar una demanda social, simplificar el discurso y que sea accesible para todos. Escribir simple y claro requiere de una mayor riqueza lingüística. La síntesis nos obliga a elegir qué escribir y qué evitar, cómo decir algo de manera que quede claro todo lo que queremos decir. Se deben propiciar los encuentros de diálogo en las palabras de una sentencia, resolución administrativa o escritura pública; y no generar barreras. Es el derecho de los NNA entender; y es obligación del Estado hacerse entender. Hablar claro también hace a la eficacia del cumplimiento de las sentencias o las resoluciones administrativas. El lenguaje claro es un puente entre la justicia y las personas vulnerables; en cambio, cuando el lenguaje es encriptado, hermético, farragoso o demasiado extenso, se vuelve una nueva capa de vulnerabilidad que el Estado no debe permitir. El lenguaje claro es calidad y previsibilidad jurídica; constituye una política de acceso a la justicia¹⁷; es presupuesto del derecho de tutela judicial efectiva; y, finalmente, es un derecho de los NNA.

que está destinada puede encontrar fácilmente lo que necesita, comprende lo que encuentra y usa esa información» (s. f., párr. 1).

17 En el 2006 fue aprobada en la ONU la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Argentina la ratificó en el 2008; y en el 2014 le dio jerarquía constitucional. En ese ámbito, la mencionada convención incluyó el «lenguaje sencillo» como una forma de comunicación respetuosa de la accesibilidad.

5.6. El principio de especialidad y equidad. La tutela efectiva diferenciada y reforzada

En virtud de las necesidades particulares de los procesos judiciales o administrativos que involucren derechos de la infancia, es imprescindible tomar y adoptar las medidas destinadas a la capacitación y especialización de los profesionales que intervienen en la resolución de conflictos para que las personas en condición de vulnerabilidad tengan asegurados sus derechos. La CIDH (2002) sostiene que

se puede concluir que, en razón de las condiciones en que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a mayores y menores de edad no es discriminatorio [...]. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño (párr. 55).

En este aspecto, si el tratamiento diferencial está justificado, y esa justificación es objetiva y razonable (CIDH, 2003, párr. 89), entonces las distinciones de trato no son discriminatorias, sino más bien «medidas de acción positivas» a las que los Estados parte están obligados¹⁸. Estas serán medidas de acción que promuevan, protejan y aseguren el pleno y eficaz goce de sus derechos y el respeto de su dignidad, libertad e igualdad. En este sentido, Basset (2017) señala:

El «tratamiento diferente» [de los niños, las niñas y los y las adolescentes] supone una instrumentación no solo de medidas de acción positiva legales, sino también hermenéuticas. La hermenéutica jurídica tiene un valor transformativo que el Estado no puede soslayar en tanto que obligado a la igualdad y no discriminación de grupos vulnerables (p. 29).

En el caso «Furlán y familiares vs. Argentina», del 31 de agosto de 2012, la Corte Interamericana reiteró que

18 Al respecto, «los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar la situación discriminatoria en sus sociedades, en perjuicio de determinados grupos de personas» (CIDH, 2003, párr. 104).

toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos (párr. 134).

La tutela judicial efectiva diferencial también debe ser reforzada. Así, en la interpretación sobre el acceso a la jurisdicción en caso de duda, siempre debe ser la más amplia, por aplicación del principio convencional pro persona. Por ello, los NNA reclaman la tutela judicial efectiva con un añadido especial de protección.

5.7. El respeto de los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los y las adolescentes

En todos aquellos procesos judiciales o administrativos en que intervengan los NNA, en virtud de la aplicación del principio rector del interés superior del niño y la perspectiva pro persona, se deberá respetar el derecho a la intimidad, privacidad, libertad sexual, identidad de género y autodeterminación personal de los NNA, además, se debe evitar compartir información sensible y datos personales a través de los procesos de digitalización del sistema judicial o administrativo, que los coloque en situación de revictimización o institucionalización de la violencia infantil y hasta en una situación de mayor vulnerabilidad o hipervulnerabilidad por adición de capas de amenaza. En este sentido, se deberá respetar la formación de la identidad de los NNA, considerando su edad y grado de madurez, su derecho a conocer los orígenes y el derecho a la verdad como presupuesto básico de la configuración como ciudadano democrático.

5.8. La mediación como herramienta de resolución de conflictos en los que intervengan niños, niñas y adolescentes

Los procesos judiciales pueden ser largos y engorrosos, pero también pueden resultar ágiles y eficaces. No obstante, en ambos casos, las reglas

son rígidas considerando la realidad específica que evoluciona día a día. El derecho de familia, en particular con cuestiones vinculadas a los NNA, es derecho vivo que muta constantemente. En este derecho vivo las nuevas configuraciones familiares se desarrollan muy velozmente y el proceso judicial no siempre brinda respuestas correctas, eficientes, inmediatas y adaptadas a las necesidades familiares. Son también la naturaleza del conflicto y la posición antagónica de las partes las que caracterizan este proceso. Cuando están involucrados NNA, el proceso judicial en ciertas circunstancias los hace rehenes de los intereses de sus progenitores, y la prolongación del conflicto invade el desarrollo personal del menor, con consecuencias muy negativas que lo acompañarán de por vida. El proceso, en ciertas oportunidades, también se construye como una barrera de acceso y en una capa más de vulnerabilidad para ellos. Por esta razón, emerge la mediación como una herramienta complementaria muy importante para garantizar la tutela judicial efectiva y reforzada de los NNA. La mediación constituye «un proceso que promueve el incremento del poder que cada participante tiene con la finalidad de promover la responsabilidad de cada participante en la toma de decisiones que afectarán su vida» (Grosman, s. f.). El verdadero sentido de la mediación es la búsqueda de soluciones que mejor se adapten a los intereses del conflicto, despojándolo de las cargas emotivas que, en este marco, aparecen en los NNA como protagonistas y portadores de derechos que deben ser respetados y salvaguardados.

5.9. La educación ciudadana de los niños, las niñas y los y las adolescentes

La aplicación de los puntos anteriores requiere partir de la necesaria convicción que deben tener los Estados para promover una profunda alfabetización ciudadana de los NNA. Es decir, si los menores no conocen sus derechos, no podrán ejercerlos en las oportunidades que

así lo requieran. La construcción de la ciudadanía supone reconocerse como sujeto ético y legal, partícipe de la cultura democrática, beneficiario de todos los derechos inherentes a la condición humana y beneficiarios de los derechos civiles y políticos consagrados en las constituciones nacionales y en los tratados internacionales de derechos humanos. Desde todos los actores sociales que participan en el proceso educativo de la infancia y adolescencia (la familia, la escuela, el Estado y los organismos públicos o privados, estatales o no), se deberá fomentar la educación en valores básicos, libertades individuales y colectivas, y en responsabilidad individual y comunitaria, para fortalecer el camino de la infancia hacia la adultez, proporcionando las herramientas básicas que permitan el ejercicio pleno de su derecho a ser oídos, a la participación procesal en los asuntos en que sean parte y a la construcción de su consentimiento informado sobre la base de la perspectiva pro persona que supone la visión integral de los derechos humanos.

5.10. La revalorización de la familia en la construcción de la identidad de los niños, las niñas y los y las adolescentes

La familia es el centro de vida de los NNA y donde comienza el desarrollo de su personalidad y la construcción de su propia identidad sociocultural. La familia es amor, respaldo, contención y educación; y es base de los procesos de aprendizaje. Es necesario revalorizar la figura de la familia como ámbito de contención especial de los NNA, respetando la configuración familiar de cada uno. Existen muchos modelos de familias (monoparentales, pluriparentales, biológicas o socioafectivas); sin embargo, desde cualquier modelo familiar que se adopte, se hace necesario reforzar los vínculos amorosos entre sus miembros porque el empoderamiento de los NNA requiere una contención o guía en el tránsito de la infancia a la adolescencia y de esta a la adultez. Se debe reforzar la responsabilidad, la solidaridad y la cooperación familiar en el desarrollo físico y espiritual en la infancia

para una construcción de identidad positiva que fortalezca la autoestima y la asunción de responsabilidades, con capacidad para lograr lo que se proponen y de desarrollar sus habilidades sociales y autonomía, proporcionándoles un clima en el que se puedan expresar sin miedo.

6. CONCLUSIONES

1. La infancia es una etapa de desarrollo y de adquisición de aptitudes y competencias que llevarán al niño, la niña y el y la adolescente a convertirse en adultos sociales y responsables. Los Estados deberán asegurar que los NNA atraviesen este cambio, garantizándoles el pleno goce de sus derechos humanos fundamentales.
2. La infancia es una etapa de vulnerabilidad en la que los NNA requieren de un plus de protección por parte de todos los operadores jurídicos y los actores sociales, ya que se reconocen desigualdades estructurales, objetos de protección especial. Este plus de protección se cristaliza en el principio de tutela judicial efectiva especial y reforzada, el principio del interés superior del niño, la participación activa, el derecho del niño a ser oído, a que su opinión sea tenida en cuenta y el respeto de sus derechos humanos fundamentales. Todo ello bajo la necesaria contención familiar y del Estado, para que procuren el máximo desarrollo de sus habilidades sociales y personales.
3. La vulnerabilidad en la infancia se debe analizar como una categoría integral funcional flexible que exorbita las categorías jurídicas rígidas de capacidad e incapacidad. Por ello, la interseccionalidad es una herramienta que demuestra la posibilidad de que las capas de vulnerabilidad se sumen o adicione y hasta se atraigan unas con otras de forma temporal o permanente.
4. Los operadores jurídicos deben adquirir capacidades multidisciplinarias para responder a los requerimientos de los grupos vulnerables.

Asimismo, deberán afrontar la resolución pacífica de los casos particulares desde la perspectiva pro persona, la cual demanda un enfoque integral de derechos humanos, utilizando un lenguaje claro, sencillo y accesible de acuerdo con las necesidades de cada persona.

5. La responsabilidad en la construcción de la identidad de los NNA como sujetos legales, éticos y sociales recae en todos los actores sociales, la familia, la escuela y el Estado. El éxito dependerá del conjunto de herramientas multidisciplinarias que utilicemos para crear una red de protección de la infancia que fomente la garantía del pleno goce de sus derechos humanos fundamentales.

REFERENCIAS

- Armella, C., Clusellas, E., Cosola, S., Moreyra, J., Salierno, K., Spina, M. y Zito, O. (2019). *El notario. Ciencia, técnica y arte al servicio de las personas más vulnerables*. Unión Internacional del Notariado Latino. <http://www.universidadnotarial.edu.ar/una/wp-content/uploads/2019/11/PREMIO-UINL-Trabajo-de-investigacio%CC%81n.doc.pdf>
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. 20 de noviembre de 1989. https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc_SP.pdf
- Basset, U. (2017). La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En Basset, U., Fulchiron, H., Bidaud-Garon, C. y Lafferrière, J. (dirs.) y González, E., Martínez, J., Tetard, S. y Millerioux, G. (coords.), *Tratado de la vulnerabilidad* (pp. 19-40). La Ley.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). San José, 1969. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/82C8F9A4E32C68070525755F00830687/\\$FILE/05_ConvencionAmericana.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/82C8F9A4E32C68070525755F00830687/$FILE/05_ConvencionAmericana.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1984). Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2002). Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2003). Opinión Consultiva OC-18/2003 de 17 de septiembre de 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2012). Caso Furlán y familiares vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf
- Diario Judicial (2020, 19 de noviembre). Guarda con lenguaje claro. *Diario Judicial*. <https://www.diariojudicial.com/nota/87935>
- Fortuna, S. (2019). La participación del niño, niña y adolescente en los procesos de familia. En Grosman, C. (dir.) y Videtta, C. (coord.), *Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes, en especial sus derechos a la salud y cuidado del propio cuerpo* (t. 2, pp. 221-316). Rubinzal-Culzoni Editores.

- Grosman, C. (s. f.). *La opinión del hijo en las decisiones sobre la tenencia*. En E. D. 107-1011.
- Kemelmajer, A. y Molina, M. (2015). La participación del niño y adolescente en el proceso judicial. *RCCyC*, AR/DOC/3850/2015. <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participación-del-niño-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>
- Kemelmajer, A. y Molina, M. (coords.). (2019). *Paradigmas y desafíos del derecho de las familias y de la niñez y adolescencia*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2009, 20 de julio). Observación General n.º 12. El derecho del niño a ser escuchado. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2013, 29 de mayo). Observación General n.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf
- Plain Language Association International (s. f.). ¿Qué es el lenguaje claro? <https://plainlanguagenetwork.org/plain-language/que-es-el-lenguaje-claro/>
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008). [Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, del 4 al 6 de marzo de 2008]. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>
- Salierno, K. (2020). Vulnerables digitales. En Armella, C. (coord.), *Derecho y tecnología. Aplicaciones notariales*. Ad Hoc.

- Salvioli, F. (2018). La «perspectiva pro persona»: el criterio contemporáneo para la interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos. *Jurisprudencia Argentina*, (1), 1090-1102. <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/la-perspectiva-pro-persona-el-criterio-contemporaneo-para-la-interpretacion-y-aplicacion-de-los-instrumentos-internacionales-de-derechos-humanos.pdf>
- Salvioli, F. (2020). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia*. Instituto de Estudios Constitucionales de Estado de Querétaro.
- Sánchez, D. y Egea, C. (2011). Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socioambientales. Su aplicación en el estudio de los adultos mayores. *Papeles de Población*, 17(69), 151-185. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252011000300006