

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, Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea) | DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v3i3>



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

COMISIÓN PERMANENTE



Acceso a la Justicia
de Personas en Condición de Vulnerabilidad
y Justicia en tu Comunidad



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

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

DIRECTORA

JANET OFELIA LOURDES TELLO GILARDI

Presidenta 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, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4402-2204>

E-mail: jtello@pj.gob.pe

EDITORA EN JEFE

GLADYS FLORES HEREDIA

Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>

E-mail: gfloreshe@pj.gob.pe

COMITÉ EDITORIAL

VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA

Sala Penal Transitoria del Poder Judicial, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1164-1981>

E-mail: vprados@pj.gob.pe

CARLOS CALDERÓN PUERTAS

Sala Civil Permanente del Poder Judicial, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9387-166X>

E-mail: ccalderon@pj.gob.pe

ELVIRA ÁLVAREZ OLAZÁBAL

Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria del Poder Judicial, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1792-9898>

E-mail: ealvarezo@pj.gob.pe

CONSEJO CONSULTIVO

JUAN MARTÍNEZ MOYA

Consejo General del Poder Judicial de España, España

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9655-5021>

E-mail: juan.martinez@cgpj.es

PAULA SIVERINO BAVIO

Comité Internacional de Bioética de Unesco, Argentina

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8417-8724>

E-mail: paulasiverino@gmail.com

ROBERTO ANDRÉS GALLARDO

Comité Panamericano de Juezas y Jueces por los Derechos Sociales
y la Doctrina Franciscana, Argentina

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8220-6106>

E-mail: ragarg1522@gmail.com

MARISA ESTHER SPAGNOLO

Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, Argentina

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3405-4464>

E-mail: marisaspagnolo@juscorrientes.gov.ar

CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE

Universidad de Barcelona, España

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3026-0658>

E-mail: carlosvillagrasa@ub.edu

CARLOS ZELADA ACUÑA

Universidad del Pacífico, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1991-9071>

E-mail: zelada_cj@up.edu.pe

EDUARDO VEGA LUNA

Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2001-3285>

E-mail: eduardo.vega@uarm.pe

MARCELA HUAITA ALEGRE

Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3720-7406>

E-mail: mhuaita@pucp.edu.pe

RENATA BREGAGLIO LAZARTE

Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4306-2511>

E-mail: renata.bregaglio@pucp.edu.pe

RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO

Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5771-896X>

E-mail: raquel.yrigoyen@pucp.pe

EQUIPO TÉCNICO

William Homer Fernández Espinoza (Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú, Perú), Yuliana Padilla Elías (Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Perú), Jayro Jurado Urbina (Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Perú), Rodolfo Loyola Mejía (Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Perú), Miguel Condori Mamani (Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Perú).

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v3i3>

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2020-08322

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

Palacio Nacional de Justicia, 4.º piso, oficina 404
Av. Paseo de la República, cuadra 2 s/n, Lima, Perú
Teléfono: (511) 410-1010, anexo: 11346
accesoalajusticiapv@pj.gob.pe

© Poder Judicial del Perú

Fondo Editorial del Poder Judicial
Palacio Nacional de Justicia, 4.º piso, oficina 421
Av. Paseo de la República, cuadra 2 s/n, Lima, Perú
Teléfono: (511) 410-1010, anexo: 11260
fondoeditorial@pj.gob.pe

DIRECCIÓN POSTAL

Palacio Nacional de Justicia, av. Paseo de la República, cuadra 2 s/n,
oficina 404, 4.º piso, Lima 21, Perú
E-mail: accesoalajusticiapv@pj.gob.pe

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas por los
autores en sus trabajos.

INDIZACIONES

Crossref
Google Scholar

LICENCIA



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 se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0).



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

**SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA¹**

Elvia Barrios Alvarado (presidenta)

César Eugenio San Martín Castro

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Josué Pariona Pastrana

Ana María Aranda Rodríguez

Javier Arévalo Vela

Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi

Héctor Enrique Lama More

Carlos Giovanni Arias Lazarte

Mariem Vicky de la Rosa Bedriñana

¹ El Dr. Jorge Luis Salas Arenas, juez supremo titular, se encuentra con licencia institucional, pues preside el Jurado Nacional de Elecciones.



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 es una publicación de periodicidad semestral que tiene como objetivo principal difundir artículos inéditos que son el resultado de estudios e investigaciones sobre temas jurídicos relacionados con los derechos humanos y las Reglas de Brasilia.

Los artículos de la revista son arbitrados de manera anónima por especialistas externos a la institución, quienes toman en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, aporte del trabajo, actualidad y contribución al conocimiento jurídico. La revista se reserva el derecho de publicación y, en caso de que el artículo presentado sea aceptado, podrá realizar las correcciones de estilo y demás adecuaciones necesarias para cumplir con las exigencias de la publicación.

La revista *Llapanchikpaq: Justicia* recibe las colaboraciones de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como los trabajos de jueces nacionales y extranjeros, e investigadores sobre el derecho y la justicia. La presente publicación está dirigida a magistrados, investigadores, docentes universitarios, estudiantes y público interesado en las cuestiones propias de la reflexión académica en torno al acceso a la justicia, las Reglas de Brasilia y la investigación jurídica.



Llanchikpaq: Righteousness. Review of Permanent Commission on Access to Justice for People in a Condition of Vulnerability and Justice in your Community of the Judicial Power of Peru is a semi-annual publication whose main objective is to disseminate unpublished articles that are the result of studies and research on legal issues related to human rights and the Brasilia Rules.

The articles are then made anonymous and they are reviewed by external referees that take into account the following evaluation criteria: originality, topicality and relevant contribution to legal knowledge. The journal reserves the right to publish or not an article. After this selection, it can make style corrections and other necessary adjustments required.

The *Llanchikpaq: Righteousness* review receives contributions from judges of the Supreme Court of Justice of the Republic, as well as the work of national and foreign judges, and researchers on law and justice. This publication is aimed at judges, researchers, university professors, professors, students and a public interested in the issues of academic reflection on access to justice, the Brasilia Rules and legal research.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

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>

CONTENIDOS

PRESENTACIÓN

JANET TELLO GILARDI 13

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

GRACIELA TAGLE DE FERREYRA 17

Las Reglas de Brasilia y los derechos de familia, infancia y adolescencia. Acceso a la justicia en los casos de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes y régimen de visitas o contacto internacional

ARÁN GARCÍA SÁNCHEZ 53

La importancia de las Reglas de Brasilia para un efectivo acceso a la justicia en materia familiar en México

MARÍA JOSÉ ARÁUZ HENRÍQUEZ	77
Las medidas cautelares en los procesos de familia en Nicaragua. Una mirada desde los estándares de las 100 Reglas de Brasilia	
KARINA VANESA SALIERNO	103
Las Reglas de Brasilia y los derechos de la familia, la infancia y la adolescencia. Infancias vulnerables y acceso a la justicia	
MANUEL BERMÚDEZ TAPIA	131
Las Reglas de Brasilia y los derechos del niño o del adolescente en el ámbito procesal	
MARIANELA CORRALES PAMPILLO	157
Las personas menores de edad como víctimas y ofensoras en delitos sexuales	
DANIEL ORTEGA ORTIGOZA	183
El acceso a la justicia de la población infantojuvenil violentada en España: hacia un cumplimiento íntegro de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad	
ANA MARÍA CHÁVEZ MATOS	205
El acceso a la justicia de las víctimas en el contexto de la COVID-19	
NORMAS PARA AUTORES	227
GUIDELINES FOR AUTHORS	245



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.v3i3.1>

PRESENTACIÓN

La Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú se complace en presentar el tercer número de la revista *Llapanchikpaq: Justicia*. En esta oportunidad, contamos con trabajos de destacados profesionales, nacionales y extranjeros, quienes abordan la temática de las Reglas de Brasilia y el acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes.

Escriben en esta edición, la jueza Graciela Tagle de Ferreyra (Red Internacional de Jueces de La Haya de la República Argentina) y la notaria Karina Salierno (Universidad Católica Argentina). Del mismo modo, las juezas Marianela Corrales Pampillo (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, Costa Rica) y María José Aráuz Henríquez (Juzgado Primero de Distrito de Familia de Managua, Poder Judicial de Nicaragua).

También nos comparten sus experiencias el doctor Arán García Sánchez (Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, México) y el doctor Daniel Ortega Ortigoza (Universidad de Barcelona, España). Y, desde Perú, participan a través de sus trabajos la

fiscal superior Ana María Chávez Matos (Distrito Fiscal de Huánuco) y el doctor Manuel Bermúdez Tapia (Universidad Privada San Juan Bautista).

Debo resaltar que esta publicación se realizó en coordinación con el Fondo Editorial del Poder Judicial, en cumplimiento de los objetivos del Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad-Poder Judicial del Perú 2016-2021, aprobado por la Resolución Administrativa n.º 090-2016-CE-PJ, para lograr la eficacia de las Reglas de Brasilia. Asimismo, este Poder del Estado se adhirió a la actualización de dichas normas por la Resolución Administrativa n.º 198-2020-CE-PJ.

Finalmente, invito a todas las juezas y los jueces, las servidoras judiciales y los servidores judiciales y a las profesionales y los profesionales a revisar este importante material de investigación, especializado en esta materia de acceso a la justicia de los grupos vulnerables y la protección de los derechos humanos, en especial de las niñas, los niños y las adolescentes y los adolescentes.

JANET TELLO GILARDI

Jueza suprema titular

Presidenta 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

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN



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>



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.v3i3.2>

Las Reglas de Brasilia y los derechos de familia, infancia y adolescencia. Acceso a la justicia en los casos de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes y régimen de visitas o contacto internacional¹

The Brasilia Rules and the rights of the family, children, and
adolescents. Access to justice in cases of international return of
children and adolescents and visitation or international contact

GRACIELA TAGLE DE FERREYRA

Red Internacional de Jueces de La Haya de la República Argentina
(Córdoba, Argentina)

Contacto: gracielatagle@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-7678-1881>

RESUMEN

Los desafíos actuales en la función jurisdiccional nos permiten visualizar el acceso a la justicia como un derecho humano fundamental que debe garantizarse en todas las etapas del proceso, como también en la ejecución de la sentencia. En los casos de restitución internacional de niños debe resolverse dentro un plazo razonable de seis semanas. Para

1 El presente artículo ha sido redactado como continuación de las investigaciones de la autora en materia de acceso a la justicia; el título de su último trabajo es «Bases para el acceso a la justicia en la restitución internacional de niños».

ello, se debe regular el procedimiento y lograr que los jueces tengan los medios necesarios para resolver pertinentemente. El acceso a la justicia en estos casos involucra a tres grupos vulnerables: el niño por su edad, el que litiga a distancia y la mujer por su género. En el presente artículo analizaremos cada uno de ellos considerando los desafíos de nuestro tiempo.

Palabras clave: restitución internacional de niños; acceso a la justicia; grupos vulnerables.

ABSTRACT

Access to justice as a fundamental human right must be guaranteed at all stages of the process and also in the execution of the sentence. This approach is evident in the current challenges in the jurisdictional function. International child return cases must be resolved within a reasonable period of six weeks. To this end, the procedure must be regulated and judges must have the necessary means to make appropriate decisions. Access to justice in these cases involves three vulnerable groups: children because of their age, those who litigate at a distance, and women because of their gender. In this article, we will analyze each of them considering the challenges of our time.

Key words: international child restitution; access to justice; vulnerable groups.

Recibido: 17/09/2021 Aceptado: 12/10/2021

1. INTRODUCCIÓN

Para tratar este tema es ineludible referirnos a las 100 Reglas de Brasilia, las cuales tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia para las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas,

medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

Dicho documento recomienda la elaboración, la aprobación, la implementación y el fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Describe como tales, entre otros grupos, a aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, tienen dificultades especiales para ejercitar con plenitud, en el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, 2008). En el tema propuesto encontramos tres grupos que están integrados por personas en situación de vulnerabilidad: 1) el niño, la niña y los y las adolescentes; 2) el que litiga a distancia; y 3) la mujer por razones de género. Analizaremos cada una de estas categorías por separado, sin dejar de hacer un enfoque general de lo que se entiende por efectivo acceso a la justicia como movimiento universal. Asimismo, abordaremos las soluciones desde lo procesal y lo judicial, enfatizando lo académico, con el objetivo de brindar algunas recomendaciones para que estos casos puedan resolverse y ejecutarse dentro de los plazos exigidos.

2. MOVIMIENTO UNIVERSAL: ACCESO A LA JUSTICIA

Al referimos al acceso a la justicia, aludimos a la posibilidad que tiene el pueblo para ejercer sus derechos y solucionar sus conflictos por medio del Estado, lo cual constituye un principio fundamental de todo sistema jurídico. Este movimiento se origina con el fin de erradicar todo impedimento que obstaculice la presentación del conflicto ante el tribunal para que se le dé solución. En síntesis, se refiere al acceso al conocimiento y a la solución, así como al acceso a la jurisdicción y al dictado de sentencia, respecto de los derechos humanos en un Estado constitucional y convencional. La inclusión de los derechos

humanos en documentos internacionales, en especial en los tratados multilaterales que los consagran, y que nuestro país ha suscrito incorporándolos a la Constitución Nacional, determina la obligación del Estado de asegurar y adecuar la legislación interna a los mandatos de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y otros tratados, como la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). El acceso a la justicia incide en la exégesis judicial de la ley procesal, principalmente en lo que constituye a los procedimientos, esto es, cómo se estructuran y se desarrollan desde su formulación hasta su conclusión (Gonzalez, Seoane y Tagle, 2019). Con el tiempo, el problema no será solamente la conclusión del proceso, sino la efectividad de lo decidido, es decir, también la ejecución de la sentencia. Asimismo, comprende acceder al proceso, llevarlo adelante y ejecutar lo decidido en un tiempo razonable, conforme lo señala el artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Y cuando nos referimos a la restitución internacional de los niños, el plazo razonable es el establecido en el Convenio de La Haya (1980) sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo (1989), es decir, seis semanas y cuarenta y cinco días, respectivamente². Vale decir que el plazo para acceder, tramitar, resolver y ejecutar lo decidido representa una consideración especial en el acceso a la justicia.

3. EL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Desde la perspectiva constitucional y convencional, el principio de cooperación media la garantía de la tutela judicial efectiva de los derechos

2 En adelante nos referiremos al Convenio de La Haya y a la Convención Interamericana de Derechos Humanos como CH1980 y CI1989, respectivamente.

de los particulares. Los instrumentos convencionales en materia de restitución de menores, tanto a nivel internacional como regional, plantean soluciones uniformes para abordar los distintos aspectos de la realidad transfronteriza que afecta a los niños, las niñas y los y las adolescentes (NNA); sin embargo, pese al compromiso asumido por los Estados, los instrumentos, a veces, se tornan ineficaces ante la ausencia de voluntad política para asumir sus obligaciones o su implementación, lo cual trae aparejada la responsabilidad del Estado a nivel internacional por el incumplimiento de las normas que está obligado a cumplir. Esta situación genera una falta de confianza en el resto de los Estados contratantes, lo que debilita la eficacia de los instrumentos convencionales y genera asimetrías entre los Estados parte.

En este punto, consideramos necesario referirnos al Convenio de La Haya de 1996³, que es un instrumento convencional en materia de protección de niños, niñas y adolescentes⁴, y que además complementa, amplía y refuerza el Convenio de La Haya de 1980, con lo que se hace necesario e indispensable que la República Argentina ratifique dicho instrumento, a efectos de cooperar ampliamente con los Estados parte y cumplir con la obligación convencional de proteger el interés superior de los niños. En definitiva, esta inacción perjudica especialmente a los sujetos que en la relación jurídica son los más vulnerables, en este caso, los menores que han sido trasladados desde su residencia habitual o retenidos ilícitamente en un Estado de refugio, en el cual el progenitor sustractor trata de habilitar una competencia artificial que valide su accionar. Es así como se desplaza la competencia del juez de la residencia habitual, a fin de impedir, en muchos casos, el derecho de contacto.

3 Convenio de La Haya del 19 de octubre de 1996 sobre competencia, ley aplicable, responsabilidad parental y cooperación internacional de niños.

4 El Convenio de La Haya de 1996 ha sido ratificado por varios Estados latinoamericanos. En cuanto a la República Argentina, si bien ha sido ratificado, aún no se encuentra vigente.

Además de la falta de voluntad política de los Estados, a la hora de aplicar los tratados se advierte la insuficiencia normativa procesal para tornarlos operativos, lo que conspira con el efectivo acceso a la justicia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que el factor decisivo en la prolongación del trámite de estos casos constituye la ausencia de una ley procesal específica para tramitarlos y exhortó al Poder Legislativo para que haga uso de sus atribuciones y permita cumplir con las obligaciones asumidas por el país al suscribir el pacto internacional en la materia. Los casos jurisprudenciales que se describen en las referencias demuestran que cuando los jueces tienen el instrumento procesal pueden acortar los tiempos de duración de estos procesos.

Cabe señalar, sin embargo, que ante el vacío normativo ha surgido una tendencia a dejar de lado las técnicas tradicionales de codificación rígidas o duras, para dar lugar a modernas técnicas blandas o flexibles, *soft law*, que operan como guías orientativas no vinculantes. Ejemplos de estas últimas son las recomendaciones, las guías de buenas prácticas, las leyes modelos, los protocolos, entre otros instrumentos.

3.1. Acceso a la justicia de la persona en estado de vulnerabilidad por litigar a distancia: asistencia jurídica gratuita y patrocinio letrado en el Convenio de La Haya de 1980

La República Argentina, al ratificar la CH1980⁵ y la CI1989⁶, consecuentemente brinda asistencia jurídica gratuita y patrocinio letrado a los solicitantes de un pedido de restitución internacional de niños. Con esa finalidad, siguiendo el espíritu de la Ley de Ministerio

5 Ley n.º 23857 de Aprobación de Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Buenos Aires, 27 de septiembre de 1990.

6 Ley n.º 25358 de Aprobación de la Convención sobre Restitución Internacional de Menores, adoptada en Montevideo, Buenos Aires, 1 de noviembre de 2000.

Público, y en el marco de tal imperativo legal, se considera que no debe privarse a los involucrados, en estos casos, de la posibilidad de contar con la defensa pública oficial, que gozan los ciudadanos nacionales del Estado argentino, con la condición de que los interesados acrediten pobreza, aunque con un grado de flexibilidad acorde con la distancia jurisdiccional que se presenta y que, por ende, impida la intermediación y el contacto personal.

Las situaciones especiales que se presentan en los casos de pedidos de restitución internacional deberán adecuarse a los criterios actualmente ejercitados en el ámbito interno, aunque aquí se regula una situación fácticamente diversa. Por ello, el Estado ha asumido la obligación dispuesta por el artículo 25 de la CH1980, la cual establece que

los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residen habitualmente en esos Estados tendrán derecho, en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado.

En el artículo 26 del mismo convenio, apreciamos que se dispone que cada autoridad central sufragará sus propios gastos en la aplicación. Además, estos y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cantidad alguna en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente convenio, ni exigirán al demandante ningún pago por los costos y los gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor.

Pese a esta situación, la norma citada sostiene que un Estado contratante, mediante formulación de una reserva conforme lo dispuesto por el artículo 42, podrá declarar que no está obligado a asumir ningún

gasto de los mencionados que se deriven de la participación de un abogado, asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por su sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico (artículo 26 de la CH1980).

Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita, según lo dispuesto en el presente convenio, y dado el caso de que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visitas pague los gastos necesarios en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer todos los costos o pagos efectuados para localizar al menor, las costas de la representación judicial del demandante y los gastos de restitución del menor.

Nuestro país optó por no efectuar la reserva prevista en el CH1980; y, con la finalidad de cumplir con el compromiso internacional, creó un equipo de trabajo que interviene en los casos de restitución internacional de niños, mediante la Resolución DGN n.º 643/08. Es así como la Defensoría General de la Nación (DGN) cumple distintas funciones y divide sus roles entre los defensores públicos de menores e incapaces, los defensores oficiales de pobres y ausentes, y el equipo de trabajo que interviene en los casos de restitución internacional de niños conforme la resolución citada.

Para los fines dispuestos por los artículos 25 y 26 de la CH1980, la DGN suscribió un convenio con el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación Argentina para instaurar como mecanismo de las solicitudes de restitución de niños que, al momento de ser estas efectuadas ante la autoridad central de su país, el requirente deberá suscribir un poder especial otorgado a la DGN para su representación ante cualquier autoridad pública o privada. De esta forma, se cumple con el objetivo de garantizar la eficacia de los

derechos de los más vulnerables y asegurar el acceso efectivo a la justicia para las personas cuya vulnerabilidad está acrecentada por hallarse en un país distinto a aquel en que se encuentra el niño. Ello según las Reglas de Brasilia, específicamente la que aborda el acceso a la justicia para personas en condición de vulnerabilidad por litigar a distancia (regla 13)⁷.

De otro lado, no existe inconveniente jurídico o normativo que obstaculice que los defensores públicos oficiales actúen por poder o representación, en los supuestos de que obren en favor de personas que se encuentran en distinta jurisdicción. Tal es la modalidad de actuación que ha sido utilizada por la Defensoría Pública Oficial ante la Corte Suprema de Justicia, que ha tenido una acogida favorable por parte de nuestro más alto tribunal.

En este punto, se debe considerar especialmente el principio de celeridad, en tanto que la finalidad primordial de la CH1980 y la CI1989 es el interés superior del niño, objetivo que en el marco de estos instrumentos consiste en la pronta restitución del niño a su residencia habitual, salvo que se acredite un supuesto de excepción. Este mismo principio es el que fundamenta la imposibilidad de severidad en la exigencia de formalidad. De lo contrario, la desigualdad en el acceso a determinados servicios conduce a la desigualdad de las posibilidades del ejercicio de la defensa.

7 **«Migración y desplazamiento interno**

(13) El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad».

Las reglas 30 y 31, al referirse a las personas vulnerables en situación de movilidad, claramente disponen la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad, especializada y gratuita; para ello enfatizan el rol de la defensa pública. Asimismo, las reglas 32 y 33 aseguran el uso de un intérprete cuando no se conozca la lengua oficial y la revisión de las reglas de procedimiento para facilitar el acceso a la justicia. Por último, la regla 40 refiere a la especialización de los servidores del sistema judicial para la atención de personas migrantes.

En síntesis, hemos sostenido que, en nuestro sistema, cada provincia organiza la asistencia jurídica gratuita, pero sus requisitos no pueden estar por encima de lo dispuesto por un tratado internacional, menos aún podría el defensor oficial negarse a patrocinar, alegando que no reúne los requisitos de las leyes internas del patrocinio gratuito. En igual sentido, el Dr. Javier Forcada señala que en el marco europeo debe citarse la directiva del 23 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para estos. En el caso de España, fue la Ley n.º 16/2005, del 18 de julio, por la que se modificó la Ley n.º 1/1996 de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles de la Unión Europea. Otros países, como Francia, el Reino Unido y los Países Bajos, formularon la reserva del artículo 42, pero hoy no la aplican. En Francia, tanto las solicitudes de restitución como las de visitas son representadas por el procurador de la República, sin necesidad de que el solicitante acredite sus ingresos (Tagle, Forcada y Seoane, 2010).

Como recomendación se podría sugerir realizar similares convenios entre la defensoría que tiene a su cargo la representación del ausente y el ministerio que ha sido designado para cumplir las obligaciones que le impone el convenio al Estado.

3.2. Acceso a la justicia de la persona en estado de vulnerabilidad por razón de su edad

El preámbulo del CH1980 nos refiere que «los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia». En función de proteger este interés superior de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, es que en el plano internacional se establece un procedimiento

instrumentado en el mencionado convenio, que permite garantizar la restitución internacional del niño al Estado de su residencia habitual. El artículo 1 de este convenio dispone con precisión la finalidad, que no es otra que «garantizar la inmediata restitución de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante», cuyo cumplimiento protege subsidiariamente los derechos de custodia y de visita. En este sentido, la que suscribe comentó que el tratado en estudio,

al facilitar la pronta restitución de los menores sustraídos ilícitamente o retenidos fuera del país de su residencia habitual, se constituye como un apoyo fundamental de los principios y derechos de los niños, incluyendo el derecho de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores, tal como es reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, acogiendo la directiva para los Estados partes de adoptar las medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero o retenciones ilícitas de los niños en el extranjero y para ello deberán promover la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión de acuerdos preexistentes (Tagle, Forcada y Seoane, 2010, p. 37).

Ahora bien, nos preguntamos ¿cómo debe interpretarse el interés superior del niño en estos procesos? La respuesta la encontramos en la Ley Modelo Interamericana, que señala al interés superior del niño (ISN) como criterio de integración e interpretación:

Se consagra como criterio orientador y de interpretación y en su caso de integración, el del interés superior del niño, considerándose por tal a los efectos de la presente ley, como el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente; y a que se dilucide ante el juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución sobre la solicitud de restitución o de visita internacional (art. 2).

Ello supone el respeto al derecho que tiene el niño a ser oído y a que su opinión se tenga en cuenta conforme su edad y grado de madurez y, en caso de disenso fundamentado, a contar con un abogado que lo asista y represente según los mismos parámetros del registro de abogados de los NNA. También supone un enfoque multidisciplinario con perspectiva de niñez y de género, que permita a los NNA el acceso a la justicia con la mirada proyectada en sus derechos concebidos como derechos autónomos. El ISN debe ser interpretado por las autoridades competentes en relación con los demás derechos consagrados en la CDN: a la observancia de las normas que disponen no separar a los niños de sus padres (artículos 9.1, 9.2, 9.3 de la CDN); al acceso a la justicia; al debido proceso; al contacto regular con ambos padres; a la responsabilidad conjunta de los padres para criar a los hijos (artículo 18 de la CDN); a más del derecho a la vida de familia, a la parentalidad (artículo 17 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).

Esta configuración exige una formación actualizada para quienes trabajamos en esta temática. Pérez Manrique (s. f.) nos señala que

ante [el] vacío normativo [...] en el ordenamiento interno, se deberá optar con integrar el derecho de las formas que más favorezca el interés superior del mismo.

En los países que no han regulado el procedimiento interno, una correcta aplicación del principio del ISN en [el] área de integración normativa será optar por la estructura procesal que permita la resolución más abreviada del caso de restitución (p. 3).

Más adelante nos referiremos a la celeridad como principio rector y al procedimiento para llevar adelante estos procesos.

3.2.1. Asistencia y representación del niño en la República Argentina

En el ámbito nacional, la Ley n.º 26061⁸, que reglamenta la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone garantías mínimas de procedimiento para asegurar el interés superior de los NNA en todo procedimiento; asimismo, incorpora

el derecho del niño a ser oído en todo proceso judicial que le concierne; a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión; a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del proceso; a participar activamente del procedimiento y a recurrir ante el superior; así como a participar en las decisiones sobre su persona.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) establece principios generales que deben ser observados en los procesos de familia, como el de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Se completa la normativa con la siguiente advertencia: «la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes debe tener en cuenta el interés superior de esas personas». A ello deberíamos agregar la recomendación 874 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (1979), cuyo primer principio general señala que «los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres, sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios». La jurisprudencia, por su parte, señala que los intereses de los padres, por loables que sean, no pueden situarse por encima del bienestar de los menores que, en caso de conflicto, tienen carácter prevalente.

8 Ley n.º 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada en el 2005, Congreso de la Nación, República Argentina.

En cuanto a la asistencia y representación del niño en la ley de procedimiento que se aplica en estos casos en la provincia de Córdoba⁹, se dispone que «el juez o tribunal puede designar o el niño, niña o adolescente requerir —conforme a su edad y madurez— un abogado defensor para que lo asista y represente en la causa» (Legislatura de la Provincia de Córdoba, 2017, art. 12). El Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de estos convenios constituye una guía orientativa para los jueces y los operadores jurídicos, con pautas precisas sobre el procedimiento que deben seguir para cumplir con las exigencias de celeridad del CH1980 y el CI1989, considerando el límite temporal estipulado para el cumplimiento o la ejecución de la orden de restitución, que es de cuarenta y cinco días. En cuanto a la participación de los niños y su derecho a ser oídos, resalta el derecho de los NNA a participar activamente y a ser escuchados en todo el procedimiento, conforme a su edad y grado de madurez y, de ser posible, con el auxilio de equipos técnicos especializados en niñez y adolescencia.

Además, pone énfasis en que se debe dar al niño información completa, accesible y apropiada para su edad, respecto de la situación que lo involucra y sobre la cual se va a manifestar, de modo que se reduzca el riesgo de posibles consecuencias negativas para este, a raíz de su participación en el proceso¹⁰.

Recomendamos que quienes tramiten y resuelvan estos casos permitan el acceso a la justicia de los NNA con participación activa y preservando el derecho a ser oídos, todo ello conforme a su edad

9 Ley n.º 10419 de la Provincia de Córdoba sobre el procedimiento para la aplicación de los convenios sobre restitución internacional de niñas, niños y adolescentes y régimen de visitas y contacto internacional, sancionada el 21 de diciembre de 2016 y puesta en vigor el 27 de enero de 2017.

10 Punto 5, b) Participación y derecho del niño a ser oído, Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, 2016.

y grado de madurez. La finalidad del proceso debe encaminarse al respeto irrestricto del interés superior del niño.

3.3. Acceso a la justicia de las personas en estado de vulnerabilidad debido a su género. Guía de buenas prácticas sobre la aplicación del artículo 13(1)(b)

Es claro que el artículo 13 del CH1980 establece excepciones, entre las que encontramos el grave riesgo. El juez no estará obligado a restituir al niño si la persona, la institución o el organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor demuestra que «b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable»¹¹. La Guía de buenas prácticas presenta la problemática del artículo antes citado en su punto b), y tiene como finalidad promover, a nivel global, la aplicación apropiada y uniforme del CH1980, tomando en cuenta las herramientas interpretativas reconocidas y ofreciendo información y orientación sobre la interpretación y la aplicación de la excepción de grave riesgo (Pérez-Vera, s. f.). Comparte también buenas prácticas de diversas jurisdicciones. Asimismo, la guía prevé tres tipos de riesgo: a) cuando la restitución exponga al niño a un peligro físico grave; b) cuando la restitución exponga al niño a un peligro psíquico grave; y c) cuando la restitución de cualquier otra manera exponga al niño en una situación intolerable.

Ahora bien, incorpora el daño al padre o a la madre ya sea físico o psíquico, lo que podría, en ciertas circunstancias excepcionales, crear un grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro físico, psíquico o a cualquier otra situación intolerable. La excepción del artículo 13(1)(b) no requiere, por ejemplo, que el niño sea la víctima directa o principal del daño físico, si existe prueba suficiente

11 Artículo 13 b) del CH1980 y 11 de la CI1989.

de que, como consecuencia del riesgo de daño dirigido al padre o a la madre sustractor, hay un grave riesgo para el niño. El riesgo debe ser real y alcanzar un cierto nivel de seriedad para ser considerado grave.

En cuanto al nivel del daño, debe representar una situación intolerable, es decir, una situación que no se debería esperar que un niño tolere. El carácter prospectivo de la excepción concentra la atención en la situación de los NNA tras la restitución y por si dichas circunstancias lo expusieran a un grave riesgo. Por ende, mientras que el examen de la excepción de grave riesgo suele requerir un análisis de la información y pruebas provistas por la persona, institución u otro organismo que se opone a la restitución del niño (en la mayoría de los casos, el padre o la madre sustractor), no debe limitarse solamente a un análisis de las circunstancias anteriores o vigentes al momento del traslado o de la retención ilícitos; por el contrario, requiere mirar hacia el futuro, esto es, a las circunstancias que existirían si el niño fuera restituido inmediatamente. Es así como el examen de la excepción de grave riesgo también debería comprender, si se estima necesario y apropiado, la consideración de la disponibilidad de medidas de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual. Merece la pena recordar que, en los supuestos de sustracción internacional de los NNA, el axioma rector debe ser el ISN. Tanto en la CH1980, en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-IV) y en el Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, este interés se encuentra representado por el retorno inmediato y seguro del niño a su lugar de origen. En este propósito, destacamos el uso de las comunicaciones judiciales directas (CJD) y videoconferencias o enlaces de video —como vehículos auxiliares de la cooperación jurídica internacional (CJI)— que deben ser aprovechados con el fin de salvaguardar este principio vital (Tagle y Jeifetz, 2021). Estas herramientas resultan valiosas no solo durante la tramitación del procedimiento, sino también

en el inicio de las solicitudes y en la etapa de ejecución. Todo ello con miras a evitar la dilatación de los plazos procesales requeridos por la normativa vigente y, en efecto, garantizar el ISN. Actualmente, la autoridad central argentina permite completar los formularios de modo virtual, y estos se encuentran disponibles en su página web. Todo ello contribuye al acceso a la justicia en el inicio, en su tramitación y en su ejecución.

Al respecto, la recomendación especial estaría dada en consultar la guía de buenas prácticas y la nueva jurisprudencia en la materia.

4. ACCESO A LA JUSTICIA: NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN PROCESAL

Ambos tratados están marcados por el principio de celeridad y de urgencia, tanto en la etapa administrativa, en el proceso propiamente dicho y en la ejecución. El juez, conforme a la normativa, debe resolver dentro de un plazo acotado de seis semanas o cuarenta y cinco días, según el convenio de aplicación. En toda legislación procesal que, en definitiva, regule los convenios restitutorios mencionados supra, es claro que el principio de economía procesal, entendido como economía de tiempos y economía de costos, debe estar presente, ya que es transversal a su articulado. La vigencia de estos principios requiere de un juez, verdadero director del proceso con impulso procesal de oficio, que fije plazos breves y que tenga facultades para admitir solamente la prueba tendiente a acreditar los presupuestos de los convenios y demostrar las excepciones expresamente previstas en estos. También debe tenerse presente la concentración de las competencias¹² que establece la aptitud del juez para entender en estas

12 La concentración de competencias hace al principio de especialización. Aprobada la ley de procedimiento en la provincia de Córdoba, el Tribunal Superior de Justicia resuelve tomar razón y aprobar el proyecto de concentración de competencia presentado por la Oficina de

causas, en un número reducido y determinado de sedes judiciales, con jueces suficientemente entrenados para tramitar y resolver los casos reparatorios. La experiencia en nuestro país, específicamente en la provincia de Córdoba, en la que se sancionó la ley de procedimiento para estos casos y que prevé tal principio, muestra resultados que pueden comprobarse en las estadísticas¹³. Cabe dejar sentado que, además de los principios referidos, en la República Argentina rigen los principios de tutela judicial efectiva, de intermediación, de buena fe y lealtad procesal, de oficiosidad, de oralidad y de acceso limitado al expediente (artículo 706 del CCCN).

4.1. Consecuencias en las demoras para tramitar, resolver y ejecutar la sentencia

En caso de que no se llegara a una decisión en el plazo antes señalado, a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el demandante o la autoridad central del Estado requerido, por iniciativa propia o por instancias de esta última requirente, tendrá derecho a pedir una declaración en virtud de la demora, es decir, se dispone una obligación

Cooperación Judicial Internacional. Es así que ordena, por Acuerdo Reglamentario n.º 489 Serie A, de fecha 9 de agosto de 2016, establecer un número de tribunales de la provincia de distintas jurisdicciones para intervenir en los casos de restitución internacional de menores y régimen de visitas transfronterizas de conformidad con la ubicación y cercanía territorial con el caso, con el objeto de que tramiten y resuelvan aquellas causas según el cronograma de actuación determinado, es decir, deberá intervenir el tribunal especializado más cercano al lugar donde se presente el caso.

- 13 Un caso reciente que se tramitó durante la pandemia tuvo una duración de nueve meses, incluyendo la primera y la segunda instancia. En España, en un caso que fue ingresado el 18 de septiembre de 2019 se fijó la audiencia prevista por el artículo 26 el 16 de octubre del mismo año, en el que se acuerda la restitución y el registro comunicacional; se ejecutó la sentencia el 12 de diciembre, lo que implicó aproximadamente tres meses de duración. En Brasil, en un caso que fue ingresado al juzgado el 13 de noviembre de 2019, se fijó audiencia el 6 de diciembre, se dictó sentencia el 10 y se ejecutó la sentencia el 15 del mismo mes, todo el proceso se tramitó en menos de un mes. De igual manera, se puede corroborar la existencia de otros casos que duraron un tiempo parecido.

de información. La explicación para esta situación es que la demora pone en juego la responsabilidad del Estado al incumplir las normas convencionales a las que se ha obligado al ratificar o adherir al instrumento.

4.2. Estadísticas

Ahora bien, si vamos a las estadísticas, a nivel regional, la República Oriental del Uruguay sancionó en el 2012 la ley de procedimiento para estos casos¹⁴. En cuanto a la duración de los casos, según datos estadísticos al 30 de octubre de 2020, es de cincuenta y cinco días, y el dato más relevante es sobre expedientes en trámite al 30 de octubre de 2020, que es cero; respecto a visitas internacionales, hay un expediente en trámite. Por su parte, la República de Chile tiene un procedimiento dispuesto por la Corte Suprema por auto acordado el 2015; el tiempo de duración promedio de los casos es de cuatro a seis meses, incluyendo el trámite ante la corte. La estadística en Argentina nos revela que el promedio de duración de los casos es de sesenta semanas para restitución y cincuenta para visitas internacionales¹⁵. Estos datos demuestran una situación que debemos revertir en nuestro país. Entonces, ¿cuáles son los aportes que hemos realizado? Por un lado, Argentina participó en la elaboración de la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños. En esta misma línea, quien suscribe tuvo la iniciativa legislativa para elaborar la Ley de Procedimiento de la Provincia de Córdoba para la Aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de Niñas, Niños y

14 Ley n.º 18895 de restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente, publicada D. O. 22 de mayo de 2012 - n.º 28473.

15 Dirección General de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones Asociadas del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (Dajinges), 27 de agosto de 2019.

Adolescentes¹⁶; a esta propuesta le siguió la Ley de las Provincias de Neuquén, Misiones, Entre Ríos, Mendoza, Chaco y Río Negro, que anexó el protocolo a su Código Procesal Civil y de Familia. Por último, la Comisión de Acceso a la Justicia reunió a un grupo de expertos, y con la participación de la Oficina Regional de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) elaboramos el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, que ha sido ratificado por dieciséis provincias de la República Argentina¹⁷.

La República Argentina no tiene aún una ley de procedimiento, aunque hace diez largos años intenta contar con este instrumento. Pese a tener un proyecto de ley presentado en mayo de 2018, que además fue aprobado por la Cámara de Senadores por unanimidad y al pasar a la Cámara de Diputados tuvo aprobación en la Comisión de Relaciones Exteriores, al cambiar la composición de la comisión por el cambio de gobierno, requirió un nuevo pase, sobre todo porque la COVID-19 había limitado los temas en tratamiento.

Ello provocó que, vencidos los dos años, el proyecto caduque y pierda estado parlamentario por falta de sanción. Pero ¿por qué es importante una ley nacional? Existe un vacío normativo en nuestro procedimiento adjetivo, lo que ocasiona que los tribunales recurran a diferentes vías procesales y se generen incertidumbre e inseguridad jurídica que atentan contra los fines perseguidos. Otra razón constituye la imposibilidad de respetar los plazos de urgencia en los que deben resolverse estas cuestiones, al no tener un trámite que

16 La herramienta procesal, Ley n.º 10419, permite a los jueces resolver dentro de los plazos que establece el convenio. Un ejemplo de ello se dio en Brasil con una restitución internacional de niños que se inició el 13 de noviembre de 2019. La audiencia tuvo lugar el 6 de diciembre, se resolvió y se ejecutó la sentencia el 15 de diciembre del mismo año.

17 Aprobado por la Comisión de Acceso a la Justicia en diciembre de 2016.

contemple sus características especiales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) ha dicho que

La ausencia de una ley procesal específica para tramitar los casos de restitución internacional de niñas y adolescentes constituye el factor decisivo en la prolongación del trámite y exhorta al Poder Legislativo para que haga uso de sus atribuciones y permita cumplir con las obligaciones asumidas por el país al suscribir el pacto internacional en la materia.

A nivel académico, la necesidad de contar con una ley de procedimiento para tramitar y resolver estos casos la venimos señalando en distintos foros. El caso en el que un niño que debía ser restituido a Italia, luego de haber sido retenido ilícitamente por su progenitora en este país, cuyo trámite judicial tuvo una duración de nueve años, recorriendo todas las instancias judiciales, es un hecho que nos debe incitar a actuar, por lo traumático que resulta. Es evidente que después de nueve años de litigio, este niño de trece años ha perdido el vínculo con su progenitor, no habla el idioma italiano ni reconoce a Italia como su centro de vida. Cuando se ejecutó la sentencia, el niño estaba escondido en el baño y al abrirse la puerta se provocó una importante herida en la pierna.

Considerando este tipo de situaciones y ante el vacío normativo, nuestro país ha elaborado un Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, que fue aprobado por la Comisión de Acceso a la Justicia y se utilizó especialmente para orientar a los funcionarios judiciales con pautas precisas sobre el procedimiento que deben seguir para cumplir con la exigencia de celeridad de los convenios. Dicho protocolo opera como guía orientativa no vinculante.

Por último, estos convenios son de cooperación, por lo que requieren de la intervención coordinada de dos sistemas de protección

nacionales para asegurar la protección efectiva de los niños que han sido trasladados o retenidos en otro Estado. Es por ello que el rápido regreso debe también acompañarse de un regreso seguro. Para lograr este objetivo debemos acudir a las herramientas diseñadas por la HCCH para el retorno seguro de los niños, a saber, las comunicaciones judiciales directas y las específicas en tiempos de la COVID-19.

5. COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

5.1. Trabajo en red

Las 100 Reglas de Brasilia refieren la necesidad de promover la creación de espacios que posibiliten el intercambio de experiencias en esta materia entre los distintos países. Esto permite analizar las causas del éxito o del fracaso en cada una de ellas o, incluso, fijar las buenas prácticas. Es aquí que encontramos indispensable señalar las ventajas de la cooperación jurídica internacional (CJI) y todo lo que conlleva. Si nos situamos en estos tiempos de la COVID-19, la CJI ha sido la herramienta para dar respuestas a esta situación tan inédita como repentina. Durante los primeros meses, la actividad consistió principalmente en brindar apoyo en los casos solicitados por la autoridad central Argentina, las autoridades centrales (AC) de los Estados contratantes, los jueces de la Red Internacional de Jueces de La Haya y los jueces de la Red Nacional de Jueces de Familia para la Protección y Restitución Internacional de Niños de nuestro país, como también los magistrados competentes en esta materia.

En tiempos de la COVID-19, la Red Internacional de Jueces de La Haya trabajó de forma conjunta, estrecha e inmediata con las AC. Bajo esta articulación, hemos podido sortear los innumerables inconvenientes que se presentaban para acceder a la justicia. No fueron pocas las interrogantes que enfrentamos a diario en relación con el modo de trabajo que habían implementado los distintos tribunales.

Por ejemplo, se preguntaba por la elección de la plataforma digital o por si una oficina o mesa de entrada debía recepcionar las solicitudes y derivarlas a alguna oficina destinada a tal fin.

No olvidemos que cada provincia en la República Argentina cuenta con un juez de familia para la protección y restitución internacional de los NNA, que está entrenado y capacitado en esta materia. Tal cuestión facilitó la remisión de solicitudes a los distintos tribunales de las provincias, así como la actualización de la información respecto de los casos pendientes del juez de enlace para transmitirla a las AC y a los jueces extranjeros. De esta manera, la cooperación jurídica internacional, que desde hace tiempo se viene apoyando en el trabajo de distintas redes, se constituyó en el instrumento indispensable en este tiempo de pandemia para el efectivo acceso a la justicia frente al cierre de los tribunales que lentamente se fueron acomodando a la virtualidad.

5.2. Comunicaciones judiciales directas (CJD). Oficina de Cooperación Judicial Internacional. Videoconferencia

Las CJD son herramientas clave en estos tiempos. Estos instrumentos, cuyo objetivo es facilitar la comunicación entre dos jueces implicados en un caso específico, encuentran su basamento legal en el artículo 2612 del CCCN.

Para iniciar las CJD o facilitar las salientes, la autoridad judicial puede recurrir a los enlaces o puntos de contacto de la IberRed, a las AC o a los miembros de la Red Internacional de Jueces de La Haya. Las CJD no solo se llevan a cabo en la etapa de ejecución de sentencia, sino también durante la tramitación, pues puede requerirse información sobre el convenio aplicable, la interpretación de conceptos clave de la normativa vigente en esta materia, la jurisprudencia reciente, para asegurar un retorno seguro en tiempos de pandemia.

Ejemplos de las previstas para lograr un retorno seguro serían el recojo de información sobre denuncias previas de violencia doméstica, causas penales pendientes, información en relación con el otorgamiento de la custodia en el estado de residencia habitual; la prevención de una rápida audiencia para escuchar a los NNA en el lugar de residencia habitual; tener información sobre vuelos de repatriación, actualización de la información requerida para el retorno (necesidad de cumplir con la cuarentena en el lugar de destino, hisopado previo al viaje), entre otras medidas de interés.

Otras herramientas de cooperación son constituidas por las Oficinas de Cooperación Judicial Internacional tanto de la provincia de Mendoza (Secretaría Judicial de la Corte para Asuntos Internacionales, anterior DECI) como de la provincia de Córdoba. Su protocolo de actuación¹⁸ incorpora los principios generales sobre las CJD de la HCCH. Entre sus funciones, establece colaborar en la solicitud de una CJD requerida por un juez de la provincia de Córdoba con un juez extranjero sobre un caso específico, así como asistir al magistrado hasta concluir con la comunicación iniciada.

En este afán, durante la emergencia sanitaria, la Oficina de Cooperación Judicial Internacional prestó ayuda no solo a los jueces locales, sino también a las provincias que requerían este apoyo en tiempos tan difíciles. Desde esta repartición, se llevó a cabo la repatriación de ciudadanos cordobeses varados en el exterior, a causa de la suspensión de vuelos por efecto de la pandemia, también la de ciudadanos estadounidenses que quedaron en la capital cordobesa que, si no hubiesen sido hisopados de urgencia, probablemente habrían perdido el vuelo de regreso a los Estados Unidos.

18 Aprobado mediante el Acuerdo n.º 119, Serie A, 14 de marzo de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, República Argentina.

Paralelamente, ciudadanos de otras provincias también han sido auxiliados para retornar al país en vuelos humanitarios con la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores. Esta iniciativa debería extenderse a las distintas jurisdicciones, pues centraliza la cooperación y brinda la logística y el apoyo necesarios para llevarla adelante.

Del mismo modo, la oficina también tuvo una significativa actuación durante la feria judicial de enero del año en curso, en un caso donde debía retornar al país un niño que se hallaba en España. No obstante, como requisito previo, la justicia española requería información sobre causas penales pendientes en contra de la progenitora.

Por otro lado, la videoconferencia fue otra herramienta crucial para que los trámites avancen. Ello colaboró para que los juicios no se suspendieran por las restricciones impuestas, y, resguardando el principio de celeridad que debe imperar durante todo el procedimiento, siguieron los trámites sin inconveniente.

Asimismo, la angustia y la incertidumbre del primer tiempo dieron paso a un nuevo modo de entender la vida a través de la conectividad. Y este modo de vivir, que es estar interconectados ininterrumpidamente, trabajando desde nuestros hogares, llegó para quedarse. Es así que la Cooperación Jurídica Internacional nos plantea trabajar de manera mancomunada, promoviendo la cooperación de las AC, los jueces y los sistemas de protección tanto nacionales como transnacionales.

Recomendamos el trabajo en red, la creación de redes nacionales, el uso de las comunicaciones judiciales directas, la creación de la oficina judicial internacional en el ámbito del Poder Judicial y el uso de la videoconferencia, las cuales serán herramientas de uso indispensable en este nuevo mundo que dejó atrás las viejas prácticas e incorpora la digitalización como un motor de cambios trascendente.

5.3. Otros instrumentos incorporados durante la pandemia: kit de herramientas de la Conferencia de La Haya

La Oficina Permanente de la HCCH diseñó el kit de herramientas para el retorno seguro de los NNA en los casos de aplicación de la CH1980. Este *toolkit* reseña el paquete de recursos que apoyan la respuesta global a la COVID-19, y ubica a los NNA en su epicentro. El mejor interés del niño sigue siendo de primordial importancia. Puntualiza los factores clave para la correcta aplicación de la convención y refiere a los puntos y los recursos que asistirán a las autoridades, partes y actores pertinentes que debemos tener en cuenta en tiempos del coronavirus. Estos son los siguientes: a) foco en el menor, poniendo la mirada en los NNA; b) garantizar el retorno seguro y rápido del niño al Estado de residencia habitual, llevando a cabo correcta y oportunamente las obligaciones del convenio (tener presente las circunstancias de tiempo y lugar); c) considerar cuidadosamente las excepciones planteadas en la obligación de restituir al niño y la continuidad de un contacto apropiado entre el progenitor y los NNA; y d) garantizar el acceso a la justicia.

Además, invita a lo siguiente: a) promover la mediación y otras formas de resolución de conflictos, incluyendo la mediación remota vía internet; b) aprovechar la informática y las tecnologías electrónicas de comunicación; c) salvaguardar la igualdad entre las partes; d) incrementar el acceso al conocimiento; e) fomentar la comunicación y la colaboración transfronterizas entre los miembros del Poder Judicial por medio de las CJD o la Red Internacional de Jueces de La Haya; f) advertir que las medidas para combatir la pandemia incluyen el cierre de las fronteras internacionales y la reducción de muchos servicios públicos, lo que plantea un desafío a la ejecución de las órdenes de restitución.

En este sentido, la información que se brinda a continuación ayudará a garantizar un rápido y seguro retorno de los niños y la efectiva ejecución de las obligaciones bajo el convenio: a) garantizar que los acuerdos entre las partes sean reconocibles y ejecutados en las jurisdicciones pertinentes con la menor demora posible; b) contactar y cooperar con la autoridad central correspondiente para garantizar una concientización actual y completa de la situación en el destino y la correcta ejecución de las órdenes de restitución; c) introducir arreglos prácticos para permitir un regreso seguro de puerta a puerta para los NNA, garantizando que el niño sea incluido en listas de vuelo con prioridad, la contratación de seguro médico y de viaje en el caso de contagio de la COVID-19, e instalaciones de autoaislamiento en el destino si fuese necesario; d) reevaluar de manera constante los arreglos prácticos introducidos para garantizar que se actualicen para hacer frente adecuadamente a las recientes novedades sobre la situación de la COVID-19; y e) contemplar y atender la eventual angustia del niño y de sus padres respecto del viaje durante la situación de la COVID-19, especialmente en situaciones en las que el progenitor no pueda viajar con el niño.

Como recomendación, sugerimos que para los fines de resguardar el principio de la celeridad, rector en estos procedimientos, los Estados contratantes deberían contar con una ley de procedimiento para tramitar estos casos, regulando un sistema que adscriba al juicio prevalentemente oral, con impulso procesal de oficio y con monitorias en las que se disponga la escucha a las partes en una audiencia y que el juez escuche al niño para garantizar precisamente el acceso a la justicia del más vulnerable. Hasta que se sancione y entre en vigencia una ley de procedimiento, se podría elaborar un protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños.

6. MEDIACIÓN EN CASOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS Y RÉGIMEN DE VISITAS O CONTACTO INTERNACIONAL. REGLAS DE BRASILIA Y MEDIACIÓN

Habiendo definido quiénes son las personas en condición de vulnerabilidad en estos procesos de restitución internacional de niños y régimen de visitas o contacto internacional, abordaremos cómo mejorar las condiciones de acceso a la justicia a través de los métodos alternativos de resolución de conflictos, como, por ejemplo, la mediación. Observamos que los juicios, en un alto porcentaje de casos, no cumplen su función de propender a la «paz social», conforme lo sostenía Chiovenda. En la actualidad, esta situación persiste, ya que la sociedad no ha modificado esta conducta. Precisamente, con la perspectiva de dotar a estos casos de una nueva herramienta, se elaboró, en la República Argentina, el Protocolo Piloto para la Implementación de la Mediación a la Aplicación de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños¹⁹. Ello responde a la necesidad de utilizar la mediación en los casos de aplicación de los convenios restitutorios, con el propósito de brindar un instrumento para la mejor protección internacional de los NNA. Lo que se intenta es evitar demoras y promover soluciones amigables a los conflictos familiares transfronterizos.

Bajo este paradigma, la Comisión Nacional de Acceso a Justicia (CNAJ) logró consensuar el proyecto piloto que permitirá a nuestro país aplicar este método alternativo de resolución de conflictos. Así, Argentina se sumará al concierto de naciones que ya aplican exitosamente la mediación en este tipo de casos. A su vez, servirá de puente inexorable para unir el divorcio existente entre la mirada que caracteriza a los justiciables y la realidad que se vive en el quehacer tribalicio.

19 Dicho protocolo fue elaborado por un grupo de expertos convocado por la Comisión de Acceso a la Justicia en octubre de 2020.

Se describen cuatro principios que deben tenerse presentes y que sirven de basamento para la aplicación de la mediación:

1. Simultaneidad: el proceso judicial y la mediación son simultáneos y el inicio de esta no suspende los plazos procesales, salvo acuerdo de partes. Se prevé un plazo de diez días corridos para su desarrollo con la posibilidad de prórroga, por acuerdo de partes y con comunicación al tribunal. En el análisis del tiempo de duración tuvimos en cuenta los plazos tan acortados para la tramitación de estos procesos.
2. Flexibilidad: no restringe al juez o a la jueza actuar de la manera que considere más eficaz en el caso dado, sin perjuicio de la recomendación de seguir el protocolo.
3. Disponibilidad de la mediación: será siempre una alternativa a lo largo del proceso, incluso en la etapa de ejecución de sentencia, así las partes hayan o no intentado este método al comienzo del proceso.
4. Los principios rectores del protocolo de actuación que resultan aplicables *mutatis mutandis* al presente²⁰.

Afirmamos que esta nueva herramienta será de gran utilidad como instrumento pacificador en los casos de restitución internacional de los NNA. En la mediación se podrá poner sobre la mesa de discusión la negociación de otros temas, como la custodia, los alimentos, el régimen de comunicación, entre otras cuestiones, que ayudarán a destrabar el conflicto y llegar a acuerdos. Este método —que tramita en paralelo con el proceso judicial— permite analizar el conflicto en su dimensión

20 Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, aprobado por la Comisión de Acceso a la Justicia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Ciudad de Buenos Aires, República Argentina en diciembre de 2016.

real. Esto habilita a las partes para arribar a acuerdos amigables que serán homologados por el juez, siempre que no vulneren el orden público internacional.

Recomendamos incorporar la mediación como herramienta alternativa de resolución de conflictos para mejorar el acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad en estos procesos.

7. JURISPRUDENCIA, *LEADING CASE*, CELERIDAD, INMEDIATEZ, ORALIDAD. USO DE LA VIDEOCONFERENCIA, TRABAJO EN RED, COMUNICACIONES JUDICIALES DIRECTAS, MEDIDAS DE RETORNO SEGURO, LENGUAJE CLARO

Analizaremos un caso en el que efectivamente se ha restituido al niño a su lugar de residencia habitual. En Chile, se tiene un caso que se tramita ante los tribunales de Formosa. Se inicia en un tribunal de instancia única el 23 de septiembre de 2020 y se resuelve con fecha del 3 de noviembre la restitución de la niña al vecino país, se ordena en la misma sentencia la ejecución, considerando la complejidad de la normativa y la logística para el retorno. Si bien ambas partes presentaron recursos de apelación, los efectuaron de forma extemporánea. El 18 de noviembre se inicia la ejecución y por AI n.º 788/2020, el 25 de noviembre, en audiencia celebrada ante el juez, las partes y con la presencia de las mediadoras de la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos, llegan a un acuerdo consistente en que el progenitor retirará a la niña de la ciudad de Formosa entre los días 4 y 5 de enero de 2021, para llevarla de regreso a la ciudad de Arica, República de Chile, y se comprometerá a asegurar el contacto directo, fluido y diario de la niña con su madre.

La madre acordó presentar un plan de viaje, el cual se llevaría a cabo con el fin de ejecutar el regreso de la niña. Esto además permitiría

complementar los trámites administrativos y sanitarios exigidos en el marco de la pandemia y que fueran necesarios en la provincia de Formosa.

El papá fue a buscar a la niña en avión, pero el aeropuerto estaba cerrado para líneas comerciales, así que se realizó una logística importante para que pudiera entrar a la provincia dos días después de que Formosa ingrese a la fase 1 del nivel de contagios. Esto se hizo a través de un cordón sanitario desde la entrada de Formosa hasta la capital y se retiró a la niña desde su casa en presencia de su progenitora.

Destacamos las palabras que dirigió el juez hacia la niña, quien con lenguaje sencillo le explicó el contenido de su resolución:

Querida Luciana, primero quiero decirte que sos una niña hermosa, con una sonrisa única, que ama a su mamá y también a su papá, y ¿sabés una cosa?, ellos también te aman mucho a vos, y a veces la gente grande ama tanto a sus hijos que hace cosas sin pensar, y no porque quieran hacerle mal a alguien, sino porque solo se piensa en el amor a los hijos, y, cuando los grandes hacemos cosas por amor y sin pensar mucho, aparecen personas como yo que tenemos que decir cómo se tienen que hacer las cosas según las reglas de los adultos, que son bastante aburridas. Te pido perdón por no poder decirte que te podés quedar en Formosa, eso lo va a decir un señor o una señora que haga lo mismo que yo en Arica, para eso tu papá va a venir a buscarte y vas a ir con tu mamá a Arica, así le vas a poder presentar a tu gato Cola de Nieve y volver a caminar por la playa. Quédate tranquila que a tu mamá no le va a pasar nada, no pierdas la sonrisa y seguí amando a papá y a mamá como hasta ahora. Te mando un beso y saludos a tu bisabuela, la mami, y agradécele de mi parte el haberte cuidado tan bien.

8. CAPACITACIÓN

Por último, la capacitación de los operadores jurídicos es indispensable para la correcta aplicación de los convenios restitutorios. En tal

sentido, en la República Argentina se comenzó la capacitación en el 2012, y fueron convocados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para instruir a la Red Nacional de Jueces de cada provincia, con el objetivo de estudiar y analizar los convenios CH1980 y CI1989. Desde aquella primera capacitación se ha seguido adelante, recorriendo prácticamente todas las provincias de la República Argentina. A esta capacitación se suma la autoridad central, la Oficina Regional de la Conferencia de La Haya, los jueces, los defensores, los académicos, los expertos y quien suscribe, y se logró ilustrar a nuestro público sobre la aplicación del convenio, la interpretación de sus conceptos clave, la última jurisprudencia y todas las nuevas herramientas. Antes de la pandemia ya habíamos desarrollado capacitaciones presenciales y virtuales. A partir de la COVID-19, la Junta Federal de Cortes y la Asociación de Mujeres Juezas hemos realizado una capacitación con difusión en todo el país en la que tuvimos seiscientos inscritos. Ello nos anima a seguir adelante en esta tarea de formación que es continua y permanente.

9. CONCLUSIÓN

El acceso a la justicia en esta materia involucra a tres grupos de personas vulnerables: el que litiga a distancia y que ha sido privado de la tutela de su hijo; el niño que ha sido arrancado de su lugar de residencia habitual y del cuidado de su otro progenitor; y la mujer víctima por razón de su género. En todos estos casos hay una necesidad de volver al *statu quo* anterior al traslado o a la retención ilícitos. Para ello, los jueces tienen que contar con las leyes de procedimiento necesarias, con el objetivo de cumplir los plazos, que no solo son razonables sino exigibles. Asimismo, se deben utilizar los instrumentos de la cooperación, ya que son convenios en los que articulan las autoridades centrales y judiciales en pos de garantizar el retorno seguro de los

NNA. En caso de incumplimiento del plazo para acceder, tramitar, resolver y ejecutar la decisión, debe ser considerada una violación de los derechos humanos del justiciable y un grave incumplimiento del Estado que se obligó a respetar la normativa al momento de ratificar el convenio.

REFERENCIAS

- Gonzalez, C., Seoane, M. y Tagle, G. (2019). *Bases para el acceso a la justicia en la restitución internacional de NNA* [Ponencia]. XXXI Congreso Argentino de Derecho Internacional. Córdoba, Argentina.
- Legislatura de la Provincia de Córdoba (2016). Ley n.º 10419, Ley de Procedimiento para la Aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de Niñas, Niños y Adolescentes y Régimen de Visitas o Contacto Internacional. Córdoba: 21 de diciembre de 2016. <http://www.saij.gov.ar/LPO0010419>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2014). Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires: 7 de octubre de 2014. http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf
- Organización de los Estados Americanos (2017). Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en la Vida Política. <https://www.oas.org/en/cim/docs/ViolenciaPolitica-LeyModelo-ES.pdf>
- Pérez Manrique, R. C. (s. f.). El interés superior del niño en el Convenio de La Haya de 1980. Orientaciones para su interpretación. [https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/familia/Ricardo%20Perez%20Manrique%20\(Spanish\).pdf](https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/familia/Ricardo%20Perez%20Manrique%20(Spanish).pdf)

- Pérez-Vera, E. (s. f.). Informe explicativo. <https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf>
- 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>
- Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (2005). Ley n.º 26061, Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Buenos Aires: 21 de octubre de 2005. http://www.jus.gob.ar/media/3108870/ley_26061_proteccion_de_ni_os.pdf
- Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay (2012). Ley n.º 18895, Ley de Restitución de Personas Menores de Dieciséis Años Trasladas o Retenidas Ilícitamente. Montevideo: 11 de abril de 2012. <https://assets.hcch.net/docs/3c9df5e4-906b-44d8-935c-81fbf5178537.pdf>
- Tagle, G. (2016). *Restitución internacional de menores*. Advocatus Ediciones.
- Tagle, G. (2020). Proceso de restitución internacional de personas menores de edad y de vistas, comunicación y contacto. En Pauletti, A. (dir.), *Ley procesal de familia de la Provincia de Entre Ríos* (t. II, pp. 505-554). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Tagle, G. (2021). El abogado del NNA en la restitución internacional de niños. En Faraoni, F. (dir.), Castillo, C., Ríos, J. y Cooke, E. (coords.), *Abogada de niñas, niños y adolescentes: visión doctrinaria*. Lerner.
- Tagle, G., Forcada, F. y Seoane, M. (2010). *La restitución internacional de niños*. Nuevo Enfoque Jurídico.

- Tagle, G. y Jeifetz, L. (2021). A más de un año de la declaración de pandemia en la República Argentina. Reflexiones sobre los procesos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. La Ley AR/DOC/1353/2021.
- Tenorio, L., Rubaja, N. y Castro, F. (coords.). (2018). *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*. Porrúa.
- Unicef (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>



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.v3i3.3>

La importancia de las Reglas de Brasilia para un efectivo acceso a la justicia en materia familiar en México

The importance of the Brasilia Rules for effective access to justice
in family matters in Mexico

ARÁN GARCÍA SÁNCHEZ¹

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey
(Puebla, México)

Contacto: agarci@tec.mx

<https://orcid.org/0000-0002-8693-1177>

RESUMEN

La presente investigación busca establecer las implicaciones de las Reglas de Brasilia en México, a partir del estudio de los criterios que se contemplan en dichas reglas, la delimitación conceptual del derecho de acceso a la justicia y el establecimiento de sus implicaciones en materia de justicia familiar. En ese sentido, se realizó un estudio riguroso en el que se pone en evidencia la importancia y la vigencia de la aplicación

1 El autor cuenta con la distinción de candidato por parte del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México. La presente investigación se realiza con el objetivo de consolidar su línea de investigación y así poder alcanzar el nivel 1 como investigador. El autor agradece la participación del maestro Luis Fernando Flores (profesor de cátedra) del Departamento de Derecho Región Centro-Sur, del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno, Campus Puebla, como asistente de investigación.

de las Reglas de Brasilia en las actuaciones judiciales en materia familiar en México, con la intención de hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia en favor de los integrantes de las familias que se encuentren en situación de vulnerabilidad al momento de enfrentarse a los sistemas de justicia.

Palabras clave: acceso a la justicia; derecho familiar; Reglas de Brasilia; vulnerabilidad.

ABSTRACT

This research seeks to establish the implications of the Brasilia Rules in Mexico, based on the study of the criteria contemplated in these rules, the conceptual delimitation of the right of access to justice, and the establishment of its implications in the area of family justice. In this sense, a rigorous study was carried out on the importance and validity of the application of the Brasilia Rules in judicial proceedings in family matters in Mexico, with the intention of making effective the right of access to justice in favor of the members of the families that are in a situation of vulnerability at the moment of facing the justice systems.

Key words: access to justice; family law; Brasilia Rules; vulnerability.

Recibido: 17/09/2021 Aceptado: 12/10/2021

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de acceso a la justicia tiene gran relevancia dentro de cualquier sistema jurídico en la medida en que, a través de él, se garantiza a las personas que podrán someter sus controversias a resolución ante las autoridades competentes. La aprobación de las Reglas de Brasilia, en el 2008, puso en evidencia que no todas las personas cuentan con

las mismas oportunidades para acceder a la justicia, ya que pueden existir condiciones sociales que definan a una persona como vulnerable. En esa medida, el presente trabajo de investigación se enfoca en estudiar las implicaciones que tienen las Reglas de Brasilia en el ejercicio eficaz del derecho de acceso a la justicia para las personas en situación de vulnerabilidad y su importancia en el sistema de justicia familiar en México.

Para tales efectos, este artículo se divide en tres secciones principales. La primera de ellas se centra en el desarrollo y el estudio de la estructura y de los criterios establecidos en las Reglas de Brasilia. La segunda sección se enfoca en establecer la importancia de la delimitación conceptual y legal del derecho de acceso a la justicia. La tercera sección señala las implicaciones en México de la justicia en materia familiar y su relación con las Reglas de Brasilia. Al final de este trabajo, se señalan las conclusiones obtenidas en cada uno de estos tres apartados centrales.

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

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (RBAJPCV) fueron aprobadas bajo el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, la cual tuvo lugar entre el 4 y el 6 de marzo de 2008. Dicho documento cuenta con cien reglas distribuidas en cuatro capítulos: uno para las cuestiones preliminares, otro relacionado con la efectividad del derecho de acceso a la justicia, uno más sobre la celebración de los actos judiciales y, por último, otro sobre la efectividad de las propias Reglas de Brasilia (RBAJPCV, 2008). De la declaración derivada de dicha cumbre se observa que fueron veinticuatro los países participantes:

Los presidentes de las Cortes y Tribunales Supremos o Superiores de Justicia y de los Consejos de la Judicatura o Magistratura, del [1] Principat d'Andorra, [2] República Argentina, [3] República de Bolivia, [4] República Federativa do Brasil, [5] República de Colombia, [6] República de Costa Rica, [7] República de Cuba, [8] República de Chile, [9] República Dominicana, [10] República del Ecuador, [11] República de El Salvador, [12] Reino de España, [13] República de Guatemala, [14] República de Honduras, [15] Estados Unidos Mexicanos, [16] República de Nicaragua, [17] República de Panamá, [18] República del Paraguay, [19] República del Perú, [20] República Portuguesa, [21] Estado Libre Asociado de Puerto Rico, [23] República Oriental del Uruguay y [24] República Bolivariana de Venezuela (Declaración de Brasilia de la Decimocuarta Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008).

El primer capítulo se divide en tres secciones principales y contempla desde la regla 1 hasta la 24. La primera sección, titulada «Finalidad», establece el siguiente objetivo de las reglas:

Garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial (RBAJPCV, 2008, p. 5).

Aunado a lo anterior, en esta primera sección también se establece la necesidad de llevar a cabo las medidas y políticas públicas oportunas para que las personas en situación de vulnerabilidad, afectadas por una o varias condiciones, puedan ejercer con mayor facilidad su derecho de acceso a la justicia. Esto, además, asociado al hecho de que se establece la obligación de las personas servidoras públicas de brindar una atención conforme con las necesidades de las personas en situación de vulnerabilidad (RBAJPCV, 2008, p. 5).

De lo anterior, cabe resaltar el hecho de que las Reglas de Brasilia reconocen que las personas pueden verse afectadas por una o varias

condiciones sociales, por lo que se considera que esa cuestión está estrechamente ligada al concepto de *intersectionality* («interseccionalidad», en su traducción al español). Dicha noción fue acuñada por Kimberlé Crenshaw en 1989, a partir de sus estudios relacionados con la discriminación de las mujeres afroamericanas en Estados Unidos de América y bajo el marco del feminismo afroamericano (Carastathis, 2016, p. 18; Grzanka, 2019, p. 25; Romero, 2018, p. 39); que, no obstante, debe replantearse para su uso y estudio en entornos y disciplinas distintas a las de su origen. En este caso, se adecúa al contexto de América Latina y al derecho como ciencia social (Cho, Crenshaw y McCall, 2013, pp. 787-796).

La segunda sección del capítulo primero, que lleva por título «Beneficiarios de las Reglas», establece y define lo que se debe entender por personas en situación de vulnerabilidad, las cuales serían

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 (RBAJPCV, 2008, p. 5).

Asimismo, esta sección identifica nueve aspectos que pueden volver a una persona vulnerable: 1) edad, 2) discapacidad, 3) pertenencia a comunidades indígenas, 4) victimización, 5) migración y desplazamiento interno, 6) pobreza, 7) género, 8) pertenencia a minorías y 9) privación de libertad (RBAJPCV, 2008, pp. 6-9). Dichas condiciones deben entenderse de forma enunciativa, mas no limitativa, ya que, como es bien sabido, distintos instrumentos a nivel nacional e internacional siempre contemplan como posibilidad la existencia de otras condiciones sociales que no estén expresamente mencionadas, pero que pueden derivar en tratados discriminatorios.

Más allá de las dificultades en el ejercicio del derecho de acceder al sistema de justicia, el tema de la vulnerabilidad implica, en términos generales, que una persona está latentemente en un riesgo que puede ocasionarle algún tipo de daño. Con respecto a ello, se ha señalado lo siguiente:

Así, siempre que una persona se encuentre en una condición en virtud de la cual pueda sufrir algún tipo de daño, está bajo una situación que la enfrenta a la vulnerabilidad. Por tanto, la vulnerabilidad es un estado de riesgo al que se encuentran sujetas algunas personas en determinado momento.

La vulnerabilidad representa un estado de debilidad provocado por la ruptura del equilibrio, que lleva a la persona o al grupo de personas a una espiral de efectos negativos.

Esta tiene su origen en la noción de riesgo, es decir, en la probabilidad de que ocurran determinados acontecimientos no previsible, que puedan generar consecuencias negativas significativas sobre ciertas personas o comunidades, aumentando, incluso, su peligrosidad (en virtud de su magnitud, frecuencia, duración e historia), lo que condiciona el estado de vulnerabilidad (Espinosa, 2015, p. 24).

La cita anterior pone sobre la mesa lo importante que es tomar acciones para atender a aquellas personas que se encuentran en dicho estado, ya que pueden sufrir consecuencias perjudiciales en sus vidas al momento de querer hacer efectivo un derecho, como el del acceso a la justicia. La tercera y última sección del capítulo primero, titulada «Destinatarios: actores del sistema de justicia», se centra en establecer quiénes serían los sujetos a los cuales van dirigidas las reglas, entre los que encontramos a las personas que forman parte del poder judicial, las fiscalías o ministerios públicos, las defensorías públicas, los *ombudspersons*²,

2 Cabe precisar que si bien las Reglas de Brasilia hacen referencia al término *Ombudsman*, consideramos pertinente la precisión de Mireya Castañeda (2015), quien utiliza el término *Ombudsperson*, el cual hace uso de «un lenguaje con perspectiva de género» (p. 21), motivo por el cual se optó por esta segunda expresión, que consideramos más incluyente.

los profesionistas del derecho, la policía, los operadores del sistema penitenciario, los hacedores de políticas públicas y todas aquellas personas que intervienen en los sistemas de administración de justicia (RBAJPCV, 2008, p. 9).

El segundo capítulo de las Reglas de Brasilia está dividido en seis secciones, las cuales contemplan desde la regla 25 hasta la 49. Estas tienen como principal finalidad establecer los parámetros que es necesario observar para una tutela efectiva de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad. Entre los criterios que se deben tomar en cuenta, encontramos la promoción e incentivación de una cultura de la legalidad, la asistencia legal y la defensa pública que sean técnicas, de calidad, especializadas y gratuitas, el derecho a contar con un intérprete en caso de ser necesario, procesos judiciales accesibles, sencillos, orales con formatos preestablecidos que faciliten las etapas procesales y la previsión del desahogo de pruebas de forma anticipada, además de medidas que busquen la agilidad, la priorización de casos, la coordinación, la especialización, la interdisciplinariedad y la proximidad de los sistemas judiciales. Estos criterios deben considerarse junto con la promoción de medios alternativos de solución de controversias y el reconocimiento de los sistemas de justicia dentro de las comunidades indígenas (RBAJPCV, 2008, pp. 10-14).

Como se aprecia, el segundo capítulo establece una serie de criterios que se deben observar para un ejercicio más adecuado del derecho de acceso a la justicia para las personas en situación de vulnerabilidad. Estas reglas contemplan aspectos de vital importancia para hacer efectivo el acceso a la justicia bajo los parámetros establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), cuestión que se revisará con mayor detalle en el siguiente apartado.

El tercer capítulo contempla cómo debe actuar una persona en situación de vulnerabilidad ante cualquier acto judicial. Está compuesto por cuatro secciones, en las que se precisan desde la regla 50 hasta la 84.

En estas se explica que se debe brindar toda la información y el tipo de apoyo que recibirá la persona, a quien se le comunicará su rol de participación y el apoyo que se le dará en la actuación judicial, desde que comienza el proceso o tiene contacto con las autoridades, de acuerdo con las circunstancias de la persona en situación de vulnerabilidad, siempre brindando la información de forma clara y comprensible, tanto en las notificaciones, los requerimientos, las sentencias y cualquier actuación judicial de carácter oral o escrito. Además, se proporcionará en todo momento la asistencia, el lugar, el tiempo y el lenguaje que se requieran para la mejor atención de estas personas en los actos judiciales en los que deban comparecer, siempre con la consigna de proteger a la persona, su intimidad, su imagen y sus datos personales. Asimismo, se contempla el tema de la accesibilidad de las personas con discapacidad, la participación de niñas, niños y adolescentes, sin dejar de lado la integración de las comunidades indígenas en las actuaciones judiciales (RBAJPCV, 2008, pp. 15-20).

El tema de la sencillez y la calidad de información que se debe tener al momento de las actuaciones judiciales es de vital importancia, puesto que pone de manifiesto el hecho de que las autoridades que intervienen deben utilizar términos y palabras de fácil comprensión para las personas en situación de vulnerabilidad durante los actos judiciales, lo que garantiza un verdadero derecho de acceso a la justicia. Un ejemplo de dichas cuestiones puede observarse en lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México ha denominado sentencias en formato de lectura fácil, cuya primera realización se vio en el amparo en revisión 159/2013 (Peña, 2018).

Por último, el cuarto capítulo contempla desde la regla 85 hasta la 100, y distribuye su contenido en ocho puntos. Se pone énfasis en el tema de la colaboración a nivel nacional del Poder Judicial con los otros poderes, así como la colaboración a nivel internacional con otros países para compartir experiencias. Se prevé la realización de

investigaciones en esta materia, la profesionalización de las personas encargadas de los sistemas de justicia, el uso de nuevas tecnologías para la atención de las personas en situación de vulnerabilidad, la creación de manuales de carácter sectorial, la difusión de las Reglas de Brasilia y el establecimiento de una Comisión de Seguimiento conformada por cinco personas (RBAJPCV, 2008, pp. 21-23). Es preciso señalar que los primeros países miembro de la Comisión de Seguimiento fueron Argentina, Costa Rica, España, Guatemala y México (Declaración de Brasilia de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008).

Se ha señalado que las Reglas de Brasilia proporcionaron tres importantes avances en materia de derechos humanos: 1) el establecimiento de la necesidad de una tutela efectiva de derechos, en conjunto con el tema del respeto al derecho al debido proceso; 2) el reconocimiento de que el Estado tiene el deber de tomar acciones para lograr que las personas tengan un verdadero acceso a la justicia; y 3) la identificación de las dificultades que impiden el acceso a la justicia para personas en condición de vulnerabilidad (Andreu-Guzmán y Courtis, 2008, pp. 52-55).

En este apartado se delimitó el contenido y las implicaciones de las Reglas de Brasilia como documento que establece una serie de aspectos que deben considerarse al momento, no solo de entender lo que implica ser una persona en situación de vulnerabilidad, sino todas aquellas acciones que los Estados deben tomar en cuenta y llevar a cabo para lograr que realmente se pueda acceder a la justicia en un país como México.

3. ASPECTOS CONCEPTUALES Y LEGALES SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Si bien el término «acceso a la justicia» es uno de los temas centrales de las Reglas de Brasilia, en ninguna de sus cien reglas se establece una

definición de este concepto. Es como si se diera por hecho que en todos lados se maneja una misma noción sobre lo que implica. A esto se le suma que muchas veces en la doctrina se estudian las implicaciones del acceso a la justicia sin conceptualizarla. Por tanto, lo que se pretende llevar a cabo en este apartado es un esfuerzo por delimitar conceptual y legalmente lo que implica el derecho de acceso a la justicia.

Si bien pareciera no tan importante el hecho de establecer una definición de lo que es el acceso a la justicia, aquí se señalan dos razones por las cuales las palabras en el derecho sí deberían contar con una definición concreta. Cabe recordar que el derecho forma parte de las denominadas ciencias sociales y, en esa medida, comparte características en relación con las ciencias en general. En ese sentido, y desde un punto de vista metodológico, la primera razón se toma de lo que Giovanni Sartori (2002) refiere sobre las ciencias como disciplinas que cuentan con un lenguaje especial, el cual es desarrollado a través de «1) hacer precisos y definir los significados de las palabras; 2) estipular reglas precisas de sintaxis lógica; 3) crear nuevas palabras» (p. 26). Por tanto, lo que se pretende es hacer evidente que en un lenguaje especial: 1) las palabras son entendidas de una forma específica con base en su definición, por lo que son utilizadas para comunicar una noción concreta; y 2) la articulación de argumentos a través del uso de las palabras debe tener coherencia y constancia (Sartori, 2002, pp. 26-27). Lo anterior lleva a la idea que el mismo autor identifica, con respecto al denominado condicionamiento lingüístico, en el entendido de que los lenguajes especiales de la ciencia se integran por palabras con un significado delimitado y que dicho condicionamiento sirve para explicar el pensamiento desde la lógica de la ciencia que se trate (Sartori, 2002, p. 34). En el caso específico del derecho, la segunda razón se centra en el uso de un lenguaje técnico, que se ha desarrollado en el tiempo, el cual ha sido de gran importancia para evitar discrepancias:

La depuración del lenguaje jurídico es uno de los retos más urgentes para la llamada «ciencia jurídica». Uno de los criterios para que pueda existir una ciencia es que esta cuente con un lenguaje lo más preciso posible, como la matemática o la lógica, o como otras disciplinas científicas que han logrado tener con mayor o menor medida un lenguaje claro y preciso. Sin embargo, en el derecho, la cuestión del lenguaje jurídico está lejos de parecer un asunto menor: como hemos dicho antes, buena parte de los conflictos jurídicos terminan convirtiéndose en una disputa sobre el significado o la interpretación del lenguaje de los conceptos empleados. Disputas que permanecerán hasta tanto no se precise el significado y contenido de los mismos. Esto es hasta cierto punto imposible, pero ello no quita que el ideal pueda perseguirse y que se logre desmitificar el lenguaje, proporcionar mayor claridad conceptual, eliminando nociones confusas, metafísicas, vagas, ambiguas, estableciendo condiciones o criterios de usos más claros, etcétera (Cruz, 2006, p. 29).

En un primer momento, se atenderá dos definiciones sobre el derecho de acceso a la justicia, una de carácter doctrinal y otra tomada desde la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México. Mario Álvarez (2019) define el acceso a la justicia como:

Aquella garantía que poseen los gobernados consistente en la facultad de acceder, en forma individual o colectiva y en condiciones de igualdad, al sistema de medios jurisdiccionales y no jurisdiccionales por virtud de los cuales las instituciones del Estado prevén, amparan y sancionan, eficazmente, cualquier acto u omisión que pudieran vulnerar o vulneren los derechos fundamentales reconocidos en el derecho nacional e internacional (p. 418).

Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2017), en una jurisprudencia de tipo constitucional, derivada de los criterios de los amparos en revisión 121/2013 y 352/2012, ha señalado lo siguiente en relación con el derecho de acceso efectivo a la justicia:

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió el acceso a la tutela jurisdiccional como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute tal decisión; de ahí que este derecho comprenda tres etapas, a las que corresponden tres derechos: (i) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; (ii) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que concierne el derecho al debido proceso; y, (iii) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas. Ahora, los derechos mencionados alcanzan no solamente a los procedimientos ventilados ante jueces y tribunales del Poder Judicial, sino también a todos aquellos seguidos ante autoridades que, al pronunciarse sobre la determinación de derechos y obligaciones, realicen funciones materialmente jurisdiccionales (p. 151).

Con base en las dos citas anteriores, queda claro que el derecho de acceso a la justicia es la facultad que tienen las personas para acceder a una institución estatal de carácter jurisdiccional o no jurisdiccional, a nivel infraestatal, estatal o supraestatal³, para que una controversia sea resuelta a través de un debido proceso, mediante el cual se emita una determinación que deberá ser cumplida. Ahora, es preciso señalar por qué se considera que la vía judicial es la idónea para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia.

Cabe recordar que las normas jurídicas tienen notas esenciales. Eduardo García (2014) señala en específico cuatro: bilateralidad,

3 Dicha tipología puede corroborarse de acuerdo con el criterio de escalas de las garantías propuestas por Gerardo Pisarello (2007). Para mayor referencia consultar el capítulo 6 de su libro *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*.

exterioridad, coercibilidad y exterioridad (pp. 15-24). La que hace reconocible a las normas jurídicas de las de otro tipo, como las morales, sociales o religiosas, es la coercibilidad o coacción, que es entendida como «la posibilidad de que la norma sea cumplida en forma no espontánea, e incluso en contra de la voluntad del obligado» (García, 2014, p. 22).

En ese sentido, desde la teoría general del proceso, José Ovalle (2016) señala la existencia de tres formas de solución de un litigio: autotutela, autocomposición y heterocomposición (pp. 6-34). Una de las formas heterocompositivas es el proceso, el cual es entendido como

la solución imparcial, a cargo de un órgano de autoridad del Estado, el juzgador, que interviene a instancia de una de las partes y cuya autoridad deriva del imperio del propio Estado y de la fuerza de la ley. Para que intervenga el órgano jurisdiccional del Estado no es necesario que las partes hayan acordado previamente someterse a este órgano del Estado; no es requisito un acuerdo previo —ni obviamente posterior— de las partes (Ovalle, 2016, p. 29).

Según lo anterior, desde el punto de vista doctrinal, es el juez, a través de un proceso, el que tiene facultades por ley para la resolución de conflictos, y con ello hacer efectiva la idea de coercibilidad de las normas jurídicas. Junto con lo anterior, para el caso de las violaciones de los derechos humanos, es la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, 1969) la que dispone, en su artículo 25, la obligación de los Estados de establecer un recurso judicial como medio de protección:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Con ello queda claro que la lógica del ejercicio de derecho de acceso a la justicia ante las autoridades jurisdiccionales deriva, por un lado, de la facultad que tiene para hacer cumplir las determinaciones de forma no espontánea y, por otro lado, del hecho de que es una obligación propia, para el caso de los países que han ratificado la CADH, entre ellos México, desde el 2 de marzo de 1981, de contar con un mecanismo judicial. Lo cierto es que no todos los instrumentos internacionales contemplan como requisito que sea un juzgado o un tribunal el mecanismo para la protección de los derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en su inciso b, establece: «La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado» (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966), lo cual amplía el espectro de posibilidades para el ejercicio del multicitado derecho, sobre todo pensando en México, en los medios alternos de solución de conflictos y en algunos órganos constitucionalmente autónomos, como las comisiones de derechos humanos, los organismos encargados del acceso a la información y protección de datos personales, así como las fiscalías tanto a nivel local como federal.

Con lo señalado en este apartado quedan más claras las implicaciones conceptuales del derecho de acceso a la justicia y por qué se ha considerado a la vía jurisdiccional como la idónea para la tutela de los derechos.

4. LA JUSTICIA FAMILIAR LOCAL EN MÉXICO Y LAS REGLAS DE BRASILIA

El derecho civil forma parte del denominado derecho privado y es el «que regula los atributos de las personas físicas y morales —colectivas—, a la familia, el patrimonio, y las relaciones económicas de los particulares que no sean actos de comercio» (Álvarez, 2019, p. 155). En México y el mundo, las cuestiones relacionadas en el ámbito familiar por su especialización han sido estudiadas y reguladas como una rama aparte del derecho civil; de hecho, la autonomía y la pertenencia del derecho familiar al derecho privado han sido defendidas desde la doctrina (Rojina, 2016, pp. 204-206).

En el ámbito de la realidad, en las entidades mexicanas de Coahuila, Hidalgo, Michoacán, Morelos, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Yucatán y Zacatecas, se cuenta con una legislación exclusiva de carácter familiar, que está fuera de los códigos civiles sustantivos que tradicionalmente contemplaban los temas familiares. Para entender mejor las implicaciones de esta rama, se retoma una definición de derecho de las familias propuesta por Ignacio Galindo (2019), quien señala que

es un conjunto de normas jurídicas destinadas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, creando las relaciones conyugales y constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes facultades y deberes entre consortes y parientes (p. 449).

Para el caso de México, la regulación de la materia familiar se da en la legislación sustantiva de carácter local, a pesar de que existe a nivel federal un Código Civil. Ello implica que cada entidad federativa tiene la facultad de regular los aspectos relacionados con las familias. En el país hay treinta y dos entidades federativas, lo que implica la existencia de la misma cantidad de legislaciones de carácter local que regulan los

aspectos familiares, que, como ya se ha mencionado, se puede hacer mediante legislaciones especializadas o a través de los códigos civiles.

Los temas que tradicionalmente se abordan en el derecho de las familias son la familia, su concepto y composición, el parentesco, los alimentos, el matrimonio, el concubinato, el divorcio, la filiación, la adopción, la patria potestad, la tutela y el patrimonio de familia (Galindo, 2019, pp. 437-742; Rojina, 2016, pp. 204-527). Con lo cual se pone en evidencia que existen sujetos que pueden ser considerados vulnerables, como los niños, las niñas y los y las adolescentes, las mujeres, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad, esto aunado a la posibilidad de que concurran otros aspectos, como la pobreza y la pertenencia a comunidades indígenas o grupos vulnerables. Para poner en contexto el tema, en México, de acuerdo con los datos del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval, 2021), al 2020 el porcentaje de población en situación de pobreza, sea moderada o extrema, fue del 43.9 %, lo que equivale a aproximadamente 55.7 millones de personas.

Una vez precisado lo anterior, es menester establecer algunos datos relacionados con el número de casos en materia familiar que son sometidos y resueltos en los poderes judiciales de carácter local en México. Para ello, se hará uso de las cifras del Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2020, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi) de México. Se realizó la siguiente tabla con la finalidad de tener claridad del total respecto a los asuntos de primera instancia y a los expedientes sometidos a medios alternos de solución de controversias, sean abiertos, ingresados o concluidos, de los que se tiene registro en el 2019. Se eligió la información de este año, considerando que es el censo más reciente y que cuenta con información desagregada por materia, cuestión que no se observa en los datos de los censos anteriores:

Tabla 1

Cifras sobre justicia familiar local en México (2019)

	Asuntos de primera instancia a nivel local en el 2019				Expedientes en mecanismos alternativos de solución de conflictos a nivel local en el 2019			
	Ingresados		Concluidos		Abiertos		Concluidos	
	Todas las materias (penal, justicia para adolescentes, civil, mercantil, familiar y otras)	Materia familiar	Todas las materias (penal, justicia para adolescentes, civil, mercantil, familiar y otras)	Materia familiar	Todas las materias (civil, mercantil, familiar y otras)	Materia familiar	Todas las materias (civil, mercantil, familiar y otras)	Materia familiar
Total	2 280 802	880 545	1 332 589	516 251	179 025	80 505	155 990	59 266
Porcentaje	100 %	38.60 %	100 %	38.74 %	100 %	44.96 %	100 %	37.99 %

Fuente: Elaboración propia con base en el Inegi (2020).

En función de los datos de la tabla, es evidente que la materia familiar representó, en el 2019, el 38.6 % del total de los casos de primera instancia a nivel local, es decir, de cada 100 casos que ingresaron, 38 eran de esta materia, y representó un total de 880 545 asuntos.

Un porcentaje similar se observa en relación con el número de expedientes concluidos de primera instancia en materia familiar, ya que representó un 38.74 % del total, lo que se traduce nuevamente en que de cada 100 expedientes que se concluyeron, 38 eran de esta materia, lo cual da un total acumulado de 516 251 conclusiones de asuntos familiares, tan solo en el 2019.

Con respecto a los expedientes que fueron abiertos en medios alternos de solución de conflictos, el porcentaje es mayor en relación con

el total, ya que en ese mismo año representaron el 44.96 %. Haciendo el mismo ejercicio de análisis, de cada 100 expedientes abiertos en medios alternos, 44 eran de casos familiares, y sumaron un total de 80 505. Por último, con relación al porcentaje del total de expedientes concluidos en mecanismos alternos de solución de conflictos, los de materia familiar representaron el 37.99 %, con lo cual se puede señalar que de cada 100 expedientes concluidos, 37 eran de esta materia, y que al final sumaron un total de 59 266.

Con estas cifras podemos observar que la suma de las actuaciones judiciales, tanto de ingreso como de apertura y conclusión, de asuntos de primera instancia y de mecanismos alternativos en materia familiar, suman 1 536 567 en el 2019, lo cual representa una cifra significativa, pensando en términos de la interacción que las personas en situación de vulnerabilidad tienen con los sistemas de justicia local en México. De ahí deriva la importancia actual de las Reglas de Brasilia, sobre todo, pensando en términos de lo que implica el derecho de acceso a la justicia.

Si reflexionamos sobre la relevancia de las multicitadas reglas, se coincide con los tres avances que trajeron en materia de derechos humanos y que fueron señalados en el primer apartado, los cuales fueron considerados por Federico Andreu-Guzmán y Christian Courtis (2008). Por un lado, el solo reconocimiento del derecho al acceso a la justicia en los ordenamientos jurídicos de carácter nacional e internacional no es suficiente. Esto debe verse traducido en una posibilidad real que permita a todas las personas acceder a los mecanismos institucionales, ya sean jurisdiccionales o no jurisdiccionales, y con ello puedan ser resueltas sus controversias, en los cuales se debe observar una serie de formalidades propias del debido proceso.

Por otro lado, es de vital importancia reconocer que las Reglas de Brasilia reconocen que el Estado tiene la obligación de implementar

acciones para lograr la efectividad del derecho de acceso a la justicia, es decir, que no es un sujeto pasivo, sino que se reconoce que su rol es de vital importancia. Por ello, se señaló en el primer apartado una serie de parámetros que se deben observar y llevar a cabo en las actuaciones judiciales y que buscan la debida atención e inclusión de todas las personas.

Asimismo, identificar que existen condiciones sociales que, de forma unidimensional o multidimensional, afectan el ejercicio del derecho de acceso a la justicia es de vital importancia, en la medida en que se reconoce que las experiencias de las personas con los sistemas de justicia son distintas, y que, tal y como se ha señalado, se considera que tienen estrecha relación con el concepto de interseccionalidad. Con lo cual, además, se pone en evidencia la necesidad de poder contrarrestar los efectos negativos y los daños que podrían sufrir las personas en condición de vulnerabilidad, a través de acciones previstas e implementadas por el propio Estado.

Todo lo anterior debe ser aplicable a la materia familiar, considerando que en los casos generalmente están envueltas personas en situación de vulnerabilidad, como los niños, las niñas y los y las adolescentes, las personas adultas mayores, las mujeres, las personas con discapacidad y las personas en situación de pobreza.

En este caso particular, el Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal del 2020, elaborado por el Inegi, ya cuenta con un desglose sobre la materia específica de los asuntos. No obstante, pensando en el tema de la identificación de las condiciones de vulnerabilidad que puedan recaer sobre las personas, se considera indispensable integrar como criterios en sus estadísticas, por lo menos, las nueve condiciones que se establecen en las Reglas de Brasilia. De esta manera, se tendría mayor certeza del tipo de personas que acuden a los sistemas de justicia en México en materia familiar, y con ello llevar a cabo las acciones

necesarias para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia y monitorear el avance que se tiene en la satisfacción de este. Finalmente, lo anterior debe verse robustecido por los distintos estándares del derecho internacional de los derechos humanos, que ya han sentado una serie de criterios para la protección de los derechos humanos de distintos grupos en situación de vulnerabilidad.

5. CONCLUSIONES

1. Las Reglas de Brasilia fueron aprobadas en marzo de 2008 en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en la que participaron veinticuatro países. Asimismo, está compuesta por cien reglas en total, las cuales se encuentran desarrolladas en cuatro capítulos, en los que se contempla la definición de lo que se debe entender como persona en situación de vulnerabilidad; se identifican nueve condiciones que pueden volver a una persona vulnerable; se establecen una serie de obligaciones que los Estados deben llevar a cabo a nivel institucional para lograr un verdadero acceso a la justicia; se señalan los criterios que se deben observar en las actuaciones judiciales en las que intervengan las personas en situación de vulnerabilidad; y se precisan aspectos para la difusión, la evaluación y el seguimiento de la implementación de las reglas.
2. Las Reglas de Brasilia no contemplan una definición expresa de «acceso a la justicia», la misma que es de vital importancia, ya que es un aspecto que permite tener claridad sobre lo que se está hablando. Por ello, y de acuerdo con lo señalado en la doctrina y la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, se pudo establecer una definición de acceso a la justicia.

3. El hecho de que se contemple siempre a las autoridades jurisdiccionales como aquellas que deben resolver controversias deriva de que son ellas las que pueden hacer efectiva la idea de coacción de las normas jurídicas y, con fundamento en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es una obligación para los países que han ratificado dicho instrumento, entre los que se incluye México.
4. El derecho de las familias en México está regulado en ordenamientos jurídicos de carácter local, ya sea en normativas especiales o en los códigos civiles de las entidades federativas, lo cual permite establecer que, a partir de la importancia y especialización del derecho de las familias, es una rama del derecho privado autónoma, puesto que cuenta con doctrina y legislación propias y órganos jurisdiccionales especializados. Asimismo, en el 2019 existió un total de 1 536 567 actuaciones judiciales tanto de ingreso, apertura y conclusión de asuntos de primera instancia y de mecanismos alternativos en materia familiar en los sistemas de justicia a nivel local en México. Por lo tanto, dichas actuaciones deberían contemplar las Reglas de Brasilia en la medida en que, derivado de los temas propios del derecho de las familias, se está en contacto con personas en situación de vulnerabilidad, como lo son los niños, las niñas y los y las adolescentes, las personas adultas mayores, las personas con discapacidad y las mujeres; y, por tanto, la vigencia e importancia de estas reglas está presente en México. Esto debe propiciar una correcta identificación de las distintas condiciones que vuelven vulnerables a las personas, y con ello implementar las acciones pertinentes y necesarias para la debida atención de este sector de la población y garantizar un verdadero acceso a la justicia.

REFERENCIAS

- Álvarez, M. I. (2019). *Introducción al derecho*. McGraw Hill.
- Andreu-Guzmán, F. y Curtis, C. (2008). Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. En Ministerio Público de la Defensa - Defensoría General de la Nación, *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia* (pp. 51-60). Defensoría General de la Nación.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Carastathis, A. (2016). *Intersectionality. Origins, Contestations, Horizons*. University of Nebraska Press.
- Castañeda, M. (2015). *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional* (2.^a ed.). Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Cho S., Crenshaw, K. y McCall, L. (2013). Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 38(4), 785-810.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval) (2021). Medición multidimensional de la pobreza en México 2018-2020. https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/MMP_2018_2020/Pobreza_multidimensional_2018_2020_CONEVAL.pdf
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (CADH) (1969). https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

- Cruz, J. A. (2006). Los métodos para los juristas. En Courtis, C. (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (pp. 17-39). Trotta.
- Declaración de Brasilia de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). <https://www.refworld.org/es/pdfid/5d7fcbfaa.pdf>
- Espinosa, D. L. (2015). *Grupos en situación de vulnerabilidad*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Galindo, I. (2019). *Derecho civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia*. Porrúa.
- García, E. (2014). *Introducción al estudio del derecho*. Porrúa.
- Grzanka, P. R. (2019). Systems of oppression. En Grzanka, P. R. (ed.), *Intersectionality: foundations and frontiers* (2.ª ed.) (pp. 25-30). Routledge.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi) (2020). Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2020. <https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2020/>
- Ovalle, J. (2016). *Teoría general del proceso*. Oxford University Press.
- Peña, L. J. (2018, septiembre-octubre). La sentencia en formato de lectura fácil: aplicable para todos. *Hechos y Derechos*, (47). <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12876/14426>
- Pisarello, G. (2017). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Trotta.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2017, 24 de noviembre). Derecho de acceso efectivo a la justicia. Etapas y derechos que le corresponden. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015591>

- 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>
- Rojina, R. (2016). *Compendio de derecho civil. Tomo I. Introducción, persona y familia*. Porrúa.
- Romero, M. (2018). *Introducing intersectionality*. Polity Press.
- Sartori, G. (2002). *La política: lógica y método en las ciencias sociales*. Fondo de Cultura Económica.



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.v3i3.4>

Las medidas cautelares en los procesos de familia en Nicaragua. Una mirada desde los estándares de las 100 Reglas de Brasilia

The precautionary measures in family proceedings in
Nicaragua. A perspective from the standards of the
100 Brasilia Rules

MARÍA JOSÉ ARÁUZ HENRÍQUEZ

Poder Judicial de Nicaragua
(Managua, Nicaragua)

Contacto: majoarauz@poderjudicial.gob.ni
<https://orcid.org/0000-0001-6050-8170>

RESUMEN

El Poder Judicial de Nicaragua, miembro de la Cumbre Judicial Iberoamericana, ratificó las 100 Reglas de Brasilia mediante el acuerdo 83 del 6 de octubre de 2008, el cual fue modificado posteriormente por el acuerdo 48 del 17 de julio de 2015. Desde el momento de su ratificación se han venido implementando, de forma paulatina, transformaciones internas en la aplicación de la normativa, tanto nacional como internacional. Se ha garantizado el acceso a la justicia pronta, gratuita y efectiva mediante la ampliación de competencias establecidas en las leyes especiales, así como en el Código de Familia, el cual

recoge en su estructura y contenido los estándares que proponen las 100 Reglas de Brasilia, y, en su aplicación humanista con perspectiva infantocéntrica y de género, alcanza la efectividad de la tutela mediante la articulación con otras disciplinas e instituciones.

Palabras clave: Reglas de Brasilia; vulnerabilidad; acceso a la justicia.

ABSTRACT

The Nicaraguan Judiciary, a member of the Ibero-American Judicial Summit, ratified the 100 Brasilia Rules through agreement no. 83 of October 6, 2008, which was subsequently amended by agreement no. 48 of July 17, 2015. From the moment of its ratification, it has been gradually implementing internal transformations in the application of both national and international regulations. It has guaranteed access to prompt, free and effective justice through the expansion of competencies established in special laws, as well as in the Family Code, which includes in its structure and content the standards proposed by the 100 Brasilia Rules, and, in its humanistic application with an infantocentric and gender perspective. It achieves the effectiveness of guardianship through the articulation with other disciplines and institutions.

Key words: Brasilia Rules; vulnerability; access to justice.

Recibido: 17/09/2021 Aceptado: 12/10/2021

1. EL ACCESO A LA JUSTICIA EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. LA REALIDAD NICARAGÜENSE

El Poder Judicial de Nicaragua trabaja sobre la base de un plan decenal que cuenta con el Plan Estratégico 2012-2021. Este documento, en su línea estratégica 4, «Facilitado el acceso a la justicia de la ciudadanía nicaragüense sin discriminación alguna», implica el proceso de transformación normativa interna que origina el nacimiento de nuevas codificaciones. Su vigencia brinda a la población la respuesta especializada, pronta y adecuada a la realidad actual del país. De esta manera, en el plan decenal cobran vigencia dos importantes códigos: el Código de Familia de Nicaragua (CFN), primero en la historia nicaragüense¹, y el Código Procesal Civil². Con ello, se moderniza el sistema de justicia en materia de familia y civil.

Con la entrada en vigor de estos dos códigos se modernizó completamente la justicia nicaragüense, y se logró que todos sus procesos pasen del sistema escrito al sistema oral. Esta modernidad y adecuación trajeron como consecuencia la posibilidad de brindar el servicio de justicia de manera pronta y efectiva, con lo cual se evita la dilación en los procesos —característica del sistema escrito— y se reduce la mora judicial de forma significativa.

Dentro de los lineamientos entrelazados que plantea el plan decenal se encuentra establecida la coordinación interinstitucional de los operadores de justicia en todo el proceso y previo a este. Con ello se establece la búsqueda de soluciones colaborativas, aplicando la conciliación como eje transversal en los procesos de familia. Esta coordinación interinstitucional con abordaje interdisciplinario también constituye parte del marco normativo que conglera los principios procesales en el CFN, contemplados en sus artículos 437 y 441.

1 Ley n.º 870 del Código de Familia, aprobada el 24 de junio de 2014.

2 Ley n.º 902 del Código Procesal Civil de la República de Nicaragua.

1.1. Competencias judiciales y administrativas para conocer casos de familia

El acceso a la justicia³, pronta, efectiva y gratuita en materia de familia se evidencia en todo el contenido del CFN, ya que la competencia que delega el legislador es amplia y extensiva a la sede administrativa, notarial y de pueblos originarios. Así se establece en su artículo 4.

El CFN entró en vigor en el 2015. Este documento contiene en su estructura los principios transversales modernos adecuados a los tratados internacionales, entre los que destaca, de forma especial, la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, dentro de la parte sustantiva se contemplan los derechos de las personas en estado de vulnerabilidad, por ejemplo, los niños, las personas discapacitadas y las personas de la tercera edad. Vale señalar que la temática de género también es transversal, pues un 85 % de los casos corresponde a las madres que, en representación de sus hijos e hijas, demandan los derechos de sus menores. De igual manera, el componente sustantivo de la normativa contiene la regulación en materia de incapacidad jurídica y nombramiento de tutela, los cuales tienen íntima relación con el estado de vulnerabilidad en que se encuentran las personas en esa condición.

En relación con las competencias que brinda el CFN, estas se distribuyen en todo el territorio nacional. En su artículo 4 se establece el mandato jurisdiccional respecto a quiénes deben conocer de los

3 El artículo 451 del CFN indica lo siguiente:

La justicia en Nicaragua es gratuita. La tramitación de asuntos contenidos en este Código y que sean de conocimiento de los juzgados de familia, estará exenta del pago de tasas, impuestos y timbres de todo tipo.

Toda persona tiene derecho a acudir a los tribunales de justicia para hacer valer sus derechos familiares. El Estado debe garantizar los medios para que las carencias económicas no sean un impedimento en el real acceso a la justicia, destinando esfuerzos y recursos para el fortalecimiento de la Defensoría Pública, que regula la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua.

casos de familia: los jueces de distritos especializados de familia, que se ubican en las cabeceras departamentales; los jueces locales únicos de los municipios; y donde no existan estos, los jueces civiles, tanto locales como de distrito. De igual manera, respetando la autonomía regional en las regiones de la Costa Caribe y según la Ley n.º 28 de Estatutos de las Regiones Autónomas de la Costa Caribe, el CFN brinda competencia en materia de familia a los jueces de los pueblos originarios, quienes deben regirse por las regulaciones de acuerdo con el derecho consuetudinario indígena y afrodescendiente.

Asimismo, en relación con la competencia administrativa, el CFN presenta alternativas más rápidas de solución de conflicto, en la medida que delega al Ministerio de Familia, Adolescencia y Niñez (Mifan) la facultad de conciliar en lo relativo a las acciones de custodia, relación de comunicación y visitas, y alimentos. También brinda a los notarios públicos la facultad de alcanzar acuerdos en materia de alimentos, mediante escrituras públicas que deberán ser homologadas ante la autoridad judicial o administrativa para su validez y ejecución.

Las autoridades delegadas que conocen de los asuntos de familia deben atender con principios transversales el interés superior del niño y la autonomía progresiva, asumida en el artículo 71 de la Constitución Política de Nicaragua, en los artículos 440 y 448 del CFN y en los artículos 9, 10 y 11 del Código de la Niñez y Adolescencia⁴.

En ese mismo recorrido normativo, Nicaragua asume el compromiso internacional de facilitar el acceso a la justicia y tutela efectiva; modifica su ordenamiento jurídico, modernizando sus codificaciones y procedimientos; y continúa asumiendo las tendencias doctrinales y jurisprudenciales internacionales de corte humanista. Asume, de esa manera, dentro del derecho positivo, los estándares recomendados en los

4 Ley n.º 287, Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobada el 24 de marzo de 1998.

instrumentos internacionales, así como en las 100 Reglas de Brasilia. Tal compromiso es visible en el mandato interpretativo sistemático y ponderado que se plantea en los artículos 7⁵, 436 y 443 del CFN.

2. MARCO NORMATIVO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. PROTECCIÓN Y SEGUIMIENTO EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. GRUPO NIÑEZ, MUJER Y PERSONAS DE LA TERCERA EDAD

El marco normativo de las medidas cautelares deriva de diversas leyes, del CFN, así como de los mandatos que establece el principio de protección como función estatal, que es el compromiso de decretar todas las medidas que sean posibles para garantizar el cumplimiento del contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño. En lo que respecta al sector niñez, contamos con las medidas contenidas en los artículos 175 y 459 del CFN, que tratan los casos de disolución del vínculo matrimonial; asimismo, se cuenta con las medidas establecidas en el ámbito de protección del Código de la Niñez y Adolescencia.

Estas mismas medidas son aplicables a la protección de la mujer en caso de violencia intrafamiliar, anexada a las medidas que se pueden tomar a la luz de la Ley n.º 779, Ley de Protección Integral contra la Violencia. Igualmente, en relación con la incapacidad jurídica y la declaración de tutela, que en su mayoría corresponde garantizar la protección a los adultos de la tercera edad, se trabaja desde las ciencias interdisciplinarias de la medicina, la psicología y el trabajo social. En

5 El artículo 7 del CFN sostiene:

Criterios de interpretación y aplicación.

La interpretación y aplicación de las disposiciones del presente Código se hará de conformidad a la Constitución Política de la República de Nicaragua, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los instrumentos internacionales vigentes en el Estado de Nicaragua y los principios rectores del mismo Código.

esa misma lógica y cuando haya mérito para hacerlo, se debe considerar la Ley n.º 763, Ley de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

2.1. De las medidas para el grupo vulnerable niñez: aplicación e interpretación jurisdiccional

El grupo niñez es considerado como uno de los grupos que se encuentra en estado de vulnerabilidad, tal como lo han clasificado las 100 Reglas de Brasilia en la segunda sección, denominada «Beneficiarios de las Reglas», que desarrolla el concepto de las personas en situación de vulnerabilidad:

Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad cuando su capacidad de prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (regla 3).

Lo citado coincide con lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño en las observaciones generales 4 y 5, las cuales clasifican a la niñez como vulnerable y doblemente vulnerable por razón de su edad, condición de salud o situaciones que derivan en migración irregular. En esas circunstancias, por razón de su edad y falta de desarrollo de competencias, no tienen la capacidad de resistir o sobreponerse a la adversidad. En ese sentido, las 100 Reglas de Brasilia consideran como niño o niña a toda persona que no haya alcanzado los dieciocho años y que, en consecuencia, requiera siempre ser protegida de forma especial.

La Constitución Política de Nicaragua, en el artículo 71, acoge en todo su contenido la Convención sobre los Derechos del Niño, así como los documentos derivados de esta. En tal sentido, la niñez nicaragüense cuenta con una codificación especial que regula la parte sustantiva y procesal penal especializada, mediante la Ley n.º 287. Como respuesta

a esa especialización y trato, se crearon juzgados penales de distrito del adolescente, así como una oficina de seguimiento de las medidas para los adolescentes con características restaurativas, en los que otras instituciones, como la Policía Nacional, están involucradas mediante programas de reinserción a la vida social y programas educativos, de acuerdo con el ciclo escolar y técnico⁶.

El compromiso del Estado nicaragüense con el contenido de protección primordial y prevalente de la niñez, así como con el grupo de mujeres y personas discapacitadas, se puede resumir en el discurso que brindó la presidenta del Poder Judicial, la Dra. Alba Luz Ramos Vanegas, en el marco de la presentación amigable de las 100 Reglas de Brasilia: «El Poder Judicial cuenta con buenas prácticas para aplicar el contenido de las Reglas de Brasilia, en la medida en que estas forman parte de los derechos y las garantías fundamentales reconocidos en nuestra legislación nacional» (Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, 2018, p. 5).

6 El artículo 195 de la Ley n.º 287 sostiene lo siguiente:

Comprobada la comisión o la participación del adolescente en un hecho delictivo, el juez penal de distrito del adolescente podrá aplicar los siguientes tipos de medidas:

- a) Medidas socioeducativas: a.1. Orientación y apoyo sociofamiliar; a.2. Amonestación y advertencia; a.3. Libertad asistida; a.4. Prestación de servicios a la comunidad; a.5. Reparación de los daños a la víctima.
- b) Medidas de orientación y supervisión: b.1. Instalarse en un lugar de residencia determinada cambiándose del original; b.2. Abandonar el trato con determinadas personas; b.3. Prohibir la visita a bares, discotecas o centros de diversión determinados; b.4. Matricularse en un centro educativo formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio; b.5. Inclusión en programas ocupacionales; b.6. Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicas que produzcan adicción o hábito; b.7. Ordenar el internamiento del adolescente o tratamiento ambulatorio en programas de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.
- c) Medidas privativas de libertad: c.1. Privación de libertad domiciliaria; c.2. Privación de libertad durante tiempo libre; c.3. Privación de libertad en centros especializados.

Esto constituye parte de los lineamientos estratégicos del plan decenal con el que trabaja el Poder Judicial, en el que desarrolla el principio de acceso a la justicia y a la tutela efectiva mediante políticas, normativas, programas e instituciones que acercan y reeducan a la población para acceder a la justicia.

En el marco de la cooperación interinstitucional, los juzgados de distrito especializados de familia coordinan esfuerzos y, de forma supletoria, aplican las facultades que otorga el legislador a la autoridad administrativa. Asimismo, decretan medidas en casos concretos que se ejecutan en conjunto, las cuales no se supeditan solamente a la materia penal adolescente, sino a toda necesidad que amerite garantizar la protección de la niñez. Así se observa en los artículos 76, 81 y 82 del Código de la Niñez y Adolescencia, en los que se indica que son aplicables en todo lo que corresponde a las medidas de protección. Entre estas tenemos:

Artículo 76. El Estado, las instituciones públicas o privadas, con la participación de la familia, comunidad y la escuela, brindarán atención y protección especial a las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en las siguientes situaciones: a) cuando los tutores abusen de la autoridad que le confiere la guarda y tutela de los menores o actúen con negligencia en las obligaciones que les imponen las leyes; b) cuando carezcan de familia; c) cuando se encuentren refugiados en nuestro país o sean víctimas de conflictos armados; d) cuando se encuentren en centros de protección o abrigo; e) cuando trabajen y sean explotados económicamente; f) cuando sean adictos a algún tipo de sustancias sicotrópicas, tabaco, alcohol, sustancias inhalantes o sean utilizados para el tráfico de drogas; g) cuando sean abusados y explotados sexualmente; h) cuando se encuentren en total desamparo y deambulen en las calles sin protección familiar; i) cuando sufran algún tipo de maltrato físico o psicológico; j) cuando padezcan de algún tipo de discapacidad; k) cuando se trate de niñas y adolescentes embarazadas; y l) cualquier otra condición o circunstancia que requiera de protección especial.

Cada uno de los literales del artículo citado presenta condiciones de vulnerabilidad que se suscitan en el marco del conflicto familiar y que traen consecuentemente la afectación a los hijos y las hijas sometidos o involucrados dentro del conflicto familiar.

Las medidas de protección en el CFN, contenidas en el artículo 459⁷, enlistan una serie de medidas que puede decretar la autoridad judicial en los asuntos relativos a las atribuciones derivadas de la autoridad parental. Esto se encuentra en el libro tercero del CFN, especialmente, cuando se observa durante el proceso que los progenitores que ejercen la custodia no tienen desarrolladas competencias para el ejercicio de la custodia y, en consecuencia, se quedan cortos en cuanto a las

7 El artículo 459 del CFN indica:

Clases de medidas cautelares

Las medidas cautelares a que se refiere el artículo anterior, entre otras, pueden ser:

- a) Inclusión en un programa gubernamental de orientación a padres, madres, tutores y apoyo o protección a las niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, o mayores declarados incapaces;
- b) Inclusión en un programa de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico;
- c) Sometimiento a terapia especializada;
- d) Alimentos provisionales para quienes tienen derecho a recibirlos;
- e) Retención migratoria del demandado mientras no tenga debidamente garantizada la prestación alimenticia;
- f) Embargo preventivo de bienes;
- g) Constitución de garantía sobre bienes o derechos que aseguren el pago de la prestación;
- h) Cese de la convivencia;
- i) Separación material de los niños, niñas o adolescentes, mayores declarados judicialmente incapaces, o personas adultas mayores, según el caso;
- j) Revocación de los poderes que cualquiera de los cónyuges o conviviente en unión de hecho estable hubiera otorgado a favor del otro;
- k) Las medidas adecuadas en relación con el cuidado, crianza, régimen de comunicación y visita, representación de los hijos o hijas menores de edad, mayores declarados judicialmente incapaces, personas adultas mayores y uso de la vivienda familiar;
- l) Inventario de bienes de menores de edad o mayores incapaces sujetos a tutela;
- m) Depósito judicial de bienes;
- n) Prohibición o restricción de acercamiento a la persona afectada o a los lugares que regularmente concurre;
- o) Internamiento en un centro de salud mental.

atribuciones contenidas en el artículo 274 del CFN⁸. En ese sentido y en el marco de estos procesos que pueden conllevar a la custodia, cuidado o crianza, relación de comunicación y visitas, decreto de alimentos, suspensión de la autoridad parental y, en un caso extremo, pérdida de la autoridad parental, se puede y debe aplicar las medidas desde la perspectiva infantocéntrica de forma primordial y prevalente, tomando siempre en consideración los ejes transversales que derivan del principio de interés superior del niño y el principio de autonomía progresiva, contenidos en los artículos del 1 al 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Desde la experiencia jurisdiccional, se puede plantear la siguiente clasificación de las medidas que deben aplicarse en materia familiar, considerando el principio de interdisciplinariedad y coordinación interinstitucional: a) medidas de protección, aquellas que contienen el mandato de separación material de la persona en condiciones de

8 El artículo 274 del CFN sostiene:

Deberes y facultades de las relaciones entre madre, padre, hijo e hija

El ejercicio de las relaciones entre madre, padre, hijo e hija y tutores o tutoras comprende los siguientes deberes y facultades:

- a) Proteger la vida, la integridad física, psíquica, moral y social de sus hijas e hijos y tenerlos en su compañía;
- b) Suministrarles medios necesarios para su desarrollo integral, proveyéndoles la alimentación adecuada, vestuario, vivienda y en general los medios materiales necesarios para su desarrollo físico, la preservación de su salud y su educación formal;
- c) Velar por la estabilidad emocional, estimular el desarrollo de sus capacidades de decisión en la familia y el sentido de responsabilidad social;
- d) Educarlos para que participen en las labores compartidas en el hogar y prepararlos para el trabajo socialmente digno;
- e) Orientar la formación de sus hijos o hijas en un plano de igualdad promoviendo valores, hábitos, tradiciones y costumbres que fomenten el respeto, la solidaridad, la unidad y la responsabilidad en la familia;
- f) Orientar adecuadamente a los hijos e hijas, pudiendo auxiliarse de profesionales especializados, que podrán brindar asesoría psicopedagógica en centros educativos o bien en la delegación del Ministerio de la Familia, Niñez y Adolescencia;
- g) Ejercer la representación judicial y extrajudicial de sus hijos e hijas que sean niños, niñas o adolescentes y personas declarados judicialmente incapaces;
- h) Administrar sus bienes.

vulnerabilidad; b) medidas de prohibición y restricción de acercamiento a la persona afectada; c) medidas adecuadas a la orientación en el cuidado y la crianza de la niñez; d) medidas de aseguramiento, relativas a garantizar la finalidad de la acción pretendida, entre ellas podemos ubicar los alimentos provisionales, la retención migratoria, el embargo preventivo y la constitución de garantía sobre bienes y derechos; e) medidas de seguimiento, aquellas que pretendan restaurar la condición de salud o las relaciones antes del proceso, esto incluye el decreto de someterse a un tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, sometimiento a terapias especializadas o internamiento en un centro de salud mental; y f) medidas de formación, cuyo objetivo es colaborar en la educación de los padres para que desarrollen competencias en cuidado y crianza, mediante la inclusión en un programa gubernamental de orientación.

La autoridad judicial cuenta con este catálogo de medidas que puede emplear durante el proceso o bien en sentencia, independientemente del tipo de acción. Esto es aplicable siempre que se cumpla la finalidad de protección y tratamiento especial por pertenecer a la clasificación de los grupos vulnerables. Es así como, por lo general, son aplicables en aquellos casos en que existe controversia en el ejercicio de la autoridad parental. El decreto de estas medidas requiere, en la mayoría de los casos, la identificación de la problemática familiar que realiza el Consejo Técnico Asesor. En la ejecución de medidas de formación, se aplica y se brinda seguimiento en conjunto con el Mifan. De igual manera, se coordina con el Ministerio de Salud en casos de internamiento y tratamiento psicológico o psiquiátrico —aplicables a los progenitores en la mayoría de los casos—.

En esa misma línea de protección a favor de la niñez, si en el desarrollo del proceso se deriva que ninguno de los progenitores tiene competencias desarrolladas para el ejercicio del cuidado y la crianza, se

busca el recurso familiar que corresponda para colaborar con el cuidado de la persona del niño en situación de vulnerabilidad, ante el peligro de consumo o venta de drogas o por falta de cuidado directo por parte de los progenitores. En caso contrario, se hacen las coordinaciones con el Mifan para que sea ingresado en un centro de protección.

En la práctica, la medida contenida en el literal d) del artículo 459 del CFN es, sin lugar a duda, la más aplicada, ya que garantiza el derecho de alimentos, el cual conlleva a la protección del derecho a la vida. Por su propia naturaleza, esta medida tiene la particularidad de ser aplicable en todas las acciones en las que se representan derechos de la niñez, excepto la acción de investigación de paternidad, que requiere la práctica de la prueba de ADN para determinar la filiación. Si el acreedor alimentario sufre de algún tipo de discapacidad que lo ubique en una situación de doble vulnerabilidad, considerando su edad y condición de salud, el administrador de justicia debe tomar en cuenta tal circunstancia para el decreto de alimentos.

En ese mismo ámbito, la Sala Civil y de Familia, por ministerio de ley de la Corte Suprema, en sentencia dictada el 30 de marzo de 2020, a las 8:57 a. m., expresa que en la sentencia de primera instancia no se acataron los criterios de interpretación que establece el artículo 7 del CFN —interpretación sistemática—, los cuales deben considerarse en el juicio intelectual de interpretación que hace la persona que administra justicia. En la sentencia aludida en la parte considerativa, los magistrados expresan que no fue tomado en cuenta el artículo 3 de la Ley de Derechos de las Personas con Discapacidad y que las personas que sufren esta condición se encuentran dentro del instrumento internacional de las 100 Reglas de Brasilia, de la cual Nicaragua es parte. Además, a la luz de la aplicación del artículo 7 del CFN, debió haber sido considerado por la autoridad judicial para el decreto de alimentos del acreedor alimentario y la aplicación del

criterio, adicionando los gastos que ocasiona la condición de salud del joven, por lo que no atender esta condición violenta el mandato que establecen las 100 Reglas de Brasilia.

El Poder Ejecutivo, por medio del Mifan, tiene facultades para aplicar medidas de protección o seguimiento tanto a la niñez como a las personas de la tercera edad. Estos se encontrarán protegidos en casos de abandono en centros de protección o bien serán beneficiarios de diferentes programas que, para tal efecto, el ministerio en mención cumple, como el del programa «Viviendo en armonía protejo a mi familia y a mi comunidad», el cual sirve para educar en valores a los progenitores, concientizarlos sobre el derecho de los niños y las niñas, así como el de ellos como pareja. Para los adultos mayores trabajan el programa «¿Cómo cuidar de nuestros adultos mayores?», que aborda una guía de orientaciones para evitar los riesgos en viviendas y centros de protección. Asimismo, se tiene el programa «Juntas y juntos por la prevención del abuso sexual, en responsabilidad compartida».

Las articulaciones entre ambas instituciones en el ámbito familiar tienen su asidero legal en el principio de abordaje social integral contenido en el artículo 437 del CFN⁹. Su aplicación es necesaria para alcanzar la efectividad de la tutela, debido a la distribución de competencias atribuidas por ley al Mifan, al ámbito de aplicación, así como a la complementariedad, que implica trabajar por la protección de personas en situaciones de vulnerabilidad, en la que la niñez, las mujeres y los adultos mayores requieren de atención especializada.

9 El artículo 437 del CFN indica:

Abordaje social integral

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad; por ello, todas las cuestiones que se susciten en el ámbito familiar y que merezcan la atención pública, administrativa y jurisdiccional serán abordadas integralmente. Para la consecución de este empeño, cada una de las instituciones que el Estado ha creado, a través de sus leyes, actuará conforme sus competencias, para la protección social de la familia, quedando articulados esfuerzos conjuntos, en idéntico sentido.

2.2. De las medidas para el grupo vulnerable mujer en casos de violencia

En el ámbito familiar, en concordancia con la protección que requieren las mujeres y con la victimización como producto de la violencia vivida, las autoridades judiciales tienen facultades para proteger a la mujer o a la persona violentada. Esto se realiza cuando se identifican características violentas en la relación fáctica, sustentadas con documentales que acrediten la existencia de esta conducta y se encuentren en estado de investigación por la autoridad policial o el Ministerio Público.

La protección explicada en el párrafo anterior se contempla en el capítulo II del libro primero del CFN, específicamente desde el artículo 46 hasta el 52, los cuales orientan la obligación que tiene la autoridad para proteger. Asimismo, nos brinda la clasificación de la violencia en el ámbito familiar, considerando las dimensiones física, sexual, psicológica, patrimonial y económica, según el artículo 47 del CFN¹⁰,

10 El artículo 47 del CFN sostiene lo siguiente:

Tipos de violencia doméstica o intrafamiliar

Los diferentes tipos de violencia doméstica o intrafamiliar son:

- a) Violencia física: Son las acciones, comportamientos u omisiones que amenazan o lesionan la integridad corporal de una persona;
- b) Violencia sexual: Son las acciones que obligan a una persona tener o mantener contacto sexual, a participar en ellos, mediante la fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier mecanismo que anule o limite la voluntad personal;
- c) Violencia psicológica: Acción u omisión directa o indirecta, cuyo propósito sea controlar o degradar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta u omisión que produzca un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación, el desarrollo integral y las posibilidades personales;
- d) Violencia patrimonial y económica: Es la acción u omisión que implique un daño, pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción en los bienes muebles o inmuebles, objetos, documentos personales, valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades, bienes de una mujer y los recursos propios o compartidos en el ámbito familiar o de pareja.

sin mencionar que la Ley Integral contra la Violencia hacia las Mujeres y sus reformas se encuentran contenidas en la Ley n.º 779 y su reglamento, la cual es aplicada por los jueces especializados de violencia que se encuentran en todo el país. Ellos, de forma coordinada, pueden mantener o cambiar las medidas que una autoridad judicial de familia o de violencia haya tomado en relación con un caso concreto con indicadores de violencia.

En la práctica jurisdiccional, se identifica la necesidad de protección en el ámbito de familia en las acciones relativas a la acción de disolución del vínculo matrimonial o reconocimiento y finalización de la unión de hecho. Estas acciones tienen la particularidad de trabajar en un 99% con acciones conexas relativas a la custodia, relación de comunicación y visitas, así como la solicitud de alimentos y distribución de bienes. Generalmente la litis se traba en la custodia; y en ella, los elementos probatorios derivan en elementos de convicción que hacen meritoria la protección.

En la distribución de bienes, según el régimen económico matrimonial y de acuerdo con la idiosincrasia y el patriarcado, muchas veces la titularidad de los bienes —casas, vehículos, fincas y acciones— se encuentra a nombre del cónyuge varón. Aplicando la literalidad de la norma, habría que respetar la titularidad del derecho; en consecuencia, se produce un desequilibrio en la estabilidad económica de la cónyuge. En ese sentido, se puede decretar la pensión compensatoria a solicitud de parte y en la búsqueda del equilibrio que se forma en la distribución de bienes.

También constituye violencia patrimonial y económica el control de los bienes y recursos financieros, manteniendo así el dominio sobre la mujer, la negación de proveer los recursos necesarios en el hogar, el desconocimiento del valor económico del trabajo en las labores propias del hogar y la exigencia para que abandone o no inicie un trabajo remunerado.

Todos los tipos de violencia doméstica o intrafamiliar señaladas en este artículo son sin perjuicio de las concurrencias de otros ilícitos penales o civiles, según corresponda.

Ahora bien, Nicaragua cuenta con un bloque de protección internacional en materia de niñez y de protección contra la violencia. El sistema de interpretación, contenido en el artículo 7 de la CFN, se ajusta a los estándares internacionales de derechos humanos, que parten de una justicia humanista, especializada y doctrinaria, que brindan las bases teóricas para argumentar en favor de la mujer en casos de violencia.

La violencia en el litigio de la disolución del vínculo está presente en algunos casos, pero de forma constante se observa en la violencia patrimonial al momento de la distribución de bienes. En ese sentido, se tiene que valorar la participación de la mujer en la obtención de los bienes, así como el trabajo en el hogar y el aporte que haya hecho para la construcción formal o material de una empresa. De esta manera se busca equilibrar la balanza y garantizar la igualdad objetiva en el caso de la mujer, quien en un 88 % ejerce el cuidado de los hijos e hijas, lo que implica mayores gastos y menos recursos. Esta solicitud, realizada por los litigantes, y la resolución judicial tienen que ser sustentadas con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), así como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), caso contrario, se solventa el desequilibrio con la pensión compensatoria según el artículo 177 del CFN¹¹.

11 El artículo 177 del CFN sostiene lo siguiente:

Pensión compensatoria

La autoridad judicial podrá ordenar también una pensión compensatoria, sustitutiva de la alimenticia, siempre que no exista repartición de bienes entre los cónyuges o convivientes, a fin de evitar el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges puede significar el divorcio [...]. Para ello, la autoridad judicial tendrá en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

- a) Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.
- b) La edad y el estado de salud.
- c) La calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

Al respecto, los jueces de familia deben pronunciarse sobre los daños causados como efecto de la violencia; sin embargo, solamente pueden amparar y garantizar la protección integral mediante el decreto de medidas, equilibrando la distribución de bienes. Es necesario considerar que si los hallazgos encontrados constituyen el tipo penal de violencia física, psicológica y económica, deben conocer y resolver los jueces especializados de violencia.

En algunos casos de divorcio, la violencia ejercida no es clara, pues se presenta a través de hechos específicos, como la insistencia de venta de la casa familiar, la cual constituye su patrimonio, o bien en la exigencia de que los hijos en común deben cambiar de colegio porque no se puede seguir sufragando los gastos. Esto implica para la niñez una afectación en partida doble porque, primero, pierden la estabilidad que se supone tenían en el hogar y, segundo, se registra en ellos una ansiedad comprobada, propiciada por la incertidumbre de no saber con cuál de los progenitores vivirán; además, a esto se le adiciona el desarraigo pretendido de su hogar para comunidad de un adulto. En este particular, se conocen casos en los que, además de las condiciones expresadas, la cónyuge pasaba por una situación de padecimiento en su salud, lo que implicaba someterse a tratamientos especializados.

-
- d) La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales con el otro cónyuge.
 - e) La duración del matrimonio y la convivencia conyugal.
 - f) La pérdida eventual de un derecho de pensión.
 - g) El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
 - h) La distribución equitativa de los bienes adquiridos durante el matrimonio y estos estuvieren inscritos de manera unilateral.
 - i) No poder ejercer una actividad profesional por tener que ocuparse de los hijos o hijas comunes.
 - j) Haber interrumpido su instrucción profesional por razón del matrimonio y desear reanudarla.

La pensión compensatoria cesará cuando la o el cónyuge favorecido contraiga nuevo matrimonio, establezca una unión de hecho estable con otra persona o llegara a tener medios económicos para su sustentación.

En esa misma línea, se observa la protección por circunstancias de salud, mediante la sentencia dictada por el Juzgado Primero de Distrito de Familia, el 18 de noviembre de 2016, a las 9:55 a. m., en la que se consideró oportuno motivar la decisión en los estándares que brindan las 100 Reglas de Brasilia sobre los grupos que se deben proteger en situaciones de riesgos, especialmente porque la enfermedad que enfrentaba la señora era grave. El conflicto familiar la hacía víctima de violencia económica y psicológica, lo que la ubicaba en una situación de doble vulnerabilidad. Por la condición de salud, en este caso se afectó el uso y habitación a favor de los niños. La mujer continuaba ejerciendo la custodia y se decretó una pensión compensatoria para solventar los gastos de salud.

2.3. De las medidas para el grupo vulnerable personas con discapacidad

Las personas con discapacidad que llegan a los tribunales de familia se caracterizan por ser los beneficiarios de la acción jurídica y tutela (en el caso de las personas mayores de edad). En relación con los adultos mayores, se presenta con mayor incidencia la solicitud de incapacidad, la que, según el artículo 31 del CFN, debe ser diagnosticada por los médicos tratantes, el médico legal y el Consejo Técnico Asesor del Tribunal de Familia, y establecer el estado en que se encuentra mediante los informes periciales que cada uno emite según su valoración.

Por la naturaleza del proceso de incapacidad jurídica, se pretende declarar la tutela de la persona que ejercerá el cuidado, la representación y la administración de los bienes del tutelado. El 95% de las personas a las que se les pide declarar su incapacidad jurídica son de la tercera edad, quienes, por su propia condición, presentan disminución de sus facultades. No obstante, la capacidad para decidir sobre la administración de sus bienes, en muchos casos, se encuentra bien, es decir, poseen un buen discernimiento. Esto provoca una mixtura entre la

necesidad de cuidar de la persona, porque sus funciones físicas se han visto debilitadas por el tiempo y las enfermedades, y la facultad mental incólume, con lo cual tiene la capacidad de decidir la administración de sus bienes.

En algunos casos de discapacidad, se observa abuso por parte de los familiares que ejercen el cuidado de la persona. Lo que conlleva, previa comprobación, a una actitud violenta. Por ello, es necesario garantizar su protección mediante la aplicación de medidas de alejamiento de la persona que ejerce violencia.

El tratamiento especializado de protección se puede observar mediante el decreto de medidas de protección a favor de la persona en situación vulnerable derivado de su discapacidad, según el numeral 3 de la segunda sección de las 100 Reglas de Brasilia, que coincide, en cuanto al concepto de deficiencia, con el artículo 3 de la Ley n.º 763, Ley de Discapacidad¹².

La protección que gozan los adultos mayores puede brindarse mediante el decreto de medidas de protección o alejamiento. Así se observa en la sentencia dictada el 27 de mayo de 2016, a las 8:51 a. m., en la que la autoridad judicial protege a la persona en condiciones de triple vulnerabilidad: mujer, anciana y enferma. En el numeral II de la parte resolutive se establece: «Siendo la señora ALS una adulta mayor, requiere vivir de forma adecuada, armoniosa y en paz». Las medidas

12 El artículo 3 de la Ley de Discapacidad indica, entre otros, los siguientes conceptos:

Deficiencia: es toda limitación o alteración adquirida o congénita que afecta las funciones mentales, físicas o sensoriales de las personas. Grado de afectación anatómica, fisiológicas, histológicas de los sistemas orgánicos de las personas.

Discapacidad: es el resultado de la interacción entre la persona con deficiencias y su entorno discapacitante. La discapacidad está enmarcada en las barreras latentes y perpetuas implantadas por la sociedad, que hacen imposible que las personas con discapacidad accedan a la vida social de manera activa, pasiva, directa o indirecta al igual que otro ser humano. La discapacidad, por ende, no es algo que radique en la persona como resultado de una deficiencia.

decretadas fueron la separación de la hija y su núcleo familiar de la casa de la persona de la tercera edad, por maltrato físico, psicológico y económico. Además, se le estableció alimentos a su favor por parte de sus hijos, se ordenó el pago de las rentas que se hacía de un apartamento y se garantizó que el Mifan brindaría seguimiento a las medidas.

La sentencia mencionada en el párrafo anterior fue confirmada en segunda instancia; sin embargo, se interpuso un recurso de amparo en contra de la autoridad judicial de primera instancia, argumentando abuso de autoridad en las medidas decretadas. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante la Sentencia n.º 302 del 26 de julio de 2017, a las 12:48 p. m., en el considerando II, estipuló lo siguiente:

La señora funcionaria recurrida dictó una serie de medidas de protección. Entre ellas, las relacionadas anteriormente, basándose en sus facultades que le concede el artículo 414 del CFN. En ningún momento ha invadido competencia de otro judicial, no se ha pronunciado sobre el dominio y posesión de la propiedad de la señora ALS. No siendo cierto lo aseverado por el representante de los recurrentes, quien expuso que el desalojo de sus representados se decretó dentro de una demanda de familia.

En la parte resolutive de la sentencia de amparo relacionada, la Sala Constitucional declaró la improcedencia del recurso.

En las acciones de alimentos, el tema de la discapacidad se debe tener en consideración para garantizar el derecho alimentario de por vida para los hijos y las hijas. En el decreto del derecho alimentario, se hace imperioso observar las variantes que puede generar el cuidado de la persona con discapacidad si aún es menor de edad, pues muchas veces son sujetos de terapias especiales para lograr mantener la salud estable, y eso genera un mayor gasto al progenitor custodio. En ese sentido, se incrementan los gastos para la manutención y, en consecuencia, el pago proporcional de la participación económica del progenitor no

custodio. Este criterio se puede observar en el considerando 5 de la sentencia de casación, con fecha 30 de marzo de 2020, a las 8:57 a. m., cuando se analiza que en sentencia de primera instancia la autoridad judicial no valoró la condición de discapacidad que tenía uno de los hijos de las partes:

Por lo expuesto, la sentencia recurrida al establecer una pensión alimenticia para el joven JEET, sin atender su situación de discapacidad, violenta las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, y de manera concreta el capítulo I, Sección «finalidad», violación e inobservancia de la norma internacional que se efectúa al no otorgarle al hijo de su representada un trato adecuado a sus circunstancias singulares al momento de establecer la pensión a su favor.

Efectivamente, el Tribunal Supremo, por medio de la sala que conoció, observó las consecuencias que se derivan de la administración de justicia cuando no se toman en consideración los criterios que las 100 Reglas de Brasilia establecen al respecto. Por ello, modificó la sentencia de primera instancia y garantizó al menor de edad la protección debida a la luz de los estándares que contienen las 100 Reglas de Brasilia y ajustó esta a las necesidades objetivas de su condición.

3. LA INTERDISCIPLINARIEDAD Y LAS COORDINACIONES INTERINSTITUCIONALES

Tomando en consideración que el derecho de familia, desde hace aproximadamente tres décadas, ha brindado servicio más allá de la respuesta jurídica, se han incorporado nuevas disciplinas para su desarrollo. Desde una perspectiva multidisciplinaria, esto presenta un enfoque integral de la problemática familiar con estudios de factores endógenos y exógenos que ofrecen a la autoridad judicial o administrativa un enfoque panorámico de las causales del problema familiar; y brinda los elementos suficientes para una respuesta objetiva

ajustada al contexto familiar. Todo esto en concordancia con la regla 58, contenida en la segunda sección, denominada «Comprensión de actuaciones judiciales», de las 100 Reglas de Brasilia.

El punto de partida será identificar en cada planteo del conflicto a las personas vulnerables y el abordaje interdisciplinar para la justicia objetiva. De esta manera, se brindará respuesta más allá de la aplicación de la letra de ley, dándole vida a la normativa, actualizando y contextualizando las fuentes normativas internacionales y nacionales, así como los principios que indican la necesidad multidisciplinar en la identificación de problemáticas. Con ello, se garantiza a la niñez y a las personas vulnerables la participación y correcta aplicación de los principios transversales en materia de familia, el interés superior de la niñez y la autonomía progresiva, que deben ser valoradas de forma correcta, de conformidad con los parámetros establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y las observaciones generales 12 y 14 del Comité de los Derechos del Niño, que constituyen una guía para la valoración judicial en sentencia.

En Nicaragua, el Consejo Técnico Asesor constituye el cuerpo técnico que interviene en casos en que la autoridad judicial considera que requiere de su apoyo para proteger, esto mediante el decreto de medidas de protección. Los informes periciales constituyen una prueba medular que el judicial debe considerar para identificar la situación de vulnerabilidad que tiene la persona que se debe proteger en el conflicto y decidir su protección mediante la aplicación de las medidas contenidas en el artículo 459 del CFN.

La aplicación de las medidas, en dependencia de los hallazgos, se lleva a efecto con el apoyo interinstitucional, coordinando en conjunto con las autoridades involucradas en familia. De forma tal que si la medida decretada por la autoridad judicial conlleva un seguimiento por parte del Mifan, se gira oficio a esta institución para las

coordinaciones. Si la medida requiere terapia psicológica para todo el núcleo familiar, se gira oficio a los centros de salud de la localidad del domicilio de las partes.

Así, la respuesta de la justicia especializada de familia es de corte multidisciplinar con aplicación interinstitucional, de acuerdo con las políticas de coordinación para lograr la protección adecuada, así como la efectividad de la tutela.

4. CONCLUSIONES

1. En Nicaragua, el acceso a la justicia en materia familiar se garantiza mediante la ampliación de competencia que faculta el CFN a las autoridades administrativas y judiciales; y amplía la competencia en materia de alimentos al ámbito notarial. Asimismo, mantiene la gratuidad en todas sus actuaciones y garantiza a los usuarios del sistema una justicia pronta y efectiva, constituyendo así una de las líneas estratégicas del plan decenal del Poder Judicial. Esto se realiza en concordancia con el compromiso del país con los instrumentos internacionales a nivel de convenio y de las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.
2. Nicaragua ha garantizado el acceso a la justicia en los procesos de familia y la aplicación de las medidas oportunas a solicitud de parte o de oficio, que responden a la necesidad de protección de las personas en condiciones de vulnerabilidad. La justicia familiar tiene un enfoque humanista e infantocéntrico con perspectiva de género. Su interpretación sistemática, contenida en el artículo 7 del CFN, brinda la garantía de que los conflictos serán resueltos según la normativa interna e internacional y los principios rectores, con respuesta equitativa y proporcional, garantizando así la efectividad de la tutela jurídica.

3. En el análisis de casos que se plantean en la justicia familiar se toman en consideración las barreras de conductas patriarcales que violentan la igualdad objetiva en el conflicto familiar y que involucran el desarrollo de vida de los grupos vulnerables, que son la niñez, la mujer y las personas de la tercera edad. Se observa, de forma especial, en los procesos de alimentos, la custodia, la disolución del vínculo matrimonial, la distribución de bienes y la declaratoria de incapacidad y tutela. Además, se tienen en cuenta los principios en los instrumentos internacionales, con los cuales Nicaragua ha asumido el compromiso de Estado de aplicarlos y brindar las herramientas para su eficaz uso.
4. En el marco normativo nacional se encuentran identificados los principios de coordinación y cooperación interinstitucional e interdisciplinaria que hacen posible la aplicación de las medidas. Con esto se logra la protección adecuada y el seguimiento oportuno de estas. Asimismo, posibilitan que las instituciones involucradas (el Poder Judicial, el Ministerio de la Familia, Adolescencia y Niñez, y la Defensoría Pública) brinden en conjunto el servicio de justicia, de forma pronta, gratuita y efectiva, tal como propone el contenido de las 100 Reglas de Brasilia en el capítulo IV, que se refiere a la eficacia de estas medidas, que además dependerá de los compromisos y las líneas de acción que cada Estado asuma.

REFERENCIAS

Asamblea Nacional de la República de Nicaragua (1998). Código de la Niñez y la Adolescencia. Ley n.º 287. Managua: 12 de mayo de 1998. https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_la_ninez_y_la_adolescencia_nicaragua.pdf

Asamblea Nacional de la República de Nicaragua (2011). Ley de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ley n.º 763. Managua: 28 de julio de 2011. <http://legislacion.asamblea.gob.ni/NormaWeb.nsf/b92aaea87dac762406257265005d21f7/c9379d54ccde27400625791200572c84?OpenDocument>

Asamblea Nacional de la República de Nicaragua (2014). Código de Familia. Ley n.º 870. Managua: 26 de agosto de 2014. <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/102158/123413/F39376266/LEY%20870%20NICARAGUA.pdf>

Juzgado Primero de Distrito de Familia de la Circunscripción Managua (2017). Sentencia n.º 0195. Managua: 27 de mayo de 2017.

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2018). [Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana]. Quito: abril de 2018. https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2020/02/Reglas-brasilias_web.pdf

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2017). Sentencia n.º 302. Managua: 26 de julio de 2017.



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



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.v3i3.6>

Las Reglas de Brasilia y los derechos del niño o del adolescente en el ámbito procesal

The Brasilia Rules and the rights of the child or adolescent in the
procedural sphere

MANUEL BERMÚDEZ TAPIA

Universidad Privada San Juan Bautista
(Lima, Perú)

Contacto: manuel.bermudez@upsjb.edu.pe
<http://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

RESUMEN

Las Reglas de Brasilia han mejorado los parámetros judiciales y procesales en los últimos años al regular mecanismos de acción judicial a favor de las personas en situación de vulnerabilidad, a quienes se brinda una mejor atención en la protección de sus derechos, por cuanto sus condiciones particulares y especiales son evaluadas bajo una perspectiva que mejora la regla establecida por la ley.

Elementos de evaluación especiales como la perspectiva de género, la atención de necesidades de personas con alguna discapacidad, la atención de derechos e intereses de niños y adolescentes, la tutela de migrantes en situación de desprotección, así como la perspectiva multicultural y bilingüe, son las premisas con las cuales los sistemas

judiciales en América Latina procuran afrontar eficientemente las exigencias que se desarrollan en sus jurisdicciones.

Como patrón de referencia general, los propósitos de las Reglas de Brasilia parecen mejorar el sistema de impartición de justicia. Sin embargo, un análisis más detallado sobre el contexto judicial y la participación procesal, y la evaluación de los conflictos familiares judicializados donde participan niños y adolescentes, permite detallar algunas condiciones que requieren una atención más especial, en particular porque las reglas procesales civiles no toman en cuenta el contexto humano y las circunstancias en las cuales los menores se encuentran en medio de un proceso judicial donde sus progenitores son los principales actores.

Palabras clave: debido proceso; debida diligencia; derechos procesales de niños y adolescentes; derecho procesal de familia; Reglas de Brasilia.

ABSTRACT

In recent years, the Brasilia Rules have enhanced the judicial and procedural parameters because they have regulated mechanisms for legal action in favor of persons in vulnerable situations. Consequently, they receive better attention in the protection of their rights. In effect, the Brasilia Rules improve the particular and special conditions of these persons.

Special evaluation elements include: gender perspective, assistance to persons with disabilities, protection of the rights and interests of children and adolescents, guardianship of unprotected migrants, as well as a multicultural and bilingual perspective. These elements are the premises with which judicial systems in Latin America seek to efficiently address the demands that develop in their jurisdictions.

As a general standard of reference, the purposes of the Brasilia Rules appear to improve the justice administration system. However, a more detailed analysis of the judicial context and procedural participation, and the evaluation of judicialized family conflicts involving children and adolescents, allows us to detail some conditions that require more special attention. In particular, civil procedural rules should take into account the human context and the circumstances in which children find themselves in the middle of a judicial process where their parents are the main actors.

Key words: due process; due diligence; procedural rights of children and adolescents; family procedural law; Brasilia Rules.

Recibido: 03/09/2021 Aceptado: 12/10/2021

1. INTRODUCCIÓN

La evaluación de casos vinculados a conflictos familiares, especialmente cuando participan niños y adolescentes, resulta compleja porque la legislación sustantiva y procesal no detalla elementos referenciales para analizar la participación de esos «sujetos de derechos» en el trámite de un proceso (Bermúdez, 2019b, p. 11).

Esta condición permite analizar y proyectar el modo de vincular el resultado de un proceso judicial respecto del propio desarrollo humano y sociofamiliar del menor, en particular sobre sus progenitores, quienes son los «sujetos procesales» que participan de modo activo y directo durante todo el proceso. Asimismo, es una exigencia que supera la determinación de la especialidad en la cual se analiza un expediente judicial y que puede no tener correlación con el contexto sociofamiliar, por cuanto la «respuesta legal» no siempre atenderá el problema humano en ciernes.

De acuerdo con esta descripción, el conflicto judicializado expone a los niños y a los adolescentes a una situación negativa porque, pese a ser «sujetos con derechos» conforme con la legislación nacional y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, no pueden participar de modo directo en el proceso por no ser «parte procesal», condición que permite evaluar el acceso a la justicia de los hijos de una pareja en un conflicto familiar al acreditarse una situación de vulnerabilidad en dos niveles, dado que son invisibilizados por sus propios progenitores y por el mismo Estado (Bermúdez, 2017b, p. 79).

Los progenitores no logran evaluar objetivamente sus acciones personales y procesales y asumen una condición excluyente de su realidad familiar, perjudicando de modo directo a sus propios hijos. Estos pueden verse afectados con actos que van desde la omisión de la asistencia familiar hasta actos de violencia psicológica, como puede ser la «alienación parental» (Bermúdez, 2007b, p. 7).

Complementariamente, los magistrados son conscientes de que deben aplicar la normatividad para cuando un niño o un adolescente participe en el trámite de un proceso, sea de alimentos, tenencia, régimen de visitas, filiación, etc., pero asumen una condición negativa en cuanto a la efectividad de sus decisiones porque el proceso judicial impone una condición «privada» en la cual el Estado solo podría participar si las mismas partes procesales comunican alguna situación negativa o particular.

Ante esta situación, se presenta un documento de trabajo vinculado a una metodología hermenéutica de tipo cualitativo, basado en un enfoque sistemático e interdisciplinario que permite identificar como objetivo de investigación el panorama procesal que incide en la evaluación de derechos y condiciones de los hijos con progenitores involucrados en un conflicto judicial.

La hipótesis propuesta se vincula al análisis de las Reglas de Brasilia, el cual permite sostener la necesidad que tienen los jueces por superar la evaluación normativa aplicable a cada caso. De esta manera, se podrá garantizar un acceso a la justicia de forma directa y objetiva para los hijos de las partes procesales, sobre quienes, además, se evalúan sus derechos y condiciones de vida familiar, y su alcance económico, porque finalmente son quienes asumirán las consecuencias del conflicto familiar.

2. LOS LÍMITES PROCESALES EN EL ACCESO A LA JUSTICIA PARA NIÑOS Y ADOLESCENTES

Por la interpretación sistemática de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, y la interpretación del artículo 9 del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes sobre el resto de la legislación constitucional, civil, familiar y penal, es posible determinar que los niños y los adolescentes son sujetos de derechos en todo aquello que les pueda favorecer y vincular.

Sin embargo, este patrón normativo requiere ser evaluado en una dimensión práctica, especialmente cuando se analiza el contexto judicial que evalúa un conflicto familiar judicializado, considerando, además, el propio contenido programático del proceso, el cual es detallado en el Código Procesal Civil y el Código de los Niños y Adolescentes, porque, según el Código Civil de 1984, todo menor de edad es «incapaz relativo», salvo que sea declarado «emancipado» o adquiera legalmente la mayoría de edad por matrimonio o por acreditar tener un título profesional.

Consecuentemente, surgen algunas condiciones procesales que no suelen ser abordadas por la realidad judicial y la dogmática especializada en el ámbito familiar (Bermúdez, 2012, p. 69), como las siguientes:

1. El niño o adolescente involucrado en el conflicto de sus progenitores no es parte procesal. En los procesos de filiación, patria potestad, alimentos, tenencia o régimen de visitas, la participación procesal de los niños y los adolescentes es sumamente limitada, tanto por las reglas procesales como por los propios progenitores.

La evaluación de los órganos judiciales tampoco colabora en este ámbito, puesto que la acción judicial se ejecuta recién cuando se supera la etapa de la audiencia (de forma general), y en las situaciones excepcionales de violencia familiar, cuando se invoca la evaluación pericial.

En consecuencia, se genera un panorama que permite detallar la inviabilidad directa, proporcional y efectiva de los derechos de los niños y los adolescentes en el trámite del proceso, pese al contenido material de la Ley n.º 30466, ley que desarrolla el «interés superior del niño» (Bermúdez, 2007a, p. 163).

2. El niño o adolescente involucrado en el conflicto de sus progenitores no actúa de forma autónoma, por más que se pretenda valorar su declaración en el ámbito de un trámite judicial. Existen pocos estudios que analizan el comportamiento personal de un niño sometido a una «alienación parental» durante el trámite de un proceso judicial, en particular porque existen pocas referencias judiciales al respecto. Tampoco existen estudios que evalúen el alcance de la «padrectomía» de un niño, dado que esta «consecuencia» solo podrá ser evaluada en los años posteriores al trámite judicial (Bermúdez, 2009, p. 255).

Igualmente, existen pocos estudios que analizan el impacto de las conductas procesales de los progenitores en los hijos, especialmente cuando estos presentan psicopatologías que inciden en el desarrollo psicológico y familiar de los hijos (Nakash-Eisikovits, Dutra y Westen, 2002, p. 1111).

Por ejemplo, en los ámbitos de la psicología clínica y los estudios jurídicos no se registran textos o investigaciones sobre el efecto *Doppelgänger*, la hibristofilia (South, 2021) o el impacto del síndrome del padre ausente, pese a que los progenitores involucrados en un expediente judicial presentan síntomas que exteriorizan estas referencias psicológicas (Bermúdez, 2018b, p. 261).

3. De forma complementaria, al estar inmerso en un conflicto familiar, el niño o adolescente también debe formar parte del contexto judicial, en el cual se ve forzado a tomar una posición porque no se toma en cuenta su propio contexto psicológico y familiar respecto de sus dos progenitores. Los estudios psicológicos, sociológicos y de la asistencia social, que evalúan el impacto del conflicto familiar en los demás parientes, permiten detallar que su alcance supera el contenido material procesal y judicial que determina un expediente judicial. Por ello, se puede sostener que su incidencia en el desarrollo de un menor de edad, que no ha generado el conflicto entre sus progenitores, estará en proporción al nivel de violencia que desarrollen las partes procesales, y que el sistema judicial no percibe esta situación de forma específica.

Esta situación implica que el proceso judicial detalle una serie de condiciones limitativas a los niños y a los adolescentes en el ámbito judicial y procesal. Situación que nos permite equiparar esta actuación judicial y procesal con la que asume una persona adulta en una situación y un contexto judicial y procesal penal, al ser sometida a una imputación o una acusación fiscal de haber cometido un ilícito penal.

La evaluación comparativa nos permitirá demostrar que la premisa de que el niño o adolescente es un sujeto de derechos, conforme con la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de los Niños y Adolescentes, resulta equivocada. Asimismo, se requiere atender elementos de naturaleza constitucional para garantizar la eficacia

de la condición normativa, tanto porque existe una condición de vinculatoriedad por su vigencia como porque constituye una obligación internacional del Estado peruano.

De este modo, es posible determinar que la situación de vulnerabilidad de un niño o adolescente, involucrado en un conflicto familiar entre sus progenitores, puede provocar la necesidad de configurar su accesibilidad a la justicia, puesto que el nivel de vulnerabilidad está acreditado.

3. LA JUSTICIA COMO VALOR SOCIAL Y PRINCIPIO JURÍDICO EN UN CONTEXTO JUDICIAL

La justicia constituye un valor de extraordinaria referencia en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, esencialmente porque permite la legitimidad de un Estado ante una población en un determinado territorio. Al ser un valor tan trascendental, su búsqueda y materialización permiten legitimar a las instituciones de la administración pública que proveen dicho servicio, lo cual también es, en esencia, una función que representa al Estado.

Estas instituciones permiten identificar la importancia de la justicia en una sociedad democrática, donde la gobernabilidad detalla un equilibrio entre el Estado y su valoración por parte de la población. En caso se registre una situación de inestabilidad o de ineficiencia en la prestación de los servicios de impartición y administración de justicia, el riesgo asumido resulta perjudicial para su propia sostenibilidad (Dakolias, 1999).

Bajo esta premisa, la legitimidad del Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, el Ministerio de Justicia y el Ministerio del Interior, entidades vinculadas al ámbito de la impartición y la administración de justicia en el país, resulta cuestionada,

especialmente porque no logran satisfacer las elevadas exigencias y pretensiones de la población, sobre todo para acceder a una tutela de sus derechos en el ámbito judicial (Tamer, 2013, p. 3).

De este modo, en una evaluación comparativa, el Tribunal Constitucional resulta tener mayor legitimidad social que el Poder Judicial en la impartición de justicia; no obstante, en términos constitucionales, el artículo 138 de la Constitución Política de 1993 otorga un mejor marco de legalidad al Poder Judicial frente al órgano jurisdiccional constitucional, en especial porque se menciona que la potestad de administrar justicia proviene del «pueblo» (población).

Sin embargo, si bien la mayoría de las instituciones estatales resultan criticadas por la comunidad nacional, se aprecia que la ausencia o la limitación en el acceso a una «justicia» resulta un elemento sumamente complejo en el contexto político nacional. De ahí la vinculación directa con el patrón referencial de lo democrático que se asigna a nuestro régimen constitucional (Carrión y Zárate, 2007, p. 209).

Por ello, la tutela de los derechos fundamentales de la persona resulta sumamente priorizada, sobre todo en el terreno jurisdiccional, tanto en el ámbito ordinario del Poder Judicial como en el constitucional del Tribunal Constitucional. No obstante, la interpretación de estos derechos resulta ser difusa, y estos pueden ser evaluados bajo criterios disímiles en los diferentes ámbitos judiciales en los cuales se desarrolla un proceso judicial.

Así, surge una situación muy particular donde elementos filosóficos, políticos y prácticos se contraponen en un expediente judicial, por cuanto en dicho medio puede apreciarse la contradicción entre el «deber ser» y el «ser», donde el derecho, como institución, resulta ser cuestionado por la realidad nacional.

Esta situación es muy crítica si se toma en cuenta que la ley en esencia tiene una legitimidad y una legalidad que no han sido cuestionadas en el ámbito político y dogmático. Por ello, se asume que la norma jurídica resulta vinculante respecto de las acciones que ejecuta un juez en la evaluación de un caso expuesto en un expediente judicial (Ferrajoli, 2001, p. 18). Este es un error que cometen los jueces, principalmente en el ámbito jurisdiccional nacional, en la especialidad de familia, dado que las sentencias no siempre solucionan el conflicto humano en ciernes, así el magistrado quiera asumir un rol hercúleo (Rawls, 1997, p. 17). Y esto porque estos conflictos son muy diferentes a los «conflictos» puros que suelen detallarse en el ámbito comercial o civil, donde solo se debaten derechos e intereses.

La elevada valoración subjetiva y los condicionamientos personales de las partes procesales constituyen elementos que no suelen ser observados por los magistrados en el ámbito de la evaluación de los conflictos familiares y, por consiguiente, en la práctica sobreviene la disfuncionalidad de la sentencia.

A ello se debe agregar dos elementos importantes en el ámbito de la evaluación de los conflictos de naturaleza familiar judicializados:

1. El factor temporal, por cuanto el conflicto familiar no siempre tiene la misma intensidad y condición. Las partes procesales pueden procrastinar, ejecutar un conflicto directo e inmediato a la generación del hecho que provocó la confrontación, o eventualmente asumir condiciones negativas ante la atención del conflicto, desistiendo o abandonando el proceso. En este punto, hacemos especial mención a las partes procesales porque en esencia son los principales actores que generan y participan en el conflicto familiar.

Téngase en cuenta que, en estos ámbitos, las partes procesales también pueden finalizar el conflicto judicial, inclusive el conflicto familiar, con una reconciliación o la toma de una posición mucho

más pacífica respecto de sus intereses. Por esta razón, el conflicto familiar involucra un contexto subjetivo y su evaluación debe implicar la atención de un problema humano.

2. El factor humano, dado que no todo hecho que incida negativamente en los derechos y los intereses de la otra parte puede provocar la ejecución de un proceso judicial. Así, situaciones de extrema violencia pueden dar paso a una etapa de distanciamiento entre las partes en conflicto, y en el tiempo pueden asumir una situación especial de reconciliación, situación válida y aceptada por el Código Civil.

Otro aspecto poco analizado en la doctrina nacional está relacionado con los niveles de negligencia en la tutela de los derechos de los hijos dependientes, por parte del progenitor que posee la tenencia o la tenencia ficta. En este sentido, la escasa ejecución de exigencia del cumplimiento de alimentos o de la atención de cuidados parentales puede incidir en la propia calidad de vida de los hijos, quienes no asumen que, en esencia, quien hizo más daño a su propia realidad fue el progenitor más próximo y no quien hizo la «omisión».

Asimismo, los niveles de responsabilidad parental en este ámbito no han sido estudiados, lo que permite sostener que la evaluación de la vulnerabilidad de los niños en el ámbito judicial es un tema poco evaluado por la doctrina especializada, y afirmar que los niños y los adolescentes en el proceso judicial son invisibilizados.

4. EL CAMBIO DEL CONTEXTO SOCIOFAMILIAR POR EL DESARROLLO DEL HIJO

En todo proceso judicial donde participan niños o adolescentes no se toma en cuenta un factor extrajudicial, el cual responde a un patrón de referencia natural o biológico. Esto corresponde a que los niños y los adolescentes:

1. Crecen y generan nuevas condiciones respecto de la relación individual que establecen con cada progenitor. De este modo, los niños y los adolescentes al inicio del conflicto familiar, aun en casos donde se registra un conflicto familiar judicializado (en un expediente judicial), se convierten en sujetos no procesales que inciden en la calidad e intensidad de un conflicto familiar sin tener vinculación con un proceso judicial.

La mayoría de edad, la generación de nuevos contextos personales e inclusive familiares de los hijos, por ejemplo, cuando estos tienen sus propios hijos, cambian el panorama de las relaciones entre los progenitores, lo que constituye una condición ajena al trámite judicial (Bermúdez, 2017a, p. 109).

Esta referencia incide de modo directo en la evaluación de la vulnerabilidad de los hijos de los progenitores con procesos judiciales en trámite, porque mientras son niños el nivel de afectación puede ser muy significativo y la incidencia negativa puede permitir la evaluación de un posible delito por parte de alguno de sus progenitores. Sin embargo, cuando el adolescente ya se encuentra próximo a cumplir la mayoría de edad, el comportamiento de los progenitores respecto de sus intereses sobre este hijo varía y, por lo general, el nivel del conflicto se reduce porque el hijo asume una condición autónoma con relación a sus propios progenitores.

2. El hecho de que las partes procesales también desarrollan nuevos contextos personales, familiares, sociales, económicos, laborales y profesionales (Glasser y Glasser, 1962, p. 46). El paso del tiempo permite a las partes procesales asumir nuevas condiciones para sí mismos, como también frente a terceras personas, incluyendo su relación con la contraparte procesal. En este sentido, es posible que en el tiempo las partes puedan iniciar o establecer una nueva relación familiar (familia ensamblada), tener nuevos hijos o, eventualmente,

desarrollar una situación o condición especial (minusvalía o desarrollo profesional). Con ello, el nuevo contexto familiar puede provocar un nuevo abanico de situaciones conflictivas (Dunn, O'Connor y Cheng, 2005, p. 223).

Ambos factores inciden radicalmente en la legitimidad, la legalidad y la sostenibilidad de la sentencia judicial y permiten a las partes procesales:

1. Modificar de forma unilateral sus obligaciones y derechos respecto de la relación individual de cada progenitor frente a los hijos.
2. No ejecutar ninguna acción judicial o procesal de reclamación por acto de incumplimiento, por parte de la contraparte procesal. Esto suele ser asumido como síndrome de burnout (Llaneza, 2007, p. 532), por cuanto se evidencia un desgano en la ejecución de actos en el ámbito judicial ante el incumplimiento de las obligaciones por parte de la otra parte procesal.

5. LA ACTUACIÓN INDIVIDUAL DE UN NIÑO O UN ADOLESCENTE EN EL ÁMBITO PROCESAL Y JUDICIAL RESPECTO DE LA MISMA CONDICIÓN POR PARTE DE UN IMPUTADO EN EL ÁMBITO PROCESAL PENAL

Tomando como válido el hecho de que todo sujeto de derechos cuenta con determinados derechos fundamentales, como acceder a una defensa legal (oportuna y eficiente), participar en un proceso judicial bajo las reglas del debido proceso, acudir a un órgano jurisdiccional para requerir una tutela judicial efectiva o participar en un proceso judicial en un plazo razonable, por citar solo algunos, debemos mencionar que estos elementos no siempre son efectivos en el ámbito judicial.

Este defecto no cuestiona la legitimidad y la institucionalidad de los órganos jurisdiccionales de forma absoluta, pero sí genera una situación negativa en los ciudadanos que deben asumir una participación en un proceso judicial. Entonces, sobre esta referencia podemos detallar dos situaciones comparativas muy específicas en el ámbito jurisdiccional familiar y penal, donde es posible ubicar a un niño o a un adolescente y a un imputado:

Tabla 1

Evaluación comparativa	Niño o adolescente	Imputado en el ámbito penal
Condición procesal	No es parte procesal.	Es parte procesal.
Asignación de abogado de oficio	Salvo en los casos donde se evalúa la responsabilidad penal de un adolescente infractor, los niños y adolescentes, en el ámbito judicial, no cuentan con una asistencia letrada de forma autónoma frente a la que desarrollan sus progenitores.	Es una garantía y un derecho del imputado contar con una asistencia letrada en su defensa, y esta debe ser oportuna y eficiente.
Evaluación de sus derechos en el ámbito del inicio del proceso judicial	Debe ejecutarse al menos la admisión de una demanda o la validez de una denuncia penal para iniciar la tutela de sus derechos.	Es automática e inmediata a la actuación estatal.
Evaluación de las pericias en los procesos donde participa	Dependerá del trámite procesal ejecutado por sus progenitores para evaluar el tiempo y el modo en el cual se le ejecuten las pericias que determine el órgano judicial.	Se ejecuta de forma inmediata a la intervención de los órganos jurisdiccionales.
Acceso a remedios procesales para la tutela de sus derechos	En función de la acción procesal de un progenitor o representante procesal.	Es de forma automática.
Acceso a información referencial del trámite y desarrollo del proceso	En función de la edad del niño o del adolescente, y la información proporcionada es limitada.	Es obligatoria y genera una condición favorable al imputado si no conoce la imputación.

Fuente: Elaboración propia.

Consecuentemente, es posible detallar, sobre el alcance de la tabla comparativa, que un niño o un adolescente tiene «menos» derechos que un imputado en el ámbito judicial y procesal penal. Esto se desprende de la propia evaluación normativa aplicable en la evaluación comparada.

Por tanto, corresponde enfatizar que al tratarse de un sujeto «de derechos», esta conclusión preliminar no podría ser válida en un Estado de derecho democrático y social porque en esencia en el Código de los Niños y Adolescentes se regula el «interés superior del niño», en tanto existe una obligación internacional asumida por el Estado peruano según lo detallado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sin embargo, la realidad permite detallar otro punto de vista y evidencia la necesidad de modificar el patrón de evaluación jurisdiccional que se desarrolla en el ámbito de la especialidad del derecho familiar.

6. LA ASISTENCIA LETRADA A TODO SUJETO DE DERECHOS

Conforme con los puntos preliminares, es posible enfatizar la importancia y la vigencia de la garantía de que todo sujeto de derechos tiene derecho a una asistencia legal oportuna y eficiente porque en esencia esta condición se vincula con:

1. La obligatoriedad de atender al niño o al adolescente que participa en un proceso judicial, especialmente cuando se registra un conflicto entre sus progenitores, de acuerdo con los alcances del metaprincipio del «interés superior del niño» (Bermúdez, 2019b, p. 53).
2. El derecho de acceder a una tutela judicial efectiva en un nivel de oportunidad inmediato a la condición que impone la participación o el involucramiento de un niño o un adolescente en un proceso judicial en el cual participan sus progenitores.
3. La imparcialidad que debe desarrollar el órgano jurisdiccional, en particular cuando observa que los progenitores suelen asumir una correcta defensa de los intereses y los derechos de sus hijos, que en esencia provoca un conflicto de intereses con su propia participación procesal en el trámite de un proceso judicial.

4. La importancia de flexibilizar el ámbito judicial para generar una condición de sensibilidad social a favor de un niño o un adolescente involucrado en un trámite judicial por registrarse un conflicto entre sus progenitores.

En este sentido, se debe tener en cuenta que el trámite de los medios probatorios de oficio y las actuaciones procesales se suelen ejecutar en un tiempo posterior a la denuncia o el planteamiento de una demanda, y esto constituye una limitación objetiva en la defensa de los derechos del niño o el adolescente por parte de los magistrados (jueces y fiscales).

Lo mencionado podría permitir que el juez tenga en cuenta que su sentencia deberá ser «interpretada» en un contexto de temporalidad y de generación de nuevas condiciones entre las partes procesales, razón por la cual es posible detallar que, en el ámbito judicial penal, a todo condenado o procesado, en casos especiales, se le puede imponer la ejecución de algunas acciones que informen al juzgado sobre su condición. Esta referencia no se da en el ámbito judicial, familiar o civil, especialmente porque el niño o el adolescente no es sujeto procesal.

Bajo estas condiciones es viable plantear la contradicción entre la regulación detallada en la normatividad y el ejercicio de tales derechos (Martínez-Pujalte, 1997).

7. EL DIVORCIO ENTRE LA REALIDAD Y EL ÁMBITO JUDICIAL EN DONDE PARTICIPA UN NIÑO O UN ADOLESCENTE

De lo expuesto en los puntos preliminares, es posible detallar que la mayor parte del «problema» en evaluación debe ser atribuido al legislador y no al juez. Es el primero quien ha estado actuando en total desconocimiento de cómo se están dando las condiciones y situaciones que se registran en el ámbito judicial, en particular en el ámbito evaluativo de conflictos familiares.

Las principales razones de esta actuación negativa parten de los siguientes hechos complementarios:

1. Un total desconocimiento de la realidad judicial y procesal, especialmente por la ausencia de una preparación profesional que lo vincule con la realidad nacional.
2. Una actuación negligente en la evaluación del ámbito normativo aplicable a la tutela de derechos de las personas que forman parte de grupos vulnerables o en situación de vulnerabilidad.
3. Un desconocimiento de los parámetros legales, procesales, judiciales e institucionales en los cuales intervienen las partes procesales y los miembros de una familia en crisis en el ámbito judicial.
4. Una desidia respecto de la reforma del Código Civil de 1984, en particular porque en las últimas legislaturas en el Congreso de la República han participado congresistas que forman parte de organizaciones de carácter religioso que se han opuesto a toda reforma y actualización de la legislación familiar, sin tomar en cuenta el contexto de la realidad social.

Sin embargo, estos elementos no validan ni justifican la actuación del juez en el ámbito de la evaluación de los derechos fundamentales de un niño o un adolescente que participa en un proceso judicial promovido por sus progenitores.

Por ello, es posible identificar algunos defectos en la práctica judicial de los magistrados nacionales:

1. La ponderación sobrevalorada de la legislación frente a un contexto que requiere la aplicabilidad de principios jurídicos o la tutela de derechos en función de una interpretación progresiva de los derechos humanos, sobre la base de la validación de un derecho natural o en función de la aplicabilidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Bermúdez, 2018a, p. 27).

El excesivo formalismo, detallado por el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes de 1984 y 2000, respectivamente, resulta disfuncional en el contexto contemporáneo. Basta con detallar que aún se registra la vigencia de instituciones jurídicas que resultan inconstitucionales («hijo alimentista») o disfuncionales («causales de divorcio»).

2. La evaluación conjunta del derecho de defensa, de participar en un proceso bajo las reglas del debido proceso o de requerir una tutela judicial efectiva no son vinculantes cuando se evalúa la participación de un niño o un adolescente, permitiéndose que las partes procesales puedan ejecutar actos que provoquen una acción negativa en los derechos de sus propios hijos.
3. No se ha tomado en cuenta la constitucionalización del derecho de familia desarrollado en el ámbito judicial, especialmente porque no se ejecutan acciones de garantía a los derechos fundamentales de los niños y los adolescentes que participan en un proceso judicial, puesto que estos no son parte procesal (Bermúdez, 2011).

8. ¿LOS NIÑOS O LOS ADOLESCENTES ESTÁN LIMITADOS POR SUS PROPIOS PROGENITORES?

El contexto comparativo previo resulta referencial para la evaluación y la atención de derechos fundamentales, pero también es válido para analizar el alcance que implica el hecho de que un niño o un adolescente esté inmerso en un conflicto familiar.

La propia normatividad aplicable a la evaluación de procesos judiciales en los que participa un niño o un adolescente, en la especialidad de familia, civil o penal, permite detallar la obligatoriedad de los magistrados a valorar elementos objetivos, ello provoca como resultado que no presten atención a situaciones especiales, en particular porque no es posible registrar:

1. Una intermediación judicial efectiva. Véase en este contexto el factor temporal en el cual los magistrados conocen o interactúan con las partes procesales.
2. Una evaluación imparcial de los hechos. Téngase en cuenta que el contexto formal y procesal permite detallar solo un ámbito específico del conflicto familiar y, por lo general, los hechos no detallados en el expediente judicial resultan ser más referenciales que lo expuesto en los fundamentos de hecho.

Por ello, resulta cuestionable que los jueces no puedan evaluar el contexto procesal que se detalla en el ámbito judicial cuando las partes tienen varios procesos en trámite. Este hecho permite detallar el efecto *Doppelgänger* que suelen generar las partes procesales toda vez que denuncian hechos o plantean demandas civiles o de naturaleza familiar en mérito de acciones maliciosas o temerarias, cuando en esencia pudieron provocarlas o han tenido vital participación en el desarrollo del conflicto con la contraparte.

Desde nuestra perspectiva, los niños y los adolescentes que se encuentran en medio de un conflicto entre sus progenitores desarrollan una condición psicológica y legal inferior a la de un detenido o un imputado en el ámbito procesal penal porque estas últimas personas cuentan con la garantía de ejecutar de modo autónomo y directo la defensa de sus derechos. En cambio, los niños y los adolescentes no pueden actuar de forma autónoma, independiente, discrecional o en libertad cuando son involucrados en un proceso judicial donde sus progenitores (o uno de ellos) es parte procesal.

Consecuentemente, la evaluación de la libertad de estos niños o adolescentes resulta invisible en el trámite judicial y ante ello surgen casos que se agudizan en el tiempo, como sucede cuando hay una situación de obstrucción de vínculo, que genera de forma complementaria actos

de alienación contra el progenitor sin tenencia (preferentemente), que pueden provocar casos de padrectomía (Bermúdez, 2012).

La misma situación se desprende en el ámbito de la evaluación de un proceso de alimentos, en el que la exigibilidad de estos suele depender de la valoración subjetiva de las partes en conflicto, lo que puede provocar la sustracción del hijo o la omisión de la prestación de alimentos.

La secuencialidad de estos procesos judiciales permite apreciar un elemento registrado en el ámbito del Poder Judicial y del Ministerio Público porque las partes procesales son registradas en las estadísticas; sin embargo, los jueces no toman en cuenta:

1. El contexto judicial y temporal de lo que se ejecuta o desarrolla en otro expediente judicial. La autonomía de cada proceso judicial implica una evaluación exegética de la realidad familiar en evaluación e incide en el incremento de la violencia entre las partes en conflicto.
2. Las pericias o los medios probatorios evaluados en el ámbito del desarrollo de otros procesos judiciales. En este sentido, es posible detallar que un proceso penal donde se evalúa un caso de feminicidio no necesariamente provocará un proceso de divorcio entre el feminicida y la víctima.
3. Las condiciones en las cuales concurre un niño o un adolescente en un proceso judicial. En particular cuando este participa de una declaración testimonial o una audiencia, puesto que no puede comprender el alcance de su propia declaración, que se hace ante extraños y en un ambiente hostil y ajeno a su realidad.

9. LAS CONTRADICCIONES PROCESALES EN EL ÁMBITO COMPARATIVO ENTRE UN IMPUTADO Y UN NIÑO O UN ADOLESCENTE QUE PARTICIPA EN UN PROCESO JUDICIAL

Ténganse en cuenta los siguientes elementos:

1. El niño o el adolescente no puede comprender a cabalidad el contexto legal, procesal y familiar detallado por el juez, el fiscal, el perito o sus progenitores. La información resulta ser un elemento poco valorado en el ámbito del trámite judicial de un expediente cuando participa un niño o un adolescente, sin importar la especialidad judicial.
2. El niño o el adolescente no tiene derecho a guardar silencio. Nótese este punto comparativo que resulta sumamente gráfico respecto del derecho que tiene un adulto y que no puede ser equiparado cuando se trata de un niño o un adolescente que participa en un proceso judicial.
3. El niño o el adolescente no puede invocar una defensa autónoma de sus derechos porque no comprende el alcance de esta garantía ni tiene los medios para ejecutarla (Cummings y Davies, 2011, p. 53). En casos donde los progenitores están inmersos en la evaluación de sus pretensiones en un contexto judicial, la exclusión de los derechos de sus hijos ante la defensa de sus intereses suele ser un factor referencial. Esto sucede cuando se argumentan pretensiones como:
 - 3.1. La suspensión de derechos vinculados al ámbito de la patria potestad o de visitas sin la referencialidad probatoria que justifique tal acción.
 - 3.2. El incumplimiento de las disposiciones judiciales por comportamiento discrecional de una parte procesal, a pesar de que no existe motivación objetiva para ello ni se registra la validación de dicha acción ante el ámbito judicial.

La participación de los abuelos o los tíos tampoco resulta válida porque estos pueden actuar de forma complementaria a la defensa de los intereses del familiar que es el progenitor del niño o del adolescente.

4. El derecho a un reconocimiento médico o psicológico. Cuando se registra un conflicto familiar judicializado, las pericias médicas, psicológicas o psiquiátricas suelen ejecutarse en el trámite del proceso judicial, mientras que una persona adulta imputada de cometer un delito es sometida a tal evaluación de forma inmediata a la acción represiva del Estado.

10. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES INVOLUCRADOS EN UN CONFLICTO FAMILIAR SEGÚN LAS REGLAS DE BRASILIA

De acuerdo con lo detallado, es posible evaluar el alcance de las Reglas de Brasilia en el trámite de un proceso judicial (Andreu-Guzmán y Courtis, 2008), bajo las siguientes condiciones y a favor de todo niño o adolescente involucrado en un contexto judicial provocado por sus progenitores:

1. Los niños y los adolescentes, de forma independiente al contexto sociofamiliar detallado en un proceso judicial, son personas en condición de vulnerabilidad (primera regla). Por tanto, los jueces de todas las especialidades deben tener especial cuidado en la evaluación de los derechos y las obligaciones de los progenitores respecto de sus hijos.

En este ámbito, el acceso a la justicia supera la referencia de la participación en el proceso para expresar su opinión, conforme con lo que detalla el Código de los Niños y Adolescentes. Esto a razón de la primera regla, que detalla que los servidores y los operadores del sistema de justicia deberán otorgar un trato adecuado a sus

circunstancias personales, y ello supera el procedimiento usual que impone la legislación civil, constitucional, familiar y procesal civil al menor de edad, quien no siendo parte procesal debe ser considerado beneficiario de la segunda regla.

2. El nivel de atención a los niños y a los adolescentes es superlativo y permite que el juez, sin importar la naturaleza del proceso judicial, pueda evaluar la autonomía del menor de edad respecto de sus progenitores, considerando la cuarta regla.

En este punto, es importante detallar que los niños y los adolescentes en familias ensambladas permiten que los progenitores no biológicos puedan ejecutar acciones de tutela a favor de los hijos de la pareja, como ha sucedido en las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: Sentencia n.º 09332-2006-PA/TC, caso Reynaldo Shols, y Sentencia n.º 02478-2008-PA/TC, caso padrastro presidente de Apafa (Bermúdez, 2019a, p. 110).

3. Conforme con la vigésimo cuarta regla, se debe tener en cuenta que los niños y los adolescentes, ante un conflicto familiar, deben ser identificados como personas en vulnerabilidad por los jueces, fiscales, abogados, policías y toda persona que forma parte del sistema judicial, incluidos los peritos.

En este ámbito, es conveniente tener en cuenta que en la evaluación pericial de los daños que puedan generarse en los niños y en los adolescentes, aquellos deben ser evaluados tanto en su temporalidad como en su incidencia respecto de su propio desarrollo personal y familiar. Este elemento exige la variación de los mecanismos de evaluación que actualmente existen y que permiten mejorar la vigésimo sexta regla, respecto de la mejora de procedimientos judiciales que garanticen un acceso a la justicia a todo menor de edad en situación de vulnerabilidad.

REFERENCIAS

- Andreu-Guzmán, F. y Curtis, C. (2008). Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. En Ministerio Público de la Defensa - Defensoría General de la Nación, *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia* (pp. 51-60). Defensoría General de la Nación.
- Bermúdez, M. (2007a). El desarrollo estatal, jurisdiccional y familiar de la protección del interés superior del niño. *IUS Doctrina*, (8), 163-173.
- Bermúdez, M. (2007b). La violencia familiar invisible provocada por la separación o divorcio. *Campus. Revista de la Escuela de Postgrado de la UPAO*, 2(3), 7-33.
- Bermúdez, M. (2009). El síndrome de alienación parental. *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, (44), 255-284.
- Bermúdez, M. (2011). *Constitucionalización del derecho de familia*. Editorial Caballero Bustamante.
- Bermúdez, M. (2012). *Derecho procesal de familia*. Editorial San Marcos.
- Bermúdez, M. (2017a). *El derecho de familia en la postmodernidad*. Universidad Privada Antenor Orrego.
- Bermúdez, M. (2017b). *Los derechos y obligaciones paterno filiales*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Bermúdez, M. (2018a). El conflicto familiar como problema humano y el vínculo familiar a ser tutelado. *Revista de Derecho de la UCB*, 2(3), 27-44.
- Bermúdez, M. (2018b). El efecto Doppelgänger en los conflictos de familia judicializados. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (60), 261-268.

- Bermúdez, M. (2019a). *Elementos procesales y probatorios en el derecho de familia*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Bermúdez, M. (2019b). *La evaluación constitucional de derechos en el derecho de familia*. Gaceta Jurídica.
- Carrión, J. y Zárate, P. (2007). *Cultura política de la democracia en el Perú, 2006*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Cummings, M. y Davies, P. (2011). *Marital conflict and children. An emotional security perspective*. The Guilford Press.
- Dakolias, M. (ed.). (1999). *Court performance around the world. A comparative perspective*. World Bank.
- Dunn, J., O'Connor, T. G. y Cheng, H. (2005). Children's responses to conflict between their different parents: mothers, stepfathers, nonresident fathers, and nonresident stepmothers. *Journal of Clinical Child and Adolescent Psychology*, 34(2), 223-234.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Glasser, P. H. y Glasser, L. N. (1962). Role reversal and conflict between aged parents and their children. *Marriage and Family Living*, 24(1), 46-51.
- Llaneza, F. (2007). *Ergonomía y psicología aplicada: manual para la formación del especialista*. Lex Nova.
- Martínez-Pujalte, A. (1997). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Nakash-Eisikovits, O., Dutra, L. y Westen, D. (2002). Relationship between attachment patterns and personality pathology in adolescents. *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*, 41(9), 1111-1123.
- Rawls, J. (1997). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica.

South, S. C. (2021). Pathology in relationships. *Annual Review of Clinical Psychology*, (17), 577-601.

Tamer, V. (2013). *Legitimidad judicial en la garantía de los derechos sociales: especial referencia a la ejecución penal en Brasil*. Universidad de Salamanca.



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.v3i3.7>

Las personas menores de edad como víctimas y ofensoras en delitos sexuales

The minors as victims and offenders in sex crimes

MARIANELA CORRALES PAMPILLO

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial
de San José

(San José, Costa Rica)

Contacto: corpampillo@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-1129-5329>

RESUMEN

La condición jurídica de la niñez a partir del paradigma de la protección integral, luego de treinta años de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, sigue presentando retos que buscan hacer efectivos los derechos humanos inherentes a todos los niños, las niñas y los y las adolescentes. Desde el principio de la autonomía progresiva de la persona menor de edad se reconoce el ejercicio paulatino de sus derechos. Entre estos se encuentran los derechos sexuales, que exigen control y protección del Estado para evitar procesos de victimización. La reducción del inicio de la responsabilidad penal en contraposición de la mayor tutela de la niñez, a través de la

penalización de conductas, puede generar incongruencias normativas, cuya solución puede implicar la flexibilización de las garantías procesales o la impunidad de conductas graves.

Palabras clave: autonomía progresiva de la persona menor de edad; conductas disruptivas; principio de interés superior del niño; paradigma de la protección integral.

ABSTRACT

Thirty years after the approval of the Convention on the Rights of the Child, the legal status of children, based on the paradigm of comprehensive protection, continues to present challenges that seek to make effective the human rights inherent to all children and adolescents. From the principle of progressive autonomy of minors, the gradual exercise of rights is recognized. Among these we have sexual rights, demanding control and protection by the State to avoid victimization processes. The reduction of the beginning of criminal responsibility as opposed to the greater protection of children, through the criminalization of conducts, may generate normative incongruities, whose solution may involve the relaxation of procedural guarantees or impunity of serious conducts.

Key words: progressive autonomy of the minor; disruptive behaviors; best interest of the child principle; comprehensive protection paradigm.

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

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, la Convención), el 20 de noviembre de 1989, en el marco de las Naciones Unidas, sin discusión alguna, implicó un cambio radical en la manera como jurídicamente se situaba a los niños, las niñas y los y las adolescentes en el contexto social. Este hecho marcó una ruptura desde lo formal con el modelo dominante hasta entonces —el cual estaba basado en el paradigma de la situación irregular—, para abrazar uno nuevo. Este sería el de la protección integral, que implica ubicar al menor de edad como protagonista de su historia, poseedor en ejercicio de derechos y obligaciones (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989).

Con la promulgación de la Convención cambió de forma drástica todo el sistema de regulación sobre la situación de la niñez en cada uno de los países suscriptores. Aunque conceptos como el interés superior del niño o la protección continuaban siendo pilares esenciales al referirse a la población menor de edad, sus alcances y contenidos variaron significativamente, al estar insertos en este nuevo modelo (Llobet, 2014), que tiene como base el claro e inequívoco reconocimiento de la dignidad intrínseca de las personas menores de edad, denominadas niñas o niños, con derechos inalienables como seres humanos plenos, libres e independientes (Beloff, 2009).

Este último punto, que pareciera ser algo sencillo, supuso un cisma en las bases mismas de la visión de la niñez y los sistemas de control social que operan sobre ella. Esto debido a que si bien toda la población menor de edad tiene derechos y el Estado está en la obligación de garantizar el ejercicio efectivo de estos, la normativa y las estructuras formales deben diferenciar entre protección y responsabilidad de las personas menores de edad.

2. EL PARADIGMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

En el Plan de Acción para la Aplicación de la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, se puede leer: «No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana» (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1990, párr. 36).

Para iniciar nuestra reflexión resulta indispensable resaltar que después de treinta años la cita anterior sigue teniendo absoluta vigencia. Sin embargo, todavía sigue pendiente la tarea de asegurar que para cada niño, niña y adolescente haya oportunidades de desarrollo y crecimiento, sin que su etnia, situación socioeconómica, sexo o nacionalidad sean un obstáculo.

La Convención, a lo largo de sus 54 artículos, reconoce que la población menor de edad, compuesta por aquellas personas que no han alcanzado los dieciocho años, tiene derechos. Se les da a niños, niñas y adolescentes la condición de sujetos de derecho, que pueden exigir que se les garantice su pleno desarrollo físico, mental y social. Como integrantes de la sociedad, tienen derecho a expresar libremente sus opiniones, principalmente en aquellos asuntos en que se decida su presente y su futuro. De esta manera, pueden disfrutar el más alto nivel de salud posible y vivir libres de violencia, entre ellas la violencia sexual.

Si bien la Convención es, sin duda alguna, el instrumento de derechos humanos de la niñez más importante, esta debe analizarse en conjunto con los principios fundamentales de las Naciones Unidas y las normas de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 19

reconoce el principio de igualdad y visibiliza la especial condición de la niñez que obliga a efectuar un trato diferenciado (Opinión Consultiva n.º 17, 2002).

El derecho convencional en su conjunto, y en particular la Convención, reafirma la necesidad de proporcionar a niños, niñas y adolescentes la protección y asistencia especial, debido a la condición de vulnerabilidad que representa su edad; asimismo, destaca el papel primordial que tiene la familia en lo que respecta a la responsabilidad de brindar protección y aseguramiento de derechos a sus hijas e hijos menores de edad. Aunado a lo anterior, se hace especial énfasis, en este cuerpo normativo —en el que la situación de la niñez es un tema de interés supranacional, y es responsabilidad de los Estados asegurar la protección jurídica y no jurídica de esta población antes y después del nacimiento—, al respeto de los valores culturales de la comunidad de la persona menor de edad y el papel crucial de la cooperación internacional para que los derechos de niños, niñas y adolescentes se hagan realidad.

Los principios básicos para la protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, que se desarrollan en los 54 artículos de la Convención, son la igualdad o no discriminación, el interés superior de la persona menor de edad, la efectividad y prioridad absoluta, la participación solidaria o principio de solidaridad y los derechos humanos de las personas menores de edad. Debido al interés de este artículo, nos limitaremos a la discusión sobre estos últimos puntos.

En el paradigma de la protección integral y en los instrumentos convencionales de derechos humanos, como lo son la Convención sobre los Derechos Humanos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos, se definen un conjunto de derechos como esenciales, universales, interdependientes y comunes a todas las personas menores de edad y que, en principio, son obligatorios para todos aquellos Estados

que ratificaron la Convención. Se pueden destacar cuatro grupos de derechos básicos de la niñez: a) la supervivencia, b) el desarrollo, c) la participación y d) la protección.

Dentro del grupo de supervivencia se puede considerar el derecho a la vida, comprendido en un sentido amplio, que implica tanto el derecho a la vida física como el derecho a contar con condiciones para una vida digna en la que se garantice el desarrollo integral de la persona menor en los ámbitos moral, cultural y social. Asimismo, en este grupo se considera el derecho a la salud, a la seguridad social, a la no participación en conflictos armados y a la asistencia humanitaria.

Dentro del grupo de los derechos al desarrollo podrían considerarse el derecho a la educación, a la cultura y recreación, al nombre y a la nacionalidad, y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

En el grupo de los derechos de participación se incluyen aquellos que representan un valor esencial para el ejercicio de la ciudadanía e interrelación democrática. Se tienen en cuenta en esta categoría el derecho a la libertad de expresión e información, el de opinión y el de asociación.

Finalmente, y al ser este el grupo de especial importancia para la discusión que propone el presente artículo, se tiene el grupo de derechos de protección, que son aquellos que contemplan el derecho de toda persona menor de edad a estar protegida contra situaciones de cualquier naturaleza que le sean adversas y vulneren sus derechos como niños, niñas y adolescentes. En esta categoría se encuentran el derecho a la protección contra toda forma de explotación, perjuicio, violencia, abuso físico, sexual o mental, maltrato o descuido; el derecho a la protección por su condición de ser personas menores refugiadas; el derecho a la protección, al ser sometidas a un proceso penal; así como el derecho a la protección contra la venta, el secuestro o la trata, ejecutados con cualquier fin o en cualquier forma, y la protección contra el uso ilícito de estupefacientes.

Se tratará, a partir de este punto, el derecho de toda persona menor de edad a una vida libre de violencia y, con ello, su derecho a la protección contra el abuso sexual frente a su derecho al desarrollo de su sexualidad y al de protección especial ante los sistemas judiciales (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989).

Costa Rica es uno de los países que ratificó la Convención y la convirtió en parte de su derecho interno. Como consecuencia de ello, el país reformó su normativa en relación con las personas menores de edad, y promulgó un conjunto de leyes que pretendieron dar cumplimiento a los compromisos adquiridos al ratificar la Convención, de manera que esta regulación se bifurcó en dos grandes grupos temáticos: protección y responsabilidad penal.

En 1996, con la Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ), acompañada luego por la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, se dejó atrás el modelo tutelar de menores, que tenía como base el paradigma de la situación irregular, y se creó una materia que, con el paso de los años, logró convertirse en materia especializada dentro de la estructura del Poder Judicial, separada de la jurisdicción de familia y dentro de la organización de la jurisdicción penal, que regula los procesos judiciales en contra de los menores de edad que tienen conflicto con la ley penal.

En 1998 se promulgó el Código de la Niñez y la Adolescencia bajo la Ley n.º 7739, la cual brinda un desarrollo concreto de los derechos de los menores de edad, sus obligaciones y los mecanismos de derecho interno para su protección y promoción.

3. SEXUALIDAD Y NO VIOLENCIA CONTRA LA NIÑEZ

Para efectos de la Convención, una persona será considerada menor de edad hasta los dieciocho años. El Código de Niñez y Adolescencia (1998) establece que niño es la persona entre cero y doce años; y

adolescente, entre doce y dieciocho años. Estas diferenciaciones resultan relevantes, porque la esfera de protección jurídica de la niñez obliga a establecer mayores garantías y salvaguardas cuanto menos edad tenga una persona.

Independientemente de la capacidad penal que pueda tener una persona menor de edad, conforme con lo dispuesto por la LJPJ, los niños, las niñas y los y las adolescentes se encuentran en una etapa incipiente de su desarrollo psíquico, físico, moral y sexual, motivo por el cual, pese a tener derechos y obligaciones, no están en la capacidad plena del ejercicio de dichos derechos.

Se reconoce que la condición especial de dependencia de los menores de edad frente a los adultos, así como el hecho de que por su edad y recursos cuenten con menos herramientas sociales, físicas y emocionales frente a la población adulta, los coloca en una condición de vulnerabilidad, en tanto la interacción puede estar marcada por la asimetría en el ejercicio del poder.

Si se tiene claro que en la niñez el desarrollo psicosocial es incipiente, debe ser claro también que esto limita de forma importante la capacidad de comprensión de la trascendencia e implicaciones de algunos actos, entre ellos los de naturaleza sexual.

Partiendo del hecho de que la sexualidad es natural al ser humano, el despertar sexual es, a su vez, natural y propio de las personas adolescentes. No obstante, este proceso debe ser seguro, sano, voluntario y darse en condiciones de igualdad, acorde con su grado de desarrollo físico, emocional y biológico. Contrario a lo anterior, cuando el despertar de la sexualidad se da en un contexto de asimetría, violencia, poder y control, no puede hablarse de un sano y progresivo reconocimiento de su propia sexualidad, sino que se trata de relaciones desiguales marcadas por el poder, que son altamente lesivas.

La comprensión de lo anterior no debería llevar a dudas cuando se trata de interacciones sexuales entre personas menores de edad y personas adultas, pero pareciera que generan confusión cuando se trata de comportamientos sexuales entre personas menores de edad.

Como se indicó anteriormente, el derecho internacional de los derechos humanos de la niñez reconoce los mismos derechos que tienen las personas adultas, más las propias de la edad. De ahí que sea obligación de los Estados parte de la Convención asegurar el cumplimiento efectivo de estos.

El Comité de los Derechos del Niño (CDN) de la Organización de los Derechos Humanos es uno de los siete órganos de los Tratados de Naciones Unidas, cuya función es supervisar la aplicación de la Convención, así como de sus protocolos facultativos. A través de las observaciones generales, el CDN emite la interpretación del contenido de la Convención. De ahí que, independientemente del valor que el derecho interno le dé a estos instrumentos, los Estados, al ratificar la Convención, reconocen la importancia de este órgano y de sus observaciones generales.

En la Observación General n.º 13, que desarrolla el derecho de las personas menores a no ser objeto de ninguna forma de violencia, lo cual se contempla en el artículo 19 de la Convención, el CDN de forma categórica indica que la violencia contra niños, niñas y adolescentes no es justificable y es prevenible. Para efectos del artículo 19 de la Convención, la violencia contra una persona menor de edad es «toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual». De ahí que sea obligación de los Estados su prevención. En esta observación, el CDN señala en las referencias conceptuales lo siguiente:

Constituye abuso sexual toda actividad sexual impuesta por un adulto a un niño contra la que este tiene derecho a la protección del derecho penal. También se consideran abuso las actividades sexuales impuestas por un niño a otro si el primero es considerablemente mayor que la víctima o utiliza fuerza, amenazas u otros medios de presión. Las actividades sexuales entre niños no se consideran abuso sexual cuando los niños no superan el límite de edad establecido por el Estado parte para las actividades sexuales consentidas (nota a pie de página n.º 9, párr. 25).

A partir de lo expuesto, resultan acordes con el marco internacional de derechos humanos de la niñez las reformas legislativas en los países de la región tendientes a penalizar las relaciones impropias y aumentar la edad del consentimiento para las relaciones sexuales.

Toda persona menor de edad, sea niño, niña o adolescente, tiene derecho a crecer en un ambiente sano, libre de violencia, que incluye la violencia sexual. Asimismo, los Estados y la sociedad deben proteger a esta población para que se les permita crecer seguros, con acceso a derechos, en condiciones de vida digna y de igualdad, y estableciendo relaciones sanas con sus pares.

El desarrollo de la sexualidad es uno de los derechos de las personas menores de edad, pero siempre debe estar en consonancia con su grado de madurez, evolución física y emocional, sin violencia ni asimetría en el ejercicio del poder.

Los menores de edad tienen derecho a relacionarse con sus pares, a experimentar con grupos de personas cercanas a su edad, con las que comparten los mismos grados de madurez social, sexual y emocional. Esto no es otra cosa que reconocer que conforme avanzan en edad, los niños, las niñas y los y las adolescentes se atreven a explorar más el mundo que los rodea, así como salir con mayor frecuencia del entorno familiar y tomar decisiones. De ahí que también se requiere la protección jurídico-social, de manera que el ejercicio de su autonomía se realice en forma segura.

El principio de autonomía progresiva implica que la persona menor de edad como sujeto de derechos tiene la capacidad de tomar decisiones, asumir responsabilidades y afrontar las consecuencias de forma gradual, conforme va creciendo, madurando y adquiriendo mayores herramientas sociales. Esto supone ganar independencia frente a los adultos a cargo, pero también que el Estado genere condiciones que permitan el ejercicio de sus derechos de forma segura y efectiva.

A partir de lo anterior, se admite que una de las áreas en las que van adquiriendo autonomía es la de su sexualidad. Así, es reconocida gradualmente por el Estado cierta capacidad para consentir actos de naturaleza sexual a partir de una edad, en la que se presume que se puede comprender los alcances de dichos actos.

El reconocimiento de los derechos sexuales de los menores de edad va de la mano con su desarrollo biológico, físico, psicológico y emocional, así como con su derecho a la indemnidad sexual, que no es otra cosa que el normal, sano y progresivo reconocimiento de su sexualidad.

El artículo 156 del Código Penal costarricense regula el delito de violación; y establece como una condición objetiva del tipo penal que la persona ofendida sea menor de trece años. En el artículo 159 del mismo cuerpo normativo, que tipifica las relaciones sexuales con personas menores de edad, establece la posibilidad de consentimiento de estas en las relaciones sexuales a partir de los trece. Lo anterior permite inferir que el legislador estableció que las personas menores de trece años no tienen capacidad para consentir o realizar actos de naturaleza sexual, precisamente porque se ha determinado que no cuentan con la madurez para comprender la naturaleza de dichos actos, considerando de pleno derecho abusivo todo contacto sexual en estas condiciones.

A partir de los trece años, la legislación reconoce gradualmente la posibilidad que tienen las personas menores de edad para consentir y realizar algunos actos de naturaleza sexual.

4. SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD Y SU CAPACIDAD DE CONSENTIR ACTOS DE NATURALEZA SEXUAL

Como se indicó anteriormente, la justicia juvenil responde a un modelo de responsabilidad penal especializada, a partir del paradigma de protección integral que reconoce la condición de sujetos de derecho de las personas menores de edad. Teniendo como punto de partida los artículos 37 y 49 de la Convención, aunado con lo regulado en las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, debe garantizarse que las personas menores de edad que sean sometidas a la justicia juvenil tengan derecho a un proceso justo y garantista que reconozca sus condiciones especiales por ser menores de edad.

El derecho a un proceso justo exige un modelo de justicia especializada en todas sus instancias, que las personas menores de edad cuenten con la asistencia jurídica gratuita adecuada, que puedan ejercer en forma efectiva su derecho de defensa y que de ninguna manera sean torturadas ni sometidas a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Para que un sistema de justicia juvenil esté acorde al bloque de convencionalidad en derechos humanos de la niñez, requiere que haya diversificación de la reacción penal y que las medidas y las sanciones tengan un fin socioeducativo, lo cual vuelve incompatibles las penas indefinidas, la pena de muerte y la prisión perpetua. A su vez, resulta indispensable que los Estados reconozcan que la privación de libertad en etapas tempranas del desarrollo de una persona tiene efectos lesivos.

De ahí que un modelo de justicia penal juvenil deba contemplar la privación de la libertad como el último recurso sancionatorio, de aplicación solo cuando no sea posible cumplir los fines de la sanción con una menos gravosa y que deberá ser fijado el plazo más corto.

También resulta relevante, para el modelo de responsabilidad penal de la persona menor de edad, el principio de autonomía progresiva mencionado anteriormente. Al hablar de personas menores de edad, se hace referencia a un colectivo muy variado, marcado por el dinamismo de sus vertiginosos cambios. La diferencia etaria, aun dentro de la misma población, se convierte en obligatoria, por cuanto a menor edad, menor debe ser el nivel de intervención punitiva pero mayores las garantías que se le brinden al menor de edad.

El inicio de la responsabilidad penal adolescente, según el bloque de convencionalidad, debe comprender que antes de los doce años el incipiente desarrollo del juicio moral está muy inmaduro. Por ello, se recomienda no someter antes de esta edad a un niño, niña o adolescente al sistema penal. Costa Rica, según el artículo 1 de la LJPJ, inicia la responsabilidad penal de las personas menores de edad a partir de los doce años, lo cual hace posible la aplicación de esta ley a toda persona entre doce y dieciocho años, a quien se le acuse de haber cometido un delito o contravención (LJPJ, 1996).

El modelo de justicia juvenil que sigue Costa Rica, de conformidad con lo ya dicho sobre la Convención sobre los Derechos del Niño y en razón de lo que prevén las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como las Reglas de Beijing, relacionadas con las Directrices de Riad, está orientado en tres pilares esenciales: el principio de mínima intervención, el principio de diversificación de la reacción penal y el fin socioeducativo. De ahí que, a través de los institutos contenidos en la LJPJ, a través del abordaje interdisciplinario y con un claro enfoque restaurativo,

la persona menor de edad infractora adquiere herramientas sociales, educativas y emocionales para que pueda alejarse del delito y de las conductas disruptivas con el fin de que pueda insertarse exitosamente en la sociedad.

Sin renunciar a los objetivos de seguridad social y ciudadana, y sin dejar de lado que se trata de derecho punitivo, se pretende, a través de las medidas alternas y de las sanciones especializadas, que el menor de edad en conflicto con la ley, al tiempo que reconoce que su conducta delictiva causa un daño para la víctima y para sí mismo, su familia y la sociedad, logre tomar las riendas de su propio proyecto de vida, y que construya sobre bases firmes un estilo de vida adecuado a las normas sociales, jurídicas y morales.

Cualquier abordaje a la población menor de edad debe empezar por reconocer que la adolescencia está marcada por profundos y continuos cambios (físicos, químicos, biológicos y emocionales) y que estos tienen incidencia en su conducta, decisiones y manera de reaccionar ante los diferentes estímulos y retos que representa la vida en sociedad. El comportamiento disruptivo en las personas menores de edad es natural y común, precisamente porque están en el proceso de encontrarse a sí mismas, deseando tomar el control de su entorno, pero con pocas herramientas de autocontrol y, en algunos casos, inmersas en entornos adversos, con falta de recursos, grupos de pares negativos y sin mecanismos protectores.

Natalia López (2019), en su libro *El cerebro adolescente*, indica:

No obstante, las palancas que se mueven en el mundo de los adolescentes han de tener temeridad: al menos, una veta. Sin el placer por el peligro y la fascinación de lo nuevo no arrancarían la aventura de la búsqueda de la felicidad. Ese tiempo siempre será —por la flexibilidad de las conexiones neuronales que da la inestabilidad— el tiempo de las metas ambiciosas, del descubrimiento del amor romántico y de la solidaridad (p. 11).

Lo anterior debe ser valorado al juzgar a las personas menores de edad, ya que gracias a ello se afirma que la finalidad de la justicia juvenil, ante un comportamiento adolescente transgresor, debería ser lograr que este comportamiento no escale en violencia y gravedad, y no convierta el delito en una forma de vida.

Si se parte de que el delito es principalmente episódico, debe reconocerse que es posible transformar futuros, atendiendo en forma adecuada el presente y visibilizando la relevancia que la adolescencia tiene en la vida del menor de edad. «En la etapa de la adolescencia en que la memoria de la propia vida, la autobiografía está empezando a construirse, la influencia sobre la identidad y la personalidad de estos estilos de vida es enormemente directa» (López, 2019, p. 11).

La Observación General n.º 20 del CDN (2016), sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, en el apartado III, párrafo 9, establece lo siguiente:

Los adolescentes se desarrollan a un ritmo veloz. La importancia de los cambios en el desarrollo que se producen durante la adolescencia aún no se ha comprendido de manera tan generalizada como la importancia de los cambios que se producen en la primera infancia. La adolescencia es una etapa del desarrollo humano única y decisiva, caracterizada por un desarrollo cerebral y un crecimiento físico rápidos, un aumento de la capacidad cognitiva, el inicio de la pubertad y de la conciencia sexual, y la aparición de nuevas habilidades, capacidades y aptitudes. Los adolescentes experimentan un aumento de las expectativas en torno a su papel en la sociedad y entablan relaciones más significativas con sus pares a medida que pasan de una situación de dependencia a otra de mayor autonomía.

A partir de lo anterior debe comprenderse que la naturaleza del delito juvenil es principalmente episódica, en la medida que, como se indicó, las personas adolescentes se encuentran en medio de la búsqueda de su identidad e independencia, afrontan cambios físicos y emocionales

que no siempre comprenden, y su juicio moral aún está en proceso de desarrollo. Por este motivo, en muchos casos el comportamiento transgresor desaparece sin necesidad de intervención de los órganos de control social.

La Observación General n.º 24 del CDN (2019), relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, en su párrafo 2, indica con claridad la naturaleza de todo modelo de justicia juvenil acorde con la Convención:

Los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables.

5. DELITOS SEXUALES COMETIDOS POR PERSONAS MENORES DE EDAD

A partir de lo expuesto, es correcto afirmar que se reconoce que las personas menores de edad, conforme crecen, adquieren mayor control de su entorno, de sus decisiones personales y de sus derechos, lo cual implica reconocer las consecuencias de sus actos. No obstante, en modo alguno debe interpretarse que, en función de este ejercicio de independencia, dejan de ser menores de edad, y por ello debe asegurarse su protección integral.

El modelo de responsabilidad penal juvenil reconoce que las personas menores de edad pueden cometer delitos; sin embargo, la justicia juvenil renuncia a los fines estrictamente retributivos del derecho penal, a partir del reconocimiento de un menor grado de culpabilidad, puesto que, «en la adolescencia, el desarrollo de la capacidad de juicio

o razonamiento moral se produce conforme a pautas más o menos estables y en un sentido progresivo» (Chan, 2007, p. 66).

Como se indicó líneas atrás, a través de los institutos y las sanciones propias de la justicia juvenil, se pretende lograr que la persona menor de edad asuma la responsabilidad de su conducta y, a partir del abordaje integral marcadamente restaurativo, logre los fines socioeducativos pilares del sistema penal juvenil.

Sin duda alguna se reconoce que las personas menores de edad tienen derecho al ejercicio de su sexualidad. Esto implica que, conforme crezcan, puedan reconocerse como seres sexuales y experimentar en este ámbito; para lo cual se deben crear mecanismos de protección, a través de la educación, información y regulación, para que la sexualidad sea segura y libre de violencia.

Cuando el legislador establece edades mínimas para el ejercicio de un derecho, a partir de la presunción de incapacidad, como lo es en el caso de los derechos sexuales, se asume que quien se encuentre fuera de ese límite no tiene herramientas ni físicas ni emocionales para comprender la naturaleza del acto concreto, lo cual pareciera no generar conflicto alguno cuando enfrentamos a la persona menor de edad con la persona adulta, pero sí cuando a quien se acusa de cometer actos delictivos por violencia sexual se encuentra en la misma franja etaria que la persona víctima.

Ha surgido en el derecho penal juvenil costarricense una problemática ante la posible antinomia entre el artículo 1 de la LJPJ, que establece el inicio de la capacidad penal a los doce años, y la tipificación de los delitos sexuales, que establece como elementos constitutivos del tipo penal ser menor de trece años. Esto implica que no es hasta esa edad que una persona menor puede consentir actos de naturaleza sexual, porque no tiene la madurez para ello. Este tema ha sido objeto de discusiones intensas en la jurisprudencia costarricense por parte del

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, entre sus dos secciones y con la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

A modo de ilustración de la discusión, se transcribe el voto 2020-1207 de las 10:13 horas del 25 de septiembre de 2020, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

En relación con ese primer inciso, la jurisprudencia y la doctrina han señalado la existencia de una presunción *iure et de iure* sobre la invalidez del consentimiento que pueda prestar la víctima menor de trece años al ofensor, a fin de acceder a sus pretensiones de carácter sexual. Se pretende, a través de dicha presunción, proteger la integridad psíquica y fisiológica de la persona menor de trece años de edad, de los ataques prematuros que representan los actos sexuales dirigidos en su contra. Algunas integraciones del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal y del Tribunal de Sentencia Penal Juvenil han derivado de dicha presunción —relacionada con el consentimiento de la persona menor de trece años de edad, que figura como víctima o sujeto pasivo de la acción delictiva— la existencia de una presunción sobre la falta de capacidad de culpabilidad de las personas del mismo rango etario que incurran —como sujetos activos— en alguna de las conductas típicas de delitos sexuales. La primera indicación que debe realizarse ante tal razonamiento consiste en que se trata de una interpretación analógica pues, como puede apreciarse, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre los alcances del inciso 1, del artículo 156 del Código Penal, se limitan a la posibilidad de la persona menor de edad víctima de consentir una agresión sexual en su contra. En cambio, la interpretación que sustenta la absolutoria en este asunto parte de la extensión de dicho razonamiento, efectuado en torno al menor de trece años de edad que figura como víctima, para que alcance también al menor de edad que agrede sexualmente, es decir, para un supuesto ajeno a los alcances del razonamiento que sirve de base a la construcción. Además es de importancia resaltar, como un segundo elemento de interés, que el razonamiento analógico desarrollado por el *ad quem*, es contrario a la previsión legal que contiene la Ley de Justicia Penal Juvenil en su artículo 1. Dicho ordinal indica: «Ámbito de aplicación según los sujetos. Serán sujetos de esta ley todas las personas que

tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o leyes especiales» (el subrayado es suplido). De manera que la interpretación de la ley sustantiva que fundamenta la absolutoria es una analogía contraria a la ley, lo que la torna insostenible. Esta Sala, en el fallo n.º 562-2020 de las 11:50 horas del 15 de mayo de 2020, se pronunció sobre un supuesto similar al que ahora se discute. La plena validez de lo allí expuesto para el caso bajo examen justifica lo extenso de la cita literal de dicho pronunciamiento que se efectúa a continuación: «Estima el Tribunal de Apelación que la presunción de incapacidad de comprensión de la conducta sexual, que cubija a las víctimas menores de trece años de edad, le resulta igualmente aplicable a los victimarios, y que, en ese tanto, la capacidad de culpabilidad de las personas menores de edad en relación con los delitos sexuales surge a partir de los trece años y no de los doce años como lo establece el artículo 1 de la Ley de Justicia Penal Juvenil n.º 7576. Tal interpretación, además de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva que le asiste a la víctima de obtener una respuesta de la administración de justicia, también quebranta el principio de legalidad. En criterio de esta Cámara, tal y como lo hace ver la representación fiscal, se aplicó erróneamente el artículo 156 del Código Penal, y concluye, a partir de la lectura que se realiza de dicho numeral, que las personas mayores de doce años y menores de trece carecen de culpabilidad en delitos de naturaleza sexual. Una cosa es la previsión del artículo 156, inciso 1, del Código Penal, que sanciona a quien se haga acceder o tenga acceso carnal con una persona cuando la víctima sea menor de trece años, y otra muy diferente es pretender ignorar el ámbito de aplicación según los sujetos, contemplado en el artículo 1 de la Ley de Justicia Penal Juvenil n.º 7576, que prescribe que: “serán sujetos de esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o leyes especiales”. Es decir, existe una norma que, de manera expresa y clara, define la persecución penal de las personas menores de edad a partir de los doce años y hasta antes de los dieciocho años, y no a partir de los trece años en materia de delitos sexuales, como pretende el *ad quem* que se establezca, haciendo una excepción con un fundamento inadmisibles. No puede

concluirse, sin más, que la edad de trece años de la víctima de violación contemplada en el inciso 1 del artículo 156 del Código Penal también es extensible a la capacidad de culpabilidad del victimario y que, por ende, a las personas menores de trece años no se les puede atribuir delito sexual alguno. El Tribunal de Apelación incurre en un error con tal interpretación, arrogándose funciones legislativas al pretender dejar sin efecto, para los delitos sexuales, la edad prevista en el artículo 1 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, y a partir de ello, sin más, despenalizar toda conducta que, en relación con dicha materia, sea cometida por personas con edades entre los doce y los trece años de edad. Debe recordarse que la Constitución Política, en el artículo 129 establece que: “Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial [...]. La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario” (así reformado este último párrafo por el artículo 1, inciso d, de la Ley n.º 8281, del 28 de mayo de 2002, publicada en *La Gaceta* n.º 118, del 20 de junio de 2002). De conformidad con esta norma, la vigencia de la ley viene definida por la voluntad del legislador, dentro del mismo cuerpo legal aprobado por la Asamblea Legislativa. Por lo tanto, la interpretación que se plasma en el fallo impugnado —ignorándose que, según el artículo 1 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, serán sujetos de dicha ley, por ser penalmente responsables, todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años, y entender que no es a partir de los doce años sino de los trece, cuando se esté ante un delito sexual— vendría a vulnerar lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución Política, toda vez que los jueces de la República no pueden arrogarse funciones legislativas, ordenando la aplicación de una ley en otros términos a los que han sido definidos por la Asamblea Legislativa, siendo dicho Poder de la República al que le corresponde la función de legislar. De manera tal que, hasta que no haya una modificación del artículo 1 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, en los términos que el Tribunal de Apelación lo interpreta, se trata de un razonamiento manifiestamente infundado, carente de un sustento jurídico válido. De acuerdo con la teoría general del delito, junto a la tipicidad y antijuricidad, es preciso determinar la culpabilidad para llegar en definitiva

a imponer una sanción. En efecto, la edad es un factor esencial, que para el tema de imputabilidad resulta medular, tanto que se han definido límites recogidos por la legislación. Para el caso en estudio, la pretensión de los juzgadores de despenalizar las conductas ilícitas que en materia sexual, sean cometidas por personas con edades entre los doce y los trece años de edad, solo sería alcanzable por una reforma legal, o bien, acudiendo a un fundamento sustentado de un concepto penal juvenil de culpabilidad, que, además de considerar la edad, valore el contexto social del joven y la incidencia en el conocimiento actual o potencial del injusto y eventualmente, en suma, la existencia de un error de prohibición. Por tanto, si al proceder con la revisión integral del fallo, el Tribunal de Apelación llega a determinar una falta de examen respecto de un tema que afecte la culpabilidad de la persona menor infractora, así debe señalarlo y ordenar un reenvío para su conocimiento. Únicamente en los supuestos señalados en el presente fallo (es decir, mediante una reforma de ley o acudiendo a un concepto penal juvenil de culpabilidad), podría arribarse a la conclusión a la que se llega en la sentencia recurrida. Establecer lo contrario conlleva, sin duda alguna, una errónea aplicación del artículo 156, inciso 1, del Código Penal y una inobservancia del artículo 1 de la Ley de Justicia Penal Juvenil» (Sala Tercera, fallo n.º 562-2020 de las 11:50 horas del 15 de mayo de 2020; integración de los magistrados Ramírez Quirós, Zúñiga Morales, Desanti Henderson, Segura Bonilla y Alfaro Vargas, con voto salvado de este último). Tal y como se expuso en el anterior pronunciamiento, en delitos de naturaleza sexual, la capacidad de culpabilidad del sujeto activo que, siendo mayor de doce años de edad, no ha alcanzado los trece años debe ser analizada caso por caso, por parte del juez penal juvenil. Resulta ilegítimo aplicar de forma extensiva, para excluirla de forma automática, lo previsto en el inciso 1 del artículo 156 del Código Penal, pues lo allí previsto alcanza a las personas de ese mismo rango etario, que figuran como víctimas.

Esta discusión, que pone en evidencia dos posturas antagónicas, refleja la dificultad que implica la regulación de la condición de la niñez, la cual resulta ser una moneda con doble cara.

Toda persona menor de edad que se encuentre sometida a proceso penal es titular de todos los derechos y las garantías del debido proceso, de la aplicación de la norma más favorable y de la aplicación de los principios de interés superior del menor de edad, el *in dubio pro minor* y *pro libertatis*. Si se afirma que antes de los trece años las personas menores de edad no tienen la madurez para comprender la naturaleza de los actos sexuales y, por eso, no pueden consentir ni llevar a cabo actos de dicha naturaleza, entonces tampoco podría someterse a un proceso penal y declararse culpable a una persona menor de trece años pero mayor de doce por actos sexuales, porque, aplicando lo anterior, tampoco comprendería la naturaleza del acto que realiza.

Esto supondría crear una suerte de inimputabilidad por delitos sexuales entre los doce y los trece años, lo cual implica dejar impunes actos sexuales violentos contra niñas y niños menores de trece años. Esto supondría, a su vez, olvidar que el derecho internacional de los derechos humanos de la niñez, de forma expresa, ha indicado que debe prevenirse y erradicarse la violencia contra las personas menores de edad, aun en aquellos casos en que sea ejercida por otras personas menores de edad.

Ante actos violentos de personas menores de edad frente a otras también menores de edad, se ha indicado que se deberá, en cada caso concreto, valorar las circunstancias de ambas personas, ofensora y víctima, a fin de determinar la asimetría y disparidad en el ejercicio del poder y la naturaleza abusiva de la conducta.

La Observación General n.º 13 del CDN (2011), sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, en su párrafo 27, señala:

27. Violencia entre niños. Se trata de la violencia física, psicológica y sexual, a menudo con intimidación, ejercida por unos niños contra otros, frecuentemente por grupos de niños, que no solo daña la integridad y el

bienestar físicos y psicológicos del niño de forma inmediata, sino que suele afectar gravemente a su desarrollo, su educación y su integración social a medio y largo plazo. Además, los actos de violencia cometidos por las bandas juveniles se cobran un alto precio entre los niños, tanto en el caso de las víctimas como en el de los miembros de dichas bandas. Aunque los autores sean niños, el papel de los adultos responsables de estos es decisivo si se quiere que todos los intentos de combatir y prevenir adecuadamente estos actos no exacerbén la violencia al adoptar un criterio punitivo y responder a la violencia con violencia.

A partir de lo expuesto, es claro que no puede excluirse, *a priori*, la violencia sexual entre personas menores de edad. En oposición a ello, puede afirmarse que es posible el contacto sexual abusivo entre una persona adolescente y una niña o un niño, máxime si se está frente a una significativa disparidad en la edad, el desarrollo, el tamaño, las capacidades o si existe un aprovechamiento intencionado de esas diferencias.

Lo anterior es un fenómeno complejo porque al mismo tiempo que los Estados se han replanteado mayor protección de la niñez como víctima de violencia sexual, dejan de lado que la misma población que se pretende tutelar es destinataria de la prohibición, y esto no es otra cosa que el reflejo de la visión adultocéntrica del derecho penal, que se niega a considerar la necesidad de un derecho sustantivo diferenciado en el caso del derecho penal juvenil.

Si la adolescencia es una etapa de experimentación y descubrimiento, entonces aumentar la edad de protección de la niñez y disminuir la edad mínima de responsabilidad penal puede llevar a que relaciones entre pares, marcadas por la misma inmadurez, sean consideradas delictivas para una persona y para la otra no. Asimismo, también podría generar una situación que deje sin abordaje, atención y tutela a las conductas que son abusivas y violentas.

Nuevamente surge la interrogante en torno a si el derecho penal será la forma de abordaje para este tipo de conductas. No obstante, si se escoge esta vía, deben establecerse mecanismos objetivos y coherentes que den sentido orgánico a la normativa que regula la materia y reduzcan las potestades discrecionales de los operadores de justicia.

La violencia sexual es una manifestación de poder; sin embargo, el delito sexual infantil presenta características diversas que obligan a analizarlo como un fenómeno complejo diferente de la violencia sexual adulta. Si bien escapa de las pretensiones de este artículo abarcar la naturaleza, los orígenes y el abordaje de las conductas sexuales abusivas por parte de personas menores de edad, sí se quisiera dejar en el lector la inquietud acerca de la problemática del abuso sexual infantil por parte de sus pares y diferenciarlo de conductas propias del descubrimiento de la sexualidad adolescente y de las conductas sexuales abusivas por parte de personas adultas.

REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1990, 30 de septiembre). Ceremonia de presentación de la Declaración y el Plan de acción aprobados por los dirigentes mundiales en la Cumbre Mundial en favor de la Infancia. <https://undocs.org/es/A/45/625>
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (1996). Ley n.º 7576, Ley de Justicia Penal Juvenil. San José: 8 de marzo de 1996. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1817.pdf>
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (1998). Ley n.º 7739. Código de la Niñez y la Adolescencia. San José: 6 de enero de 1998. <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/cos191129.pdf>

- Beloff, M. (2009). Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina. En Anitua, G. y Tedesco, I. (comps.), *La cultura penal. Homenaje a Edmundo S. Hendler* (pp. 59-85). Editores del Puerto.
- Chan, G. (2007). *Adultocentrismo y culpabilidad penal juvenil*. Investigaciones Jurídicas.
- Comité de los Derechos del Niño (CDN) (2011). Observación General n.º 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. CRC/C/GC/13. <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/G1142390.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño (CDN) (2016). Observación General n.º 20. Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia. CRC/C/GC/20. <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/G1640449.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño (CDN) (2019). Observación General n.º 24. Relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil. CRC/C/GC/24. <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/12/G1927560.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002, 28 de agosto). Opinión Consultiva OC-17/2002. <http://www.saij.gob.ar/corte-interamericana-derechos-humanos-internacional-san-jose-costarica-opinion-consultiva-oc-17-02-28-agosto-2002-serie-17-solicitante-cidh-fa02570003-2002-08-28/123456789-300-0752-0ots-eupmocsollaf?>
- Llobet, J. (2014). El interés superior del niño y la justicia penal juvenil. En Tiffer, C. (ed.), *Derecho pena juvenil* (pp. 335-415). Editorial Jurídica Continental.
- López, N. (2019). *El cerebro adolescente*. Rialp.

Organización de las Naciones Unidas (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Organización de los Estados Americanos (1969, 22 de noviembre). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (2020). Resolución n.º 2020-1207. San José: 25 de septiembre de 2020.



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.v3i3.8>

El acceso a la justicia de la población infantojuvenil violentada en España: hacia un cumplimiento íntegro de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad

The access to justice of children and adolescents in Spain: towards
an integral accomplishment of the 100 Brasilia Rules on Access to
Justice for Persons in Conditions of Vulnerability

DANIEL ORTEGA ORTIGOZA
Universidad de Barcelona
(Barcelona, España)
Contacto: daniel.ortega@uab.cat
<https://orcid.org/0000-0002-8581-4833>

RESUMEN

El presente ensayo analiza una problemática de larga data en España: el acceso a la justicia de niños y adolescentes que han sufrido violencia, quienes forman parte del conglomerado de personas en condición de vulnerabilidad. Se mencionan los sucesivos cuerpos legislativos promulgados en España, los cuales tuvieron como directriz y base la Convención Internacional de los Derechos del Niño y las 100 Reglas de Brasilia. Asimismo, se explica cuáles son las nuevas implementaciones que se deben realizar a efectos de prevenir la revictimización del menor en el largo camino del proceso judicial.

Palabras clave: acceso a la justicia; Reglas de Brasilia; personas en condición de vulnerabilidad; violencia contra la infancia; sistema judicial español.

ABSTRACT

This essay analyzes a long-standing problem in Spain: access to justice for children and adolescents who have suffered violence, as part of the conglomerate of people in vulnerable conditions. It mentions the successive legislative bodies enacted in Spain, which had the International Convention on the Rights of the Child and the 100 Rules of Brasilia as a guideline and basis. In addition, it explains the new regulations that must be implemented to prevent the re-victimization of the child during the long judicial process.

Key words: access to justice; Brasilia Rules; people in vulnerable conditions; violence against children; Spanish judicial system.

Recibido: 17/09/2021 Aceptado: 12/10/2021

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende enfatizar en la implementación del ordenamiento jurídico español respecto de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Para ello, de forma introductoria, se describen los principales objetivos de las Reglas y las personas y los colectivos a los cuales está dirigida la relación de los articulados que así la circunscriben.

Posteriormente, se pretende relacionar tal finalidad con el principio del interés superior del menor desarrollado en la producción legislativa española en las últimas décadas. Empero, se destacan también

algunas lagunas que se hallan en torno al acceso a la justicia por parte de la infancia vulnerada, y en concreto la que ha sido violentada. En contraposición a ello, las presentes líneas enfatizan algunas buenas praxis que se llevan a cabo actualmente en España, en torno a la participación infantojuvenil en el sistema judicial español, aportando cierta luz a la implementación y aplicación efectiva e integral del principio del interés superior del menor, que preside la legislación en materia de protección a la infancia y adolescencia.

Finalmente, se culmina con una serie de conclusiones a tenor del análisis sobre la participación infantojuvenil en el sistema judicial español. Esto a través de algunas recomendaciones que permitan aportar reflexiones y recursos para la aplicación de los objetivos intrínsecos descritos en las Reglas de Brasilia, las cuales han sido aprobadas por el propio Estado español, pero que han de actualizarse constantemente en virtud de los nuevos acontecimientos y casos que relacionan la infancia con el fenómeno de la violencia. Todo ello supone una serie de desafíos para todo el amplio elenco de investigadores, profesionales y operadores jurídicos que intervenimos en el marco de la protección a la infancia y a la adolescencia.

2. LAS 100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

La Cumbre Judicial Iberoamericana, considerando el escaso acceso a la justicia de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, acordó desarrollar en 2008, durante su decimocuarta edición, las 100 Reglas de Brasilia. Con ello se pretendía desarrollar los principios recogidos previamente en 2002, en Cancún, de la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial

Iberoamericano, específicamente entre los apartados 23 y 34, en la parte titulada «Una justicia que protege a los más débiles».

La contundencia de la finalidad de las Reglas de Brasilia (2008) se recoge desde su primer capítulo preliminar, al afirmar que estas tienen como objetivo:

garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial (regla 1).

Del mismo modo, se insta a las autoridades, a los servidores y a los operadores del sistema de justicia a facilitar un trato adecuado a las circunstancias singulares de determinados colectivos, y a priorizar actuaciones destinadas a facilitar su acceso, ya sea por la concurrencia de varias casuísticas o por la gran incidencia que tienen algunas de ellas en torno a la vulnerabilidad esgrimida.

Consideramos apreciar, por tanto, la intención vehemente de la Cumbre Judicial Iberoamericana de convertir al sistema judicial en un instrumento para la defensa plena y efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Al respecto también se pronuncia Pazmiño (2011), quien considera que la obligación de los Estados es organizar el aparato institucional de modo que todos los ciudadanos puedan acceder a la justicia, de manera tal que se pueda exigir a los Estados remover los obstáculos normativos, institucionales, sociales y económicos que impidan la posibilidad de acceso a la justicia, enfatizando en el papel de la Defensoría Pública para aplicar el acceso a la tutela judicial efectiva.

En consonancia con Ribotta (2012), poca utilidad se le puede atribuir a cualquier Estado que se autodenomine Estado de derecho si las personas titulares no pueden acceder de forma plena, integral

y efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela del susodicho derecho, especialmente si el acceso a la justicia pretende reducir las desigualdades sociales y contribuir al aumento de la cohesión social en el propio Estado de derecho.

La dificultad radica, no obstante, en garantizar la eficacia de los plenos derechos cuando estos afectan con especial énfasis a las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, dados los obstáculos que estas presentan por la confluencia de varios factores que impiden un pleno acceso al sistema judicial en todas sus esferas.

Ahora bien, ¿qué entiende la Cumbre Judicial Iberoamericana por personas en situación de vulnerabilidad? Tras la concreción de su finalidad, el documento de las 100 Reglas de Brasilia recoge un capítulo específico para definir a sus beneficiarios y destinatarios.

En cuanto a los beneficiarios, la segunda sección del primer capítulo del documento en cuestión los define 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). Del mismo modo, el propio articulado recoge una serie de categorías —diez en total—, que podrán constituir tales causas de vulnerabilidad, entre las que hallamos las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

No obstante, la propia sección matiza que la concreta determinación de las personas en situación de vulnerabilidad dependerá de las características específicas, así como del nivel de desarrollo social y económico de cada país, atendiendo a las particularidades sociales, políticas, económicas o culturales de cada uno de ellos.

En cuanto a los destinatarios, hacen referencia a aquellos actores partícipes del sistema judicial, como los siguientes:

a) Los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial; b) los jueces, fiscales, defensores públicos, procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de administración de justicia de conformidad con la legislación interna de cada país; c) los abogados y otros profesionales del derecho, así como los colegios y agrupaciones de abogados; d) las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de Ombudsman [o defensorías del pueblo; y] e) policías y servicios penitenciarios (regla 24).

Asimismo, el articulado hace referencia al resto de operadores del sistema judicial y a quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento. Con ello se reconoce —a nuestro modo de ver— la especial relevancia que tienen otros agentes inmersos en organizaciones no lucrativas, como fundaciones, asociaciones u otras entidades que prestan servicios o ejercen funciones relativas a la intervención psicosocial, educativa o sanitaria, entre otras, pero que se hallan cotidianamente en el desarrollo del sistema judicial en muchos países iberoamericanos.

Finalmente, es necesario destacar que las Reglas de Brasilia no se limitan a establecer unas meras bases teóricas o de reflexión sobre los hándicaps y las carencias de los sistemas judiciales en torno al acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Al contrario, una de sus bondades es la síntesis recogida a través de unas recomendaciones, tanto para los órganos públicos como para aquellas entidades que prestan sus servicios en los órganos judiciales, para la promoción del acceso a la justicia de estos colectivos y la mejora en la cotidianeidad de aquellos operadores, servidores y profesionales que, de una forma u otra, pertenecen al engranaje del sistema judicial.

En torno a estas recomendaciones, se recoge la principal finalidad de las presentes líneas: destacar las —aún existentes— carencias de acceso a la justicia en varios colectivos en situaciones de vulnerabilidad en el contexto español y promover buenas praxis de acceso a la justicia para dichos colectivos. Con ello pretendemos otorgar respuesta al título del presente artículo: el acceso pleno y efectivo en torno al acceso a la justicia de las personas en situaciones de vulnerabilidad, en consonancia con las 100 Reglas de Brasilia.

3. LA PARTICIPACIÓN INFANTOJUVENIL EN EL SISTEMA JUDICIAL ESPAÑOL

¿Qué se entiende por acceso al sistema de justicia? De forma inexorable, el acceso guarda una intrínseca relación con el concepto de participación. A su vez, este hace alusión a la manera como participa la infancia y la adolescencia en todos los asuntos políticos, sociales, educativos o jurídicos que así le conciernen. Y, por tanto, hará referencia, en última instancia, al acompañamiento en aquel arduo periplo que supone la inmersión judicial en la infancia, la cual se sintetiza en dos vertientes: por un lado, cuando el joven se inserta en el ámbito penal juvenil, habiendo presuntamente cometido alguna infracción penal, de acuerdo con el ordenamiento jurídico-penal del país en cuestión; por otro lado, cuando la propia infancia ha sido violentada de alguna manera, entre el amplio elenco de maltrato, negligencia o abuso que recoge la legislación internacional y la literatura científica especializada en materia de protección a la infancia y, por tanto, ha de participar como víctima en cualquier atisbo de acción jurídica, ya sean audiencias, declaraciones, testimonios o pruebas periciales, entre otras.

En este sentido, en el ordenamiento jurídico español se ha desarrollado de forma vehemente el concepto de participación, especialmente en los últimos años, respondiendo a una vieja aspiración que tenía

el legislador en aras de actualizar y responder a los desafíos tanto de la Convención Internacional de los Derechos del Niño como de las Reglas de Brasilia, entre otras legislaciones de carácter internacional.

A nivel interno, el concepto también ha estado desarrollado en numerosos artículos. Así, desde 1996, con la instauración de la Ley Orgánica n.º 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, se inicia el despliegue de su desarrollo, en concreto en el artículo 7.1, que reza de la siguiente manera: «Los menores tienen derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como una incorporación progresiva a la ciudadanía activa».

Es importante recalcar el término de «ciudadanía activa», puesto que con ello se pretende responder al cambio de paradigma que supuso la propia Convención Internacional de los Derechos del Niño del 22 de noviembre de 1989, en la que la infancia pasó de ser un ente pasivo a un sujeto activo. En el mismo artículo 7.1, se define el concepto de «participación», mencionando a los propios poderes públicos, quienes «promoverán la constitución de órganos de participación de los menores y de las organizaciones sociales de infancia y adolescencia» (Jefatura del Estado, 2015, con modificación del artículo).

Por último, el mismo artículo 7.1 soslaya que «se garantizará la accesibilidad de los entornos y la provisión de ajustes razonables para que los menores con discapacidad puedan desarrollar su vida social, cultural, artística y recreativa» (Jefatura del Estado, 2015, con modificación del artículo). El concepto de participación, no obstante, se ha ido adecuando al propio desarrollo social, político o cultural de España y de cómo la propia infancia, como ente activo, se ha adherido al eje de la ciudadanía activa, a medida que aumentaba su participación en múltiples ámbitos, entre otros, en el panorama judicial.

En este sentido, España aumentó su producción legislativa en materia de protección a la infancia, instaurando en el 2015 la nueva Ley

Orgánica n.º 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Pese a la plasticidad y el dinamismo del término «participación», el legislador optó por no modificarlo respecto de su legislación predecesora, manteniendo la misma definición en su articulado.

A nivel autonómico¹, son varias las leyes autonómicas, como las promulgadas por Cataluña², Comunidad Valenciana³, Islas Baleares⁴ o País Vasco⁵, entre otras, que despliegan en su articulado el término de forma explícita.

Asimismo, es importante recalcar que la implementación del concepto de participación de la infancia responde, a su vez, al principio del interés superior del menor, que también ha presidido el ordenamiento jurídico internacional en materia de protección a la infancia y la adolescencia y, en el caso español, al ordenamiento jurídico tanto estatal como autonómico, como se ha reflejado en el párrafo anterior. Con todo, celebramos de manera vehemente la instauración de la Ley Orgánica n.º 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, cuya aspiración pasa por ser una ley

1 De acuerdo con el ordenamiento jurídico constitucional, España está organizada territorialmente mediante diecisiete comunidades autónomas, en las que, si bien priman las leyes orgánicas estatales, cada una dispone de su propia legislación autonómica en materia de protección a la infancia y la adolescencia, muchas de las cuales desarrollan sus propios artículos referentes al concepto de «participación». Es importante reflejar este matiz porque en gran parte dependerá del desarrollo y el despliegue de los recursos destinados al cumplimiento efectivo de los artículos dispuestos en las citadas leyes autonómicas, a tenor de que cada parlamento autonómico dispone de cierta libertad a la hora de desplegar y desarrollar sus propios recursos específicos, a pesar del evidente marco común establecido en las propias leyes orgánicas.

2 Artículo 34 de la Ley n.º 14/2010 de los derechos y oportunidades en la infancia y adolescencia.

3 Artículo 16 de la Ley n.º 26/2018 de los derechos y garantías en la infancia y adolescencia.

4 Artículo 22 de la Ley n.º 9/2019 de la atención y los derechos de la infancia y adolescencia de las Illes Balears.

5 Artículo 14 de la Ley n.º 3/2005 de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia.

integral y holística —dedicada a todo el conjunto poblacional infantojuvenil— y no solo a paliar las necesidades de la infancia vulnerada.

El principal hito jurídico sobre el acceso a la justicia en la nueva legislación de protección infantojuvenil en España —nos recuerda Villagrasa (2021)— reside en la legitimación activa del menor para denunciar directamente, sin presencia de adultos, a fin de hacer efectivo el derecho a ser oído, derivado de la Convención sobre los Derechos del Niño. La importancia de este hecho radica —prosigue el autor— en que es necesario otorgar información adecuada al menor sobre la relevancia de su declaración en cualquier proceso administrativo o judicial que así le concierne, tal y como se relata en la disposición final segunda.

Sobre el acceso ya se pronunció con anterioridad Liefaard (2020), quien considera que si bien el concepto de justicia adaptada a la infancia se ha desarrollado de forma particular en torno al sistema de justicia penal, la participación de los niños y las niñas debe tener implicaciones en todos los procedimientos judiciales tanto formales como informales, en aras de otorgarles el derecho a una tutela judicial efectiva.

Posibilitar el acceso a la justicia de la infancia es generar la construcción de la ciudadanía desde una perspectiva de promoción de los derechos. Al respecto, Graziella y Rivera (2018) consideran que la infancia es la etapa más propicia para que una completa educación influya en la construcción de ciudadanos que sepan cuáles son sus derechos y obligaciones dentro del tejido social, algo que ya reflejan las Reglas de Brasilia en aras de reducir las desigualdades existentes. Todo ello supone un cambio de paradigma iniciado en 1989, a raíz de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que generó una doctrina de protección integral.

Ahora, si bien la protección de la infancia en los instrumentos internacionales tiene como objetivo el disfrute de los derechos previamente reconocidos, como refiere Campos (2009), corresponde al Estado precisar las medidas que adoptarán para alentar ese desarrollo jurídico en su propio ámbito de competencia y apoyar a las familias en esta función, que es brindar protección a los niños que formen parte de ella.

Por ello, es importante que la inclusión de la infancia, a través de la participación de la ciudadanía activa, en aras de reducir las desigualdades existentes, no solo se produzca desde el panorama jurídico, en el que se reconoce una amplia producción internacional y que ha sido reconocida por muchos miembros de las Naciones Unidas a través de sus propios instrumentos, sino que es sumamente importante la aplicación de los articulados referidos al acceso a la justicia y a la participación de la infancia a través de programas, acciones y recursos que se adecúen a las 100 Reglas de Brasilia en materia de acceso a la justicia.

En el panorama español y en consonancia con la finalidad de las líneas que circunscriben este artículo, ya empiezan a vislumbrarse algunas luces en torno a la implementación de acciones que dan respuesta al reclamo efectuado por las directrices internacionales en materia de protección a la infancia, como es el caso de las 100 Reglas de Brasilia; empero, existen algunas lagunas respecto de las situaciones de vulnerabilidad y el acceso a la justicia por parte de algunos colectivos. Algunas de ellas se mencionarán en el siguiente epígrafe.

4. SITUACIONES DE VULNERABILIDAD EN TORNO AL ACCESO A LA JUSTICIA. SOMBRAS Y LUCES EN ALGUNOS MODELOS HALLADOS EN LA ATENCIÓN A LA INFANCIA VÍCTIMA DE VIOLENCIA EN EL SISTEMA JUDICIAL ESPAÑOL

Pese a los enormes avances implementados en nuestro ordenamiento jurídico en torno a la participación infantojuvenil en el acceso a la justicia española, aún hallamos algunas lagunas en determinadas situaciones

de vulnerabilidad y que, por extensión, no permiten el pleno y efectivo acceso a la justicia por parte de esta población.

Esto se produce por la dificultad de aunar un modelo homogéneo en torno a la ya citada configuración administrativa y jurídica del Estado español; y, como mencionamos, España tiene 17 comunidades autónomas que poseen competencias propias en materia de justicia y protección a la infancia, lo que nos dibuja un panorama absolutamente dispar sobre los modelos y las experiencias de acceso a la justicia por parte de la infancia y la adolescencia. Es precisamente en el ámbito de la protección en el que se reflejan las mayores lagunas sobre la protección integral de la infancia. Ello da lugar a la impresión de que aún sigue vigente la percepción de la infancia como un sujeto pasivo, a pesar de que nuestra producción legislativa manifiesta de forma antagónica tales postulados, considerando a la infancia como un ente activo y pleno de derechos, como el acceso a la justicia, a la participación ciudadana, entre otros.

Un ejemplo evidente lo tenemos cuando la infancia ha sido violentada, es decir, cuando ha habido negligencia, violencia o abuso por parte de la familia, o bien cuando ha sido testigo directo o indirecto de situaciones de violencia de género y de violencia doméstica por parte del progenitor.

Si bien en las últimas décadas, a raíz de la Ley Orgánica n.º 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se han creado en España juzgados específicos para el tratamiento jurídico de la violencia de género, la participación y el acceso a la justicia de la infancia en los mismos es, cuanto menos, residual. Y ahí es donde entran los casos referidos al abuso sexual infantil, en los que una de cada cinco personas afirma haber sufrido abusos sexuales durante su infancia, y solamente uno de cada diez adolescentes notifica tales abusos al juzgado o a la policía (Pereda y Forns, 2007). Asimismo, en estos

existe una prevalencia del fenómeno entre la población comunitaria, que varía entre un 8 y 20 % aproximadamente (Pereda, 2016).

Por ello, son varias las voces que reclaman una inmediata modificación del modelo de atención a las víctimas infantiles por abuso sexual infantil, como, por ejemplo, el impecable informe realizado por la entidad Save the Children, titulado *Barnabus: bajo el mismo techo* (2019), en el que se denuncia que siete de cada diez denuncias por abuso sexual infantil acaban sin sentencia judicial por falta de pruebas. Esto tiene consecuencias nocivas, por un lado, en la calidad de nuestro sistema judicial y, por otro lado, aumenta la enorme cifra negra que acompaña a un fenómeno criminológico de estas características en todo el mundo (Millán, García, Hurtado, Morilla y Sepúlveda, 2006; Díaz, 2021; Díaz, Santibáñez, Cortés, Raczynski, Contreras y Bozo, 2018; Riberas-Gutiérrez y Bueno-Guerra, 2018). Tampoco podemos obviar las consecuencias que genera en las víctimas la lacra del abuso sexual infantil, tanto a nivel psicológico a corto y largo plazo (Pereda, 2009, 2010) como trastornos emocionales (Cantón-Cortés y Cortés, 2015) e incluso físicos (Pou, Comas, Petitbó, Ibáñez y Macias, 2002).

El mismo informe de Save the Children (2019) realiza una interesante infografía sobre el circuito que recorre una víctima por abuso sexual infantil, en el que destacamos varios elementos. En primer lugar, la cantidad de veces que declara una víctima ante varios dispositivos que, como demuestra el informe, no siempre están coordinados (servicios de protección a la infancia, hospitales, policía y juzgados), lo que genera una alta victimización secundaria. La reiteración de las declaraciones de la propia víctima genera, además, una pérdida de calidad del testimonio, con lo cual se puede dilatar el proceso hasta en tres años.

En última instancia, el informe destaca el escaso uso de la prueba preconstituída, que dependerá de si el juez la solicita o no, en la que actualmente, en la mayoría de los casos, el niño o la niña tiene que testificar en plenario.

En contraposición con estas luces, se han de reseñar algunas pruebas piloto que analizan la veracidad del sistema judicial español en torno al cumplimiento de las 100 Reglas de Brasilia, como es el caso de la infancia violentada, que hemos reflejado de forma pretérita en párrafos anteriores. En primer lugar, se han puesto en marcha, tanto en la Comunidad Autónoma de Madrid como en Cataluña, sendos proyectos piloto para paliar o reducir los efectos sobre la escasa calidad de atención a las víctimas de abuso sexual infantil en nuestro sistema judicial: el proyecto Barnahus.

El proyecto Barnahus proviene de las Children's Advocacy Centers (CAC), originadas en Estados Unidos en los ochenta para atender, desde una unidad centralizada, a la infancia y la adolescencia víctima de abuso sexual o maltrato. La finalidad de estos centros es ubicar al niño en el medio de la intervención, con todos los recursos bajo el mismo techo, por lo cual se unifica y homogeniza la red de profesionales especializados en una misma unidad centralizada. Su objetivo es, por tanto, disminuir la victimización secundaria de los niños víctima y sus respectivas familias en el periplo de exploración sanitaria, psicológica, social, policial y jurídica. Con ello se prevé la reiteración de la vivencia sobre el abuso sexual a través de múltiples declaraciones. A su vez, se ofrece un entorno amigable y respetuoso con sus necesidades, es decir, aplicando el interés superior del niño.

Este proyecto se lleva a cabo desde hace décadas en Islandia, Suecia, Noruega, Dinamarca y en la actualidad se han abierto en España dos proyectos de carácter piloto: Tarragona y Madrid. En ellos se unifican las intervenciones, con lo cual se puede realizar en el mismo lugar la

exploración médica, la entrevista forense y la dotación de los servicios terapéuticos necesarios para la atención de las víctimas de abuso sexual infantil. Con ello se pretende dotar de respuesta al principio de interés superior del niño, situándolo en el centro de la intervención, como estipula desde hace décadas nuestro ordenamiento jurídico en materia de protección a la infancia.

Por otro lado, otra de las luces a nivel de recursos en materia de atención jurídica a la infancia y la adolescencia, en virtud del cumplimiento de las directrices internacionales en la infancia vulnerable, es la instauración del primer juzgado específico de violencia contra la infancia, situado en la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria (Islas Canarias). Se trata de una iniciativa pionera en el Estado español y que funciona a partir de octubre de 2021.

Esta iniciativa se implantó en el desarrollo de la Ley Orgánica n.º 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, como en su día se realizó con la puesta en marcha de los juzgados de la violencia sobre la mujer. También se hizo para dar respuesta a la recomendación de la Observación General n.º 13 del Comité de los Derechos del Niño y las observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, las cuales recomendaban encarecidamente la creación de órganos judiciales con competencia especializada en protección de personas menores de edad.

Uno de los principales hitos jurídicos es la implementación de la prueba preconstituida en personas menores de catorce años, con lo cual solo tendrán que declarar una vez ante casos de violencia o maltrato infantojuvenil. Otro de los hitos que pretende este juzgado específico es realizar mayor coordinación y unificación de las unidades departamentales especializadas en este tipo de casos, en los que se efectuará una acción conjunta entre los servicios médicos, terapéuticos, policiales y judiciales. De forma paralela, la atención mejora a través

de la formación especializada de los operadores jurídicos, policiales y sociales que atienden a las víctimas o incluso a través de la propia arquitectura judicial, en la que, entre otros elementos, se hallan las salas Gessell⁶.

Finalmente, el juzgado contará con una guía de buenas prácticas de la infancia y un protocolo de recepción y acompañamiento a las víctimas menores de edad, a través de salas de espera acondicionadas.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. En las líneas precedentes, se ha manifestado que España tiene una dilatada producción legislativa en materia de protección a la infancia. No solamente en materia interna, sino también mediante la ratificación de la legislación internacional y la aprobación de otros mecanismos jurídicos supranacionales, como son las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.
2. También hemos podido reflejar que, pese a los importantes avances en materia legislativa, ello no siempre va acompañado de una actualización de recursos especializados en materia de protección a la infancia, lo cual pervierte, de alguna manera, la aplicación efectiva del concepto del interés superior del menor.
3. Es por ello que celebramos la reciente entrada en vigor de la Ley de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que tiene doble objetivo: por un lado, actualizar los recursos socioeducativos, psicológicos, residenciales y terapéuticos de protección

6 Son espacios «amigables» en ámbitos judiciales mediante los cuales se permite la observación y la grabación del testimonio de una víctima. Se realiza en el marco de una declaración o de una entrevista forense, sin que la comisión judicial, ubicada en el otro lado del cristal en esta suerte de pecera, interfiera en ella. Con esto se garantiza una mayor protección de la víctima en torno a su testimonio y una mayor calidad sobre su relato.

a la infancia de acuerdo con la producción legislativa de los últimos años; y, por otro lado, formular una estrategia nacional de prevención e intervención coordinada que garantice el derecho del niño a vivir en entornos libres de violencia, con recursos humanos, técnicos y económicos adecuados.

4. Con todo, y pese a que celebramos la puesta en marcha de algunas iniciativas que por el momento funcionan como proyectos piloto, aún no se extienden y pivotan a lo largo del Estado español. No podemos afirmar, por tanto, de manera categórica, que España cumple con la máxima expresada en las 100 Reglas de Brasilia.
5. Ante la reciente implementación de la Ley Orgánica n.º 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y ante las 100 Reglas de Brasilia, España tiene una serie de desafíos que a continuación sintetizamos:
 - a) Mejoras en torno al acceso a la justicia. Es necesario crear mecanismos para que las personas menores de edad puedan denunciar directamente, haciendo efectivo el principio de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que puedan ser oídos; empero, ello debe ir precedido de la otorgación de información adecuada en un lenguaje claro sobre la relevancia de su testimonio a lo largo del periplo judicial. Para ello, se requiere la formación especializada de todos aquellos intervinientes en materia de protección a la infancia instaurados en los órganos judiciales y que se erigen como operadores jurídicos.
 - b) Suprimir la percepción de la infancia como un sujeto pasivo, y aumentar su participación en todos los estamentos, en consonancia con las buenas prácticas que hemos reflejado a lo largo del artículo.
 - c) Visibilizar la infancia que procede de núcleos familiares en los que existe violencia de género, acompañándola en todo el proceso

judicial y dotándola de recursos necesarios para alejarla de la espiral de violencia en la que está instaurada.

- d) Actualizar los recursos socioeducativos, residenciales y terapéuticos de protección a la infancia. Existen modelos que aún funcionan de forma residual en todo el Estado. Es necesaria su implementación en toda la geografía española en aras de hacer frente a nuevos desafíos sobre la infancia víctima de la violencia en el actual milenio: *grooming*, pornografía infantil, atención especializada a los jóvenes que migran solos por razones forzosas, ciberacoso, prostitución infantil, abuso sexual infantil, entre otros.

REFERENCIAS

- Campos, S. (2009). La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. *Revista IIDH*, 50, 351-377. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf>
- Cantón-Cortés, D. y Cortés, M. R. (2015). Consecuencias del abuso sexual infantil: una revisión de las variables intervinientes. *Anales de Psicología*, 31(2), 552-561. https://scielo.isciii.es/pdf/ap/v31n2/psicologia_evolutiva9.pdf
- Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (2002). [Aprobada en la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, Cancún, del 27 al 29 de noviembre de 2002]. <http://www.poderjudicial.gob.hn/CUMBREJUDICIALIBEROAMERICANA/Documents/cartadederechodelaspersonas.pdf>

- Díaz, D., Santibáñez, D., Cortés, A., Raczynski, G., Contreras, N. y Bozo, N. (2018). *Cifra negra de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes: ocultamiento social de una tragedia*. Observatorio Niñez y Adolescencia.
- Díaz, P. (2021). Carolina del Río (editora). Vergüenza: abusos en la Iglesia católica. Ediciones de la Universidad Alberto Hurtado, 2020, Santiago de Chile, 344 pp. [Reseña], *Universum*, 36(1), 319-323. <https://www.scielo.cl/pdf/universum/v36n1/0718-2376-universum-36-01-319.pdf>
- Graziella, O. y Rivera, J. R. (2018, septiembre). Construcción de ciudadanía: la educación desde la infancia encaminada a la inclusión social. *Tla-Melaua*, (44), 52-71. <http://www.scielo.org.mx/pdf/tla/v12n44/1870-6916-tla-12-44-52.pdf>
- Jefatura del Estado (1996). Ley Orgánica n.º 1/1996, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Madrid: 15 de enero de 1996. <https://www.boe.es/boe/dias/1996/01/17/pdfs/A01225-01238.pdf>
- Jefatura del Estado (2015). Ley n.º 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Madrid: 28 de julio de 2015. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-8470-consolidado.pdf>
- Liefwaard, T. (2020). El derecho procesal familiar y los derechos de la infancia en Europa y los Países Bajos. En Espejo, N. y Ibarra, A. (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas* (pp. 321-349). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Millán, S., García, E., Hurtado, J. A., Morilla, M. y Sepúlveda, P. (2006, enero-abril). Victimología infantil. *Cuadernos de Medicina Forense*, 12(43-44), 7-19. <https://scielo.isciii.es/pdf/cmfn/n43-44/01.pdf>

- Pazmiño, E. (2011). *Las 100 Reglas de Brasilia: derechos humanos y acceso a la justicia para personas y grupos de atención prioritaria*. Defensoría Pública.
- Pereda, N. (2009). Consecuencias psicológicas iniciales del abuso sexual infantil. *Papeles del Psicólogo*, 30(2), 135-144. <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/1702.pdf>
- Pereda, N. (2010). Consecuencias psicológicas a largo plazo del abuso sexual infantil. *Papeles del Psicólogo*, 31(2), 191-201. <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/1846.pdf>
- Pereda, N. (2016). ¿Uno de cada cinco? Victimización sexual infantil en España. *Papeles del Psicólogo*, 37(2), 126-133. <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/2697.pdf>
- Pereda, N. y Forns, M. (2007). Prevalencia y características del abuso sexual infantil en estudiantes universitarios españoles. *Child Abuse & Neglect*, 31, 417-426. <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/34562/1/551047.pdf>
- Pou, J., Comas, L., Petitbó, M., Ibáñez, M. y Macias, C. (2002). Abuso sexual. Experiencia en una unidad funcional de abusos a menores. *Bienestar y Protección Infantil*, 1(1), 57-69.
- 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>
- Riberas-Gutiérrez, M. y Bueno-Guerra, N. (2018). Pederastia: ¿existen tratamientos eficaces? Programas dentro y fuera del ámbito penitenciario. https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/31164/Abstract_Pederastia%20y%20tratamiento_mr_nb.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Ribotta, S. (2012). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 6(2), 77-113.
- Save the Children (2019). *Barnabus: bajo el mismo techo. Un recurso para proteger a niños y niñas víctimas de la violencia en la comunidad de Madrid*. Save the Children España. https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/barnabus_bajo-el-mismo-techo.pdf
- Villagrasa, C. (2021, 20 de abril). Las 10 novedades de la nueva ley de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. *The Conversation*. <https://theconversation-com.cdn.ampproject.org/c/s/theconversation.com/amp/las-10-novedades-de-la-nueva-ley-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia-159108>



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.v3i3.9>

El acceso a la justicia de las víctimas en el contexto de la COVID-19

The access to justice of victims in the context of COVID-19

ANA MARÍA CHÁVEZ MATOS

Fiscalía de la Nación. Distrito Fiscal de Huánuco
(Huánuco, Perú)

Contacto: achavezdj@mpfn.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0001-6213-9268>

RESUMEN

El presente artículo estudia los diversos problemas que enfrentan las víctimas para acceder a la justicia en el marco de la emergencia sanitaria ocasionada por la COVID-19. Se manifiesta la gran importancia y utilidad práctica que poseen las 100 Reglas de Brasilia en el tratamiento y el acompañamiento de la víctima durante el trabajo que realiza el Ministerio Público en aras de la defensa de sus derechos vulnerados. Se mencionan los retos que estableció la imposición de la cuarentena a nivel institucional, así como las consecuencias que esta trajo en el aumento del número de víctimas que forman parte de la población vulnerable.

Palabras clave: acceso a la justicia; Reglas de Brasilia; COVID-19; derechos de las personas vulnerables; victimización.

ABSTRACT

This article studies the various problems faced by victims in accessing justice in the context of the health emergency caused by COVID-19. It shows the great importance and practical usefulness of the 100 Brasilia Rules in the treatment and accompaniment of the victim during the work carried out by the Public Prosecutor's Office to defend their violated rights. It mentions the challenges posed by the imposition of quarantine at the institutional level. Also, the consequences of quarantine, for example, the increase in the number of victims among the vulnerable population.

Key words: access to justice; Brasilia Rules; COVID-19; rights of vulnerable persons; victimization.

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

1. INTRODUCCIÓN

El Perú ha experimentado, cada cierto tiempo, crisis humanitarias por pandemias de origen nacional e internacional, como el cólera, que entre los años 1991 y 1995 dejó 4835 muertes, o la enfermedad viral del dengue, que entre los años 2014 y 2019 provocó más de 275 muertos, así como su rebrote entre enero y febrero de 2020 que causó 20 228 contagiados (Landa, s. f., p. 1). Considerando estos números, lo cierto es que la pandemia por la COVID-19, que comenzó en el 2020, ha dejado una profunda huella en el mundo, especialmente por ser altamente peligrosa y tener un saldo de muertos exorbitante. Solo en Perú, la primera ola dejó más de un millón de contagiados y 37 000 muertes (Johns Hopkins University & Medicine, 2020). Debido a esta situación, la vida «normal» que conocemos ha tenido que cambiar y adaptarse, pero la pregunta que subyace es la siguiente: ¿cómo ha afectado realmente la nueva normalidad a nuestro aparato de justicia?

Si bien nuestro Estado ha venido acatando medidas de seguridad para contener el avance de la enfermedad, estas no impiden que la comisión de delitos y faltas se produzca. De hecho, para delitos como los de violencia intrafamiliar o abuso doméstico, puede que dichas medidas hayan sido un medio de facilitación y perpetuación de las situaciones de riesgo para las víctimas, quienes son forzadas a convivir con sus agresores en una cuarentena. Frente a este hecho, sin ser ajenos a la realidad, ha sido necesario adecuar las vías de actuación de los aparatos estatales, como el Poder Judicial y el Ministerio Público. El presente artículo tiene como finalidad analizar dicha adecuación y enlazarla con la posición y el trato que se da a las víctimas, a la luz del respeto de las 100 Reglas de Brasilia (en adelante, las Reglas). Para cumplir con este objetivo, dividiremos este trabajo en tres partes. En la primera, se expondrán las razones para incluir el tratamiento de la víctima en las Reglas, así como la importancia del citado documento. En la segunda parte, se analizará a la víctima frente al proceso judicial, desde la óptica de la pandemia de la COVID-19. En el tercer acápite, se presentarán las medidas que ha acogido el Ministerio Público, a través de dos documentos principales: la Resolución Presidencial n.º 001469-2020-MP-FN-PJFSHUANUCO y la Resolución Presidencial n.º 002022-2020-MP-FN-PJFSHUANUCO. Finalmente, brindaremos conclusiones sobre lo expuesto, así como recomendaciones acerca de las acciones y las directrices acatadas por el Ministerio Público en el contexto de la pandemia.

2. ¿POR QUÉ SON IMPORTANTES LAS 100 REGLAS DE BRASILIA EN EL TRATAMIENTO DE LAS VÍCTIMAS?

Históricamente, a nivel nacional e internacional, especialmente en sistemas penales de corte inquisitivo, la víctima ocupó un rol secundario en los procesos penales. Su reconocimiento normativo era menor y

sus derechos prácticamente eran inexistentes (Duce et al., 2014, citado por Farro, 2020, p. 225). Así, la autora citada destaca que, de hecho, en el anterior Código de Procedimientos Penales, aún vigente en ciertas zonas del país, no se evidencia ningún artículo que haga referencia a los derechos de la víctima. Afortunadamente, esta línea ha cambiado en el actual Código Procesal Penal, al traer aspectos con una visión acusatoria-garantista, que sitúan a la víctima como un sujeto activo en el proceso y no como un simple observador pasivo y sin participación.

Este cambio puede deberse a muchas razones; no obstante, la principal radica en respetar la dignidad de la víctima, máxime cuando este respeto se establece desde el artículo 1 de nuestra Constitución, convirtiéndose así en el principal eje de atención de los operadores jurídicos, quienes no deben ignorar sus necesidades. Sin embargo, aún hoy se presentan situaciones de discriminación y victimización, las cuales provienen de prejuicios o falta de capacitación. Por ello, los documentos internacionales como las Reglas son tan importantes. Por un lado, porque es uno de los pocos documentos, sino el único, que se enfoca en reivindicar el papel de la víctima y, en especial, de aquella que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, sea por su raza, sexo u otras condiciones. Por otro lado, su carácter vinculante hace obligatorio su cumplimiento para los Estados, lo cual lo convierte en un mecanismo indispensable para la defensa y la protección de los derechos humanos.

Como indican Andreau-Guzmán y Courtis (2008):

tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público y las Defensas Públicas u Oficiales —y no solo los poderes políticos— tienen responsabilidades en materia de acceso a la justicia de personas y grupos sociales en situación de vulnerabilidad. Esto, claro, no es novedoso en materia de derecho internacional de los derechos humanos, pero las Reglas merecen ser elogiadas por constituir un ejemplo de expresa asunción y toma de conciencia de

la exigencia de esas obligaciones por parte de los operadores del sistema de justicia, que se traduce en el establecimiento de lineamientos para su operacionalización concreta (pp. 51-52).

Así, las Reglas se estipularon con la finalidad de brindar protección a los derechos de las personas vulnerables, entre las que se encuentran las víctimas, sea por la naturaleza del delito (violencia familiar, sexual, entre otras) o por sus cualidades (raza, sexo, orientación sexual, entre otras). Asimismo, para terminar de entender esta consideración de las víctimas, es necesario comprender dos hechos básicos que atraviesan. Primero, visibilizar que, debido a situaciones de discriminación tradicional, existe una particular desventaja de ciertos grupos de personas frente a la generalidad de la sociedad, situación que se funda en cualidades como la raza, el sexo, la edad, la religión, entre otras. Segundo, advertir que, por esta desventaja, cuando muchas personas son víctimas de lesiones a sus derechos, no reciben los mismos criterios de investigación y tutela jurisdiccional. Es decir, no solo hay una lesión al derecho mismo, sino una segunda vulneración proveniente del actuar de los operadores de justicia.

Los dos hechos descritos son fácilmente perceptibles en el contexto de nuestro país, pues es sabida la histórica discriminación de la que son víctimas los miembros de las comunidades campesinas y las poblaciones nativas. Asimismo, las cifras de violencia familiar y, especialmente, violencia contra la mujer son evidencia de una clara agresión a las mujeres por su condición. En estos casos de violencia, los operadores de justicia no siempre actúan teniendo en cuenta las particularidades de la persona, como el sexo, la pertenencia cultural, entre otras. Además, las víctimas que provienen de grupos vulnerables reciben tratos basados en prejuicios que nublan y parcializan la actividad de los operadores de justicia. Un claro ejemplo se halla en el caso reciente de la joven que fue ultrajada por un grupo de cinco hombres. En este caso,

una de las declaraciones públicas del abogado defensor consistía en sostener que a la víctima «le gustaba la vida social» (Pereyra, 2020).

Todas estas conductas por parte de los operadores de justicia, que atentan contra la víctima al no considerar su situación de vulnerabilidad, se encuadran en lo que Morales (2019) califica como victimización (p. 76), esto es, la situación o las situaciones que atraviesa la víctima una vez que se inserta en la actividad judicial. Sin embargo, antes de ingresar plenamente en el concepto e implicancia de la victimización, es necesario tener en cuenta el concepto de víctima. Así, las Reglas consideran como tal a «toda persona que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico» (citado por Elhorriburu, 2019, p. 26). En adición, la Circular n.º 034-2009, mediante la cual se otorgó valor a la Acordada de las Reglas, estableció que el término «víctima» también podrá incluir, en cada caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa.

Una vez determinado el concepto de víctima, podemos abordar el concepto de victimización indicado líneas arriba, pues este resulta de vital importancia para demostrar por qué la víctima, que de por sí ya es vulnerable, incrementa este estado al pertenecer a un grupo en situación de vulnerabilidad, sea una comunidad campesina, menores de edad, mujeres, personas LGBTQ+, entre otros. Así, de acuerdo con Morales (2019), existen tres tipos de victimización: a) la victimización primaria, que presenta la víctima directa como consecuencia del delito que ha lesionado alguno o varios de sus derechos; b) la victimización secundaria, que se refiere a las consecuencias negativas del sistema de justicia cuando le corresponde atender a una víctima; y c) la victimización terciaria, que explica la estigmatización que realiza la sociedad sobre la víctima.

Con el concepto de victimización secundaria se pretende hacer referencia al impacto de carácter preferentemente psicológico que sufre la víctima cuando entra en contacto con las instancias policiales y judiciales, ya que con este hecho la vivencia criminal se actualiza y revive, con la consiguiente generación de estados de impotencia, temor y abatimiento, que pueden conducir al padecimiento de desórdenes psíquicos, a los que sin duda también puede contribuir la victimización terciaria, es decir, la estigmatización social de la víctima. En definitiva, se refiere a lo pernicioso de la relación entre la víctima y el sistema legal (Tamarit, Villacampa y Filella, 2010, p. 285; Gutiérrez, Coronel y Pérez, 2009, pp. 50-55).

Por lo expuesto hasta ahora, efectivamente, la víctima que pertenece a un grupo en situación de vulnerabilidad puede presentar los tres niveles de victimización. De hecho, por lo general, al menos se presentará el segundo nivel, pues muchos de los operadores jurídicos no están capacitados. Claro está que este tema vinculado a las poblaciones vulnerables y el trato que reciben no inspira un análisis exclusivamente jurídico, sino que debe mediar también alguna explicación desde la sociología jurídica. En ese sentido, es relevante mencionar los postulados de ciudadanía de Gibney (2014), para quien la ciudadanía tiene dos dimensiones o modos de entender. La primera se refiere a la ciudadanía en cuanto nacionalidad, donde se tendrá de un lado a los nacionales y, de otro lado, a los extranjeros legales e ilegales. Sobre esta primera cuestión no hay tanto debate, pues las normas de ingreso y nacionalidad de cada país se determinan con criterios a veces políticos y/o económicos. Lo verdaderamente relevante recae en la segunda dimensión, en la cual la ciudadanía es vista como una posición. Esta se encuadra en la idea de que una persona merece igual respeto que los demás miembros de la sociedad y que, como tal, no solo se le deberán conceder y tutelarse sus derechos, sino también se le debe permitir participar en la vida democrática del Estado.

Bajo esa lógica, Gibney (2014) enfatiza que la ciudadanía como posición es inherentemente exclusiva, esto es, cuando definimos quién tiene ciudadanía lo hacemos definiendo primero quién no la tiene, quién no se posiciona o no pertenece a la sociedad. De esta forma, el autor ha identificado cuatro situaciones de nula o alterada ciudadanía (pp. 39-43). De entre los tipos de no ciudadanía, la que nos interesa, a efectos de entender por qué se produce un trato diferenciado con las personas en estado de vulnerabilidad, es el cuarto tipo, al que el autor califica como «ciudadanía atrofiada» y que describe así:

Estas personas poseen tanto la nacionalidad [ciudadanía como membresía legal de pertenencia] como la igualdad formal legal en su sociedad de residencia, pero su capacidad de ejercer los derechos y privilegios de la ciudadanía se ve efectivamente «atrofiada» por rasgos informales de la sociedad en cuestión, como por ejemplo, el racismo, el sexismo y las privaciones económicas [clase social] (p. 42).

Con esta base es evidente que el Estado debe iniciar con ciertas políticas y disposiciones que ayuden a no caer en esta victimización basada en la falta de comprensión y manejo de situaciones diferenciales de las personas pertenecientes a grupos vulnerables, especialmente en casos de agresión seria, como la violencia doméstica o sexual. En este punto se encuentra la verdadera importancia de contar con documentos como las Reglas.

3. LA VÍCTIMA Y EL PROCESO EN EL CONTEXTO DE LA COVID-19

Pese a lo expuesto, se ha de tener presente que se pueden producir situaciones que escapan de nuestro control, tal es el caso de la pandemia a causa de la COVID-19. Como se expuso, esta es una enfermedad que, por su alta peligrosidad y contagio, ha merecido la intervención

de acciones concretas de los Estados, la cuarentena ha sido la medida más eficaz. No obstante, esta se reduce al aislamiento de las personas y puede no considerar otras variables presentes en nuestra sociedad. El caso más dramático lo encontramos en los delitos de violencia doméstica-familiar, en los que las víctimas se encuentran prácticamente aisladas con sus victimarios. Por tanto, se colige que si bien es cierto que la cuarentena resultó ser efectiva para combatir a la COVID-19, no lo fue para evitar la comisión de delitos.

De acuerdo con el diario *Gestión*, durante el 2020 las denuncias por violencia de género aumentaron en un 130 %. Igualmente, como mencionó la ex ministra de la Mujer, Silvia Loli, en el mismo período de confinamiento, se registraron un total de 7138 denuncias por violación sexual (2021, párr. 1). Cabe destacar que dichos datos son proporcionados por personas que pudieron denunciar. En ese sentido, debe tenerse presente que muchas otras personas, sea por conectividad, disponibilidad u otras razones, no pudieron acercarse a las entidades o vías correspondientes de ayuda. Tal es el caso, por ejemplo, de víctimas pertenecientes a comunidades nativas o campesinas. Por ello, si bien presentamos cifras enfocadas en la violencia contra la mujer, no se excluye a las víctimas pertenecientes a otras esferas o grupos sociales.

Así, en la comunidad LGBTI también podemos identificar situaciones de violencia. Es importante recalcar que este grupo social es considerado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020) como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues se trata de un sector de la ciudadanía históricamente marginado y que experimenta violencia y discriminación (pp. 48-51). En ese sentido, han sido varios los escenarios y las situaciones en medio de esta pandemia que han violentado de alguna manera a esta comunidad. Tal como lo expone el «Informe anual sobre la situación de los derechos humanos de las personas LGBTI en Perú 2020», la emergencia sanitaria por la

COVID-19 ha significado un agravante para el contexto de desigualdad que ya atravesaba esta comunidad (Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, 2021, p. 17). Especial mención merece la conocida ley de pico y género que causó discriminación hacia personas trans por parte de la Policía Nacional (Bazo, 2020).

Estas cifras y datos son evidencia clara de que el tratamiento de la víctima debe también adecuarse a las circunstancias que atravesamos. El hecho de tener una pandemia en pleno auge no elimina los demás problemas de la sociedad. Por ello, a lo largo del 2020 y el 2021, se han implementado políticas y programas para proteger a la víctima, incluso en el escenario pandémico. Uno de los canales más comunes fue el de la línea telefónica o los sitios web de las instituciones estatales, así como los canales o las redes sociales en los que se hacían públicas muchas situaciones de violencia.

Dichas medidas tratan de paliar los efectos negativos que puede traer el aislamiento como medida sanitaria, ya que permiten tener un canal de acceso a la tutela de derechos. De no existir, se estarían maximizando los efectos negativos de la victimización secundaria, que es la más negativa, puesto que supone que el propio sistema legal, que debe tutelar los derechos, genera un escenario que afecta a la víctima y puede alejarla de buscar la ayuda que requiere. No obstante, se reconocen ciertos factores que pueden limitar este acercamiento del aparato de justicia con la víctima. El primero, y más cercano, resulta la aún presente pandemia que en sus inicios originó la suspensión perfecta de labores. Como indica Farro (2020), los órganos jurisdiccionales penales no están funcionando, aunque el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en acatamiento al estado de emergencia a través de la R. A. n.º 115-2020-CE-PJ, haya establecido reglas para el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales y administrativos indispensables en el período de emergencia (p. 7).

A ello se suma que, como segundo factor, incluso antes de la pandemia nuestro sistema legal atravesaba por una crisis debido a la alta demanda que supone la cantidad de expedientes en los juzgados. Lo que implicaba que inclusive el juez más abocado y eficiente no podría solucionar en un corto tiempo, pues ello puede conducir a una o más vulneraciones a los derechos humanos. Recordemos que si bien una de las cualidades deseadas de la justicia es la celeridad, ello no supone que una decisión judicial rápida, en todos los casos, respete todos los derechos de las partes.

4. EL IMPACTO DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO VÍCTIMAS VULNERABLES

Otro grupo vulnerable que merece especial atención es la familia, no como una simple reunión de individuos, sino por ser el núcleo de nuestra sociedad, ya que una de sus funciones principales es la de proteger y educar a los niños y las niñas, quienes por su misma condición son más vulnerables. Por esta razón, su mención y tratamiento debe ser individualizado.

Si bien las Reglas no hacen una mención específica a la familia, dentro de la definición que dan de víctima en situación de vulnerabilidad se puede identificar, sin lugar a duda, a los niños y las niñas, así como a los demás miembros que componen una familia, como las mujeres, los ancianos, las personas de la comunidad LGBTI+, entre otros. Ello, en razón a que, como indica Carbonell (2006), el concepto de familia ha ido evolucionando a causa de distintos factores, entre los que destaca la evolución de la sociedad y la conformación de diversos espacios y relaciones que antaño pudieron parecer «inadecuados», tal es el caso de las uniones de hecho, las familias homoparentales, nucleares, reconstruidas, entre otras (pp. 90-95). No obstante, Bermúdez (2019)

indica que, a pesar de los cambios que experimentó y que aún se mantienen para la institución de la familia, aquello que permanece es la consideración de su rol fundamental para la sociedad. Prueba de ello se encuentra en el amplio desarrollo constitucional que ha venido atravesando, en especial, en cuanto a su protección y fomento (pp. 3-7).

En adición a lo expuesto, se debe considerar la amplia vulneración a la que están expuestos los menores, tanto fuera como dentro del entorno familiar. Como afirma Peña (1997), las relaciones familiares representan situaciones sociales que suponen una interacción permanente en el tiempo (p. 123). Es así que, de presentarse conflictos dentro de este espacio, se pueden generar diversas consecuencias, dos de las más destacadas son cuando dicho conflicto presenta violencia de cualquier tipo contra uno o más integrantes de la familia. El primero, como afirma Caivano (s. f.), es que se corre el riesgo de que el conflicto rompa las relaciones familiares, lo cual afecta especialmente a los menores, pues se crean resentimientos o desgaste en la relación con sus familiares, generalmente con sus progenitores (p. 55). El segundo es que la violencia que se presenta puede ser aprendida a través de patrones de comportamiento que son adquiridos por los menores y estos continúan con el ciclo de violencia. Asimismo, estas conductas violentas pueden afectar lo que los menores consideran «roles de género», y conducir a que construyan personalidades agresivas y dominantes, en el caso de los varones, y, en el caso de las mujeres, una personalidad sumisa y dependiente (Chávez, 2020, p. 26).

De lo expuesto, queda demostrado que, en el caso especial de los menores de edad, las consecuencias de la violencia intrafamiliar pueden ir más allá de la afectación física, pues se genera un gran impacto psicológico e incluso conductual. Por ello, no solo las Reglas, sino, además, otros documentos internacionales, como la Convención

Americana de Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño, han destacado la importancia de que los Estados tutelen el bienestar de los niños y los adolescentes, que fomenten los espacios seguros de socialización y, en especial, que protejan a la familia, siempre velando por el interés superior del niño. En ese sentido, las acciones que tome nuestro Estado, respecto del tratamiento de las víctimas vulnerables, no pueden eludir la responsabilidad de tutela y protección a los menores, mucho menos en un contexto de pandemia en el que, como se expuso, el confinamiento y la convivencia constantes con los agresores también suponen una afectación y merecen nuestra atención.

5. ¿QUÉ ACCIONES CONCRETAS HA TENIDO EL MINISTERIO PÚBLICO Y CUÁL ES EL MÉRITO DE ESTAS?

Como se ha expuesto en los apartados anteriores, es evidente la necesidad de contar con mecanismos, medidas y políticas públicas que garanticen la seguridad de la víctima, incluso en tiempos de pandemia. Específicamente, en este apartado analizaremos de manera detallada dos documentos aplicados por el Ministerio Público en el Distrito Fiscal de Huánuco: la Resolución Presidencial n.º 001469-2020-MP-FN-PJFSHUANUCO y la Resolución Presidencial n.º 002022-2020-MP-FN-PJFSHUANUCO.

Ambas resoluciones son un avance considerable en la tutela de la víctima en medio de esta pandemia, pues no solo enfatizan el cumplimiento de las labores de dicho organismo, sino que, sobre todo, establecen los medios por los que la víctima puede acceder a canales de ayuda. Esto es posible mediante la «Guía de trabajo remoto para la atención de usuarios que establece el procedimiento de mesa de partes digital del Distrito Fiscal de Huánuco», en cuya sexta disposición, en los subincisos 3 y 4 del punto 1 («Procedimiento digital»), se establece lo siguiente:

- El horario de atención al público (presencial y remoto) se encuentra establecido por días, horas, dependencias y distrito fiscal.
- El documento digitalizado (desarrollado en el punto 1) es derivado al correo del representante del trámite. Para lo cual, se requiere la presencia de un personal de atención para recepcionar y digitalizar los documentos presentados por el usuario, la entrega de EPP al servidor, la instalación de un módulo de recepción y digitalización (una computadora y un escáner instalado y configurado a la Red Wan Institucional; el módulo será ubicado al ingreso de cada local).

Ambos acápite muestran dos puntos importantes. Primero, que la atención al público, en donde claramente se incluye a las víctimas, permanece abierta al usuario, ya sea de manera presencial o remota. Con ello, se salvaguarda el distanciamiento social, pero no se deja de reconocer que muchas personas, especialmente de las comunidades campesinas o nativas, no disponen de los recursos tecnológicos para solicitar una atención remota. Lo cual es sumamente relevante para regiones como Huánuco, pues tiene una población mayor en zonas rurales que urbanas. Segundo, se tiene contemplada la actuación remota de los fiscales al permitir digitalizar la información, para ello se darán los mecanismos y los recursos físicos necesarios, como la computadora y el escáner.

Aunado a ello, ambos documentos han enfatizado la capacitación que deben tener los operadores de justicia para manejar las plataformas digitales que, por la coyuntura, ha sido necesario implementar. Dicha disposición se encuentra fijada en el punto nueve de la sexta disposición, que establece:

Capacitación: Se realizará con el «Instructivo de uso de Meet» y el «Instructivo del uso del sistema inteligente de apoyo - SIA» con el siguiente esquema:

- Introducción (conceptos rápidos de todos los aplicativos)

- Uso de Meet (prerrequisitos, instalación y forma de ingreso, creación de sala de reunión, ingreso a sala, grabación de reunión, compartir pantalla y ajustar dispositivo)
- Uso del calendario
- Uso de Drive
- Uso de Docs
- Uso de correo
- Uso de contactos
- SIA (sistema inteligente de apoyo)

Esta disposición se reitera en el artículo quinto de la parte resolutive, que fija

disponer que la Oficina de Informática de Huánuco proceda a realizar la capacitación del personal fiscal, administrativo, abogados y otros, respecto de la Guía de trabajo remoto para la atención de usuarios que establece el procedimiento de mesa de partes digital del Distrito Fiscal de Huánuco, así como la correspondiente socialización a través de los medios de comunicación respectivos, para el conocimiento y uso de los usuarios del sistema fiscal.

Es relevante destacar que esta capacitación no se enfoca en un único medio digital de comunicación y organización. Así, destaca, por ejemplo, la plataforma Google Meet, que se enfoca netamente en las reuniones a distancia y, por otro lado, la plataforma Google Drive, que permite almacenar documentos y archivos diversos (fotos, libros digitales, entre otros), la cual puede compartirse a más de un usuario. Asimismo, ambas resoluciones presidenciales permiten la implementación del Protocolo Interinstitucional para el Uso de Herramientas Tecnológicas en la Investigación Preliminar de Aplicación Excepcional durante el Estado de Emergencia Sanitaria, documento que hace posible el uso de las plataformas digitales ya descritas, y que, además, contempla el uso de espacios digitales menos formales pero más usados, como la red social WhatsApp, descrita en el inciso B del punto V.

Otro de los puntos fuertes y rescatables es que, aun conservando los protocolos de bioseguridad, las actividades que requieren de la presencia de la víctima, como la entrevista en cámara Gesell, han sido modificadas, pero no desnaturalizadas. Es decir, si bien se ha reducido el número de personas que pueden estar presentes en la entrevista (a un máximo de tres), no se ha eliminado la presencia de la víctima ni del psicólogo que debe hacer el examen y el análisis que determine la presencia o gravedad de la agresión. Ello es sumamente importante, pues permite conservar este espacio seguro e íntimo en el que la víctima puede desenvolverse, sin el miedo de conectarse a un aparato y que su agresor esté presente o dejar de sentir ese contacto humano que le permita narrar los hechos de su agresión. Lo descrito se encuentra ubicado en el punto tres de la sexta disposición: «La sala de entrevistas, debido a la importancia de contar con la presencia del psicólogo y la víctima, contará con un mínimo de dos personas y máximo de tres personas».

En ese sentido, en el contexto peruano se observa que, a la fecha, nos enfrentamos a problemas colosales que representan un reto para el sistema de justicia peruano. Se tiene una deuda histórica con la reivindicación de las víctimas en los diferentes niveles, que se ha acrecentado en tiempos de la pandemia y que debe mitigarse cuanto antes.

6. CONCLUSIONES

1. A lo largo del presente artículo se han destacado tres puntos principales que se complementan entre sí: la importancia de la debida tutela a la víctima, teniendo como principal fuente vinculante a las 100 Reglas de Brasilia; que dicha situación se ha modificado frente a la coyuntura global de la pandemia por la COVID-19; y, finalmente, que dicha modificación de la víctima debe ir de la

mano con la adecuación de los operadores y las entidades del Estado, para así brindar una efectiva tutela jurisdiccional.

2. Sin embargo, reconocemos que estos primeros pasos, si bien son importantes y rescatables, pueden tener puntos débiles que deben ser reforzados a causa de la sorpresiva aparición de una enfermedad como la COVID-19, la cual no solo afectó a la salud y la percepción que tenemos sobre la atención médica de nuestro país, sino también a las demás entidades del Estado, pues la presencia de una enfermedad e incluso la instauración de períodos de cuarentena no elimina, ni suprime, ni mucho menos previene la comisión de delitos, especialmente aquellos que se cometen en el núcleo familiar, en el que la víctima, por condiciones de edad, sexo u otras, es más vulnerable a la agresión y a la perpetuación de dicha vulneración.
3. En ese sentido, tanto los documentos analizados como otros de igual naturaleza deben tener más presente a la víctima y considerar las situaciones que puede atravesar, por ejemplo, la carencia de equipos tecnológicos, que no permite una denuncia temprana e incluso estar presente en el juicio mismo, como es el caso de las comunidades andinas o nativas en zonas alejadas; la convivencia con sus victimarios por el mismo estado de emergencia durante la cuarentena, situación que impide un acercamiento a los operadores de justicia, pues el aislamiento y el estado de sujeción es mayor; entre otras situaciones. Sin embargo, este es un proceso que ha de avanzar de a pocos y que debe recibir una retroalimentación proveniente de diversas fuentes. Con ello, la meta final siempre será construir un sistema que permita tutelar los derechos de las personas, especialmente de las víctimas, incluso en circunstancias tan adversas como la pandemia por la COVID-19 que hasta la fecha sigue provocando consecuencias negativas.

REFERENCIAS

- Andreau-Guzmán, F. y Courtis, C. (2008). Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. En Ministerio Público de la Defensa - Defensoría General de la Nación, *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia* (pp. 51-60). Defensoría General de la Nación.
- Bazo, A. (2020, 17 de abril). ¿Por qué falló Perú con el «pico y género» para contener al Covid-19? *France 24*. <https://www.france24.com/es/20200417-peru-fallo-pico-y-genero-coronavirus-confinamiento>
- Bermúdez, V. (2019). Familia y Constitución. En *Materiales de enseñanza de Derecho de Familia* (pp. 1-11). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Caivano, R. (s. f.). Los métodos alternativos de solución de conflictos en América Latina: logros y desafíos. *Revista Sembramos Oportunidades*, 51-68.
- Carbonell, M. (2006). Familia, Constitución y derechos fundamentales. En Álvarez, R. (coord.), *Panorama internacional de derecho de familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (t. 1, pp. 81-95). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex) (2021). *Informe anual sobre la situación de los derechos humanos de las personas LGBTI en el Perú 2020*. <https://promsex.org/wp-content/uploads/2021/05/InformeAnualDeDerechosHumanosPersonasLGBTI2020.pdf>
- Chávez, A. (2020). *La mediación en los delitos de violencia familiar: la participación de las partes en su reparación* [Tesis de maestría]. Universidad de Medellín.

- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2020). Resolución Administrativa n.º 115-2020-CE-PJ. Lima: 16 de marzo de 2020. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7413f1804d9280529df1df5cd3eb06f8/RA-115-2020-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7413f1804d9280529df1df5cd3eb06f8>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Sentencia Serie C n.º 402. Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú: (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Lima: 12 de marzo de 2020. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf
- Elhorriburu, L. (2019). Las buenas prácticas judiciales en la aplicación de las 100 Reglas de Brasilia en casos de personas vulnerables. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.), *Reglas de Brasilia. Por una justicia sin barreras* (pp. 13-29). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; Fondo Editorial del Poder Judicial.
- Farro, A. (2020). *La víctima del proceso penal en tiempos de COVID-19*. Universidad Santo Tomás de Colombia. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/27458/La%20Victima%20Del%20Proceso%20Penal%20En%20Tiempos%20De%20Covid-19.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gestión (2021, 8 de marzo). Denuncias por violencia de género se incrementaron 130 % en el 2020 en Perú. *Gestión*. <https://gestion.pe/peru/denuncias-por-violencia-de-genero-se-incrementaron-130-en-el-2020-en-peru-noticia/?ref=gest>
- Gibney, M. (2014). ¿Quién debería ser incluido? No-ciudadanos, conflictos y constitución de la ciudadanía. En Stewart, F. (ed.), *Conflictos y desigualdades horizontales. La violencia de grupos en sociedades multiétnicas* (pp. 39-55). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Gutiérrez, C., Coronel, E. y Pérez, C. (2009). Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. *Liberabit*, 15(1), 49-58. <https://www.redalyc.org/pdf/686/68611923006.pdf>
- Johns Hopkins University & Medicine (2020). COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU). <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>
- Landa, C. (s. f.). *Constitucionalización del derecho fundamental a la salud*.
- Morales, L. (2019). Fortaleciendo el sistema de atención de las víctimas de violencia bajo la técnica de entrevista única. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.), *Reglas de Brasilia. Por una justicia sin barreras* (pp. 69-87). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; Fondo Editorial del Poder Judicial.
- Peña, C. (1997). Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2(1-2), 109-132. https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica06.pdf
- Pereyra, G. (2020, 21 de octubre). Violación grupal en Surco: las claves del caso que implicaría 26 años de cárcel para los acusados. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/violacion-grupal-en-surco-las-claves-del-caso-que-implicaria-26-anos-de-carcel-para-los-acusados-noticia/>
- Tamarit, J., Villacampa, C. y Filella, G. (2010). Secondary victimization and victim assistance. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 18(3), 281-298. https://brill.com/view/journals/eccl/18/3/article-p281_4.xml?language=en&ebody=abstract%2Fexcerpt

NORMAS PARA AUTORES



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>

NORMAS PARA AUTORES

1. Objetivo de *Llanchikpaq: 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*

Publicar artículos inéditos y originales que son el resultado de estudios e investigaciones sobre temas jurídicos relacionados con los derechos humanos y las Reglas de Brasilia.

2. Sección de la revista

La revista *Llanchikpaq: Justicia* incluye la siguiente sección:

– Artículos de investigación

3. Características para el envío de los artículos

3.1. Los artículos deben cumplir los siguientes requisitos:

– Ser originales.

– Ser inéditos.

– No deberán postular simultáneamente a otras revistas u otros órganos editoriales.

- Los artículos deberán presentar título principal tanto en castellano como en inglés, además de un resumen/*abstract* (10 líneas como máximo) y un mínimo de tres palabras clave, todo en ambos idiomas. Debajo del título se debe indicar el nombre del autor, el nombre de la institución a la que pertenece, su dirección de correo electrónico institucional y su código de investigador ORCID (*Open Researcher and Contributor ID*, en español Identificador Abierto de Investigador y Colaborador).
- Los artículos deberán estar compuestos en tipo de letra Times New Roman de 12 pts., con interlínea a espacio y medio, con los márgenes siguientes: superior e inferior 2.5 cm e izquierda y derecha 2.5 cm. Los artículos tendrán una extensión mínima de 10 páginas (5000 palabras) y máxima de 30 (15 000 palabras).
- Si los artículos incluyen gráficos, fotografías, figuras o portadas de libros, las imágenes deben tener una resolución mínima de 600 KB y contar con su respectiva leyenda.
- Las palabras o frases extranjeras deberán ir solo en cursivas, sin comillas, ni negritas, ni subrayadas.

3.2. Los autores de los textos son responsables del contenido y los comentarios expresados, los cuales no coinciden necesariamente con la dirección editorial de la revista.

3.3. Los interesados en publicar en la revista *Llapanchikpaq: Justicia* deben enviar su artículo haciendo clic en la pestaña «Enviar un artículo» de la página web de la revista, para que de este modo sean evaluados por el sistema de revisión por pares ciegos.

3.4. La revista *Llapanchikpaq: Justicia* considera un proceso editorial de dos a tres meses, tomando en cuenta las etapas de recepción, evaluación y confirmación de publicación. La editora de la revista se reserva el derecho de distribuir en los distintos números de *Llapanchikpaq: Justicia* los textos evaluados según los requerimientos de cada edición; estos se orientarán generalmente por criterios temáticos.

4. Normas para la citación de las referencias en el cuerpo del artículo

Los trabajos presentados deben cumplir con las siguientes normas de referencias según la séptima edición del *Publication Manual of the American Psychological Association* (APA, 2019).

4.1. Texto de un solo autor

Todas las citas, ya sean textuales o mediante paráfrasis, deben tener al final una referencia, que es la información que servirá al lector para conocer la fuente de donde se ha tomado la cita. Esta referencia será indicada al final de la cita, anotando entre paréntesis el apellido del autor, seguido del año de publicación y del número de página:

«Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (San Martín, 2017, p. 38).

Sin embargo, cuando el nombre del autor se menciona antes de insertar la cita, ya no será necesario incluir su apellido en la referencia parentética:

Propone el juez César San Martín (2017) que «Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (p. 38).

Si el autor citado tiene más de un texto en las referencias, el año de la publicación identifica el texto citado. Y si se presenta coincidencia de autor y año, se identifica la referencia mediante letra minúscula (a, b, etc.):

«Según el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución Política del Perú, el Estado garantiza el derecho a la libertad sindical. Esta garantía se manifiesta no solo en la protección de los dirigentes frente a los actos antisindicales, sino también en el reconocimiento de ciertas prerrogativas para que dichos dirigentes puedan ejercer de modo eficaz su actividad de representación, así como en facilidades para el funcionamiento de la organización sindical. Entre estas facilidades están la licencia o permiso sindical y la cuota sindical» (Arévalo, 2019a, p. 94).

«En el derecho romano se distinguió entre el arrendamiento de cosas y el arrendamiento de servicios. Por el contrato de arrendamiento de cosas (*locatio conductio rei*) el locador se comprometía a otorgar al conductor el disfrute temporal de una cosa mueble (se incluía a los animales y a los esclavos) o inmueble, a cambio de lo cual percibía un ingreso de dinero llamado *merces*» (Arévalo, 2019b, p. 23).

4.2. Texto de dos autores

Si el texto citado tiene dos autores, sus apellidos se colocarán separados por la conjunción «y».

«Asimismo, para que este proceso civil oral sea viable, resulta imprescindible que se cambie o varíe la organización de los despachos judiciales del modelo tradicional que existe hasta la fecha. En efecto, organizacionalmente, en este tipo de procesos orales, como se tiene dicho, el hito central ya no es el expediente, sino la audiencia; por lo tanto, los recursos del Juzgado deben estar colocados en función de la más eficaz y eficiente organización de la audiencia» (Bustamante y Angulo, 2020, p. 34).

4.3. Texto de múltiples autores

Si el texto citado es de tres, cuatro o cinco autores, coloque el apellido de todos los autores la primera vez que aparezca la referencia. En las citas posteriores incluya el apellido del primer autor seguido de la abreviatura et al. (sin cursivas y con punto después de *al*):

«Hasta hace no mucho tiempo, una de las preguntas fundamentales sobre el derecho internacional público era si efectivamente era un derecho y si podía ser objeto de investigación científica. Por ejemplo, y por nombrar solo dos obras clásicas de la filosofía del derecho, Kelsen (2017 [1960], pp. 554-558) abre precisamente con esa pregunta su capítulo VII sobre Estado y derecho internacional de la *Teoría pura del derecho* (segunda edición) y así también comienza Hart (1994, pp. 212-216) el capítulo X sobre el derecho internacional en *El concepto del derecho*» (Lucas, Tijmes, Salassa y Sommer, 2019, p. 388).

«Tener clara la existencia del derecho internacional ha facilitado (y probablemente ha incentivado) dirigir la mirada desde el núcleo de la disciplina hacia sus fronteras y límites.

Tenemos claro que sí es derecho y tal vez por eso nos estamos preguntando si esa respuesta no será demasiado categórica. El derecho internacional público es derecho, ¿pero es solo derecho? ¿Es un fenómeno exclusivamente jurídico? Y a partir de las preguntas anteriores: ¿cuáles son las fronteras metodológicas para la investigación sobre el derecho internacional?» (Lucas et al., 2019, p. 389).

4.4. Texto de un autor institucional

Si el texto citado no consigna el nombre del autor, se colocará el nombre de la institución o la entidad responsable de la publicación:

En el caso de los nombramientos judiciales de primera y segunda instancia estos eran «ratificados por la Corte Suprema cada cinco años» (Congreso de la República, 1929, artículos 148 y 152).

«Si bien los plenos jurisdiccionales superiores se inician en la década de 1990, será a partir del presente siglo, que tendrán regularidad y vocación de permanencia en la práctica. Por primera vez se han organizado plenos exclusivamente en materia contencioso administrativa, comercial y abuso y explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes» (Poder Judicial, 2012, p. 19).

«Declaran Patrimonio Cultural de la Nación al manuscrito autógrafa “Rusia ante el Segundo Plan Quinquenal (1932-1933)”, del escritor peruano César Abraham Vallejo Mendoza» (El Peruano, 2019, p. 17).

4.5. Cómo insertar las citas

Si la cita literal tiene menos de cinco líneas de extensión, se señala con comillas y se incorpora como parte del texto:

El Presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que «está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial» (Rodríguez, 2017, p. 26).

Si la cita literal excede las cinco líneas de extensión, deberá ir sin comillas y en un párrafo aparte, con sangría a la izquierda, con interlineado y tipografía menor (Times New Roman 10):

El Presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que:

está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial, que permitirá con energía limpia iluminar por lo menos la Presidencia de la Corte Suprema, siendo al mismo tiempo un mensaje a los jueces del Perú para que asuman la defensa del medio ambiente como bien jurídico y la salud de nuestro gran hogar que es el planeta Tierra (Rodríguez, 2017, pp. 26-29).

Cabe precisar que no es necesario el uso de los puntos suspensivos (...) al principio ni al final de la cita literal a menos que, con el fin de prevenir una interpretación errónea, se requiera enfatizar que la cita comienza o inicia en medio de la oración.

4.6. Citas de material en línea sin paginación

Todas las citas de los textos en línea deben tener al final una referencia, que es la información que servirá para conocer la fuente de donde se ha tomado la cita. Esta referencia será indicada al final de la cita, anotando entre paréntesis el apellido del autor, seguido del año de publicación y el número del párrafo, utilizando la

abreviatura (párr.), pues muchas fuentes electrónicas no proporcionan los números de las páginas:

«La obra que está haciendo el Poder Judicial del Perú sobre las Reglas de Brasilia merece algo más que un reconocimiento simbólico, porque sus avances en materia de implementación y concienciación de estas reglas lo sitúan en primera línea, a la vanguardia, siendo un referente para todos los países iberoamericanos» (Martínez, 2020, párr. 3).

En los casos en los que el texto en línea tenga abundantes párrafos, se puede incluir el subtítulo del texto entre paréntesis, para así dirigir al lector a la ubicación del texto citado con mayor precisión:

«Que el Poder Judicial se legitime socialmente y que para ello se transformen sus estructuras es algo que el país exige y espera con ansias, casi como si buscara un reformador que clave en las puertas de Palacio 95 tesis que expresen su furia y desazón, pero también su esperanza en el imprescindible cambio» (Calderón, 2020, «El necesario cambio», párr. 4).

4.7. Parafraseo o resumen

Si la cita no es literal y se parafrasea o resume la idea, se recomienda indicar el número de página o párrafo, pues esta información ayudará a un lector interesado a ubicar el fragmento relevante de un texto largo.

Ejemplo de cita literal:

El presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que «está en marcha un proyecto para área verde en la azotea

de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial» (Rodríguez, 2017, p. 26).

Ejemplo de parafraseo:

El presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, afirmó que en el Palacio de Justicia se implementará el primer panel solar (Rodríguez, 2017, p. 26).

5. Listado de las referencias finales

Al final del artículo se deberá incluir solo las referencias citadas en la redacción de su texto, organizadas alfabéticamente. Si se citó dos o más textos de un mismo autor, se ordenará por antigüedad, empezando por el texto más antiguo. Y en caso de que se citaran dos o más textos de un autor publicados el mismo año, estos se diferenciarán con las letras a, b, c, etc., después del año de publicación:

Tello, J. (2019a). Entrevista única para niñas, niños y adolescentes en las cámaras Gesell. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.), *Protección y acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes. A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño* (pp. 239-256). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; Fondo Editorial del Poder Judicial.

Tello, J. (2019b). Derecho a la igualdad de trato y a formar una familia para las personas LGTBQI. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.), *Acceso a la justicia: discriminación y violencia por motivos de género* (pp. 115-130). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; Fondo Editorial del Poder Judicial.

5.1. Cómo referenciar un libro

5.1.1. Libro impreso

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título* (después del título, incluya cualquier información de la edición entre paréntesis, sin cursiva). Editorial.

Narváez, J. R. (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. Fondo Editorial del Poder Judicial; Red Iberoamericana de Cine & Derecho.

5.1.2. Versión electrónica de libro impreso

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título*. URL

Narváez, J. R. (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3fdd98004f2f29918bd4abeca96f216/Los+jueces+en+el+cine.pdf?MOD=AJPERES>

5.1.3. Libro exclusivamente electrónico

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título*. URL

García, P. (2016). *La lucha contra la criminalidad organizada en el Perú: la persecución del patrimonio criminal, el lavado de activos y la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/23a7af004a5258018bdbffb1377c37fd/La-lucha-contra-la-criminalidad-organizada-en-el-Per%C3%BA_compressed.pdf?MOD=AJPERES

5.2. Cómo referenciar el capítulo de un libro

5.2.1. Capítulo de libro impreso

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). Título del capítulo. En Apellido, iniciales de los nombres del editor (ed.), el compilador (comp.) o el coordinador (coord.), *Título del libro* (paginación del capítulo). Editorial.

Ramos, C. (2018). La justicia en *El mundo es ancho y ajeno*. En Távara, F. (ed.), *Ciro Alegría: asedios jurídicos* (pp. 25-59). Fondo Editorial del Poder Judicial.

5.2.2. Versión electrónica

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). Título del capítulo. En Apellido, iniciales de los nombres del editor (ed.), el compilador (comp.) o el coordinador (coord.), *Título del libro* (paginación del capítulo). URL

San Martín, C. (2017). Jueces y seguridad ciudadana. En Poder Judicial (ed.), *V, VI, VII, VIII y IX Congresos Nacionales de Jueces* (pp. 33-39). <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f7ba0b0043b73730a3e9afd60181f954/V%2C+VI%2C+VII%2C+VIII+Y+IX+CONGRESOS+NACIONALES+DE+JUECES.pdf?MOD=AJPERES>

5.3. Cómo referenciar un artículo de revista

5.3.1. Artículo en una revista impresa

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). Título del artículo. *Título de la revista*, volumen(número), paginación del artículo sin incluir la abreviatura *pp.*

Ramírez, N. (2010). La revisión de las sentencias constitucionales. *Revista Peruana de Derecho Público*, 11(21), 57-90.

5.3.2. Artículo en una revista en línea

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). Título del artículo. *Título de la revista, volumen*(número), paginación del artículo sin incluir la abreviatura *pp.* URL

Atienza, M. (2020). García Amado y el objetivismo moral. *Ipsa Jure. Revista de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque*, (50), 24-42. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/40edc7004f0dcfc696fdb76976768c74/IPSO+JURE+50+-+Versi%C3%B3n+final.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=40edc7004f0dcfc696fdb76976768c74>

5.3.3. Artículo en una revista con DOI

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). Título del artículo. *Título de la revista, volumen*(número), paginación del artículo sin incluir la abreviatura *pp.* doi

Bustamante, R. A. y Angulo, D. F. A. (2020). La oralidad en el proceso civil. Una realidad gestada por los propios jueces civiles del Perú. *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, 11(13), 19-40. doi: 10.35292/ropj.v11i13.38

5.4. Cómo referenciar un artículo de periódico

5.4.1. Versión impresa

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año, día y mes). Título del artículo. *Nombre del periódico*, página sin incluir la abreviatura *p.* o *pp.*

Patrón, C. (1999, 4 de diciembre). Crisis adolescente del Código Civil. *El Comercio*, B-3.

5.4.2. Versión electrónica

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año, día y mes). Título del artículo. *Nombre del periódico*. URL

Salas, R. (2021, 23 de junio). Los contratos civiles frente al covid-19. *Diario Oficial El Peruano*. <https://elperuano.pe/noticia/123225-los-contratos-civiles-frente-al-covid-19>

5.5. Cómo referenciar una tesis

5.5.1. Tesis impresa inédita

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título* [Tesis doctoral, tesis de maestría o tesis de licenciatura]. Universidad.

Paredes, C. A. (2002). *La eximente de miedo insuperable en el Código Penal peruano de 1991, su aplicación por los juzgados y Salas penales de Junín* [Tesis doctoral]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

5.5.2. Tesis en línea

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). *Título* [Tesis doctoral, tesis de maestría o tesis de licenciatura, universidad]. URL

Beltrán, J. A. (2001). *La posibilidad de reconocer un sistema de causa única de transferencia de propiedad inmobiliaria en el Código Civil de 1984* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/1095>

5.6. Cómo referenciar expedientes

5.6.1. Versión impresa

Nombre del autor institucional (año). Nombre y número del expediente-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional. Ciudad: fecha de sentencia.

Poder Judicial (2015). Expediente n.º 03671-2015- 0-1801-JP-CI-08. Lima: 6 de mayo de 2015.

5.6.2. Versión electrónica

Nombre del autor institucional (año). Nombre y número del expediente-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional. Ciudad: fecha de sentencia. URL

Tribunal Constitucional (2015). Expediente n.º 08238-2013-PHD/TC-Lambayeque. Lima: 6 de mayo de 2015. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/08238-2013-HD.pdf>

5.7. Cómo referenciar resoluciones

5.7.1. Versión impresa

Nombre del autor institucional (año). Nombre y número de la resolución-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional. Ciudad: fecha de resolución.

Poder Judicial (2013). Resolución Administrativa n.º 120-2013-P-PJ. Lima: 12 de abril de 2013.

Ministerio de Justicia (1993). Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS, Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Lima: 23 de abril de 1993.

5.7.2. Versión electrónica

Nombre del autor institucional (año). Nombre y número de la resolución-año-código del juzgado y cualquier información descriptiva adicional. Ciudad: fecha de resolución. URL

Poder Judicial (2018). Resolución Administrativa n.º 335-2018-CE-PJ. Lima: 19 de diciembre de 2018. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0b34e5004ce9dbde9e7affe93f7fa794/RA-335-2018-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0b34e5004ce9dbde9e7affe93f7fa794>

5.8. Cómo referenciar casaciones, autos, decretos, leyes y otros textos jurídicos

5.8.1. Versión impresa

Nombre del autor institucional (año). Nombre y número de la casación, del auto, del decreto o de la ley-año y cualquier información descriptiva adicional. Ciudad: fecha de la casación, del auto, del decreto o de la ley.

Poder Judicial (2015). Casación n.º 3671-2014-Lima. Lima: 5 de noviembre de 2015.

5.8.2. Versión electrónica

Nombre del autor institucional (año). Nombre y número de la casación, del auto, del decreto o de la ley y cualquier información descriptiva adicional. Ciudad: fecha de la publicación de la ley. URL

Congreso de la República (2017). Ley n.º 30709. Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. Lima: 27 de diciembre de 2017. http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ADLP/Normas_Legales/30709-LEY.pdf

5.9. Cómo referenciar medios audiovisuales y redes sociales

5.9.1. Película

Apellido, iniciales de los nombres del director (director). (año). *Título de la película*. [Película]. Productora.

Lumet, S. (director). (1996). *El lado oscuro de la justicia*. [Película]. Paramount Pictures.

5.9.2. Documental

Apellido, iniciales de los nombres del director (director). (año). *Título del documental*. [Documental]. Productora. Si son varias compañías productoras, separe con punto y coma.

Ramos, M. A. (directora). (2004). *Justiça*. [Documental]. Selfmade Films; Limite Produções; NPS Television.

5.9.3. Entrevista

Apellido, iniciales de los nombres del entrevistador (entrevistador). (año, día y mes). Título de la entrevista [Entrevista]. En *Título del programa*. Medio de difusión. URL

RPP Noticias (entrevistador). (2020, 25 de julio). Pilar Mazzetti: Las cifras de COVID-19 «van a seguir incrementando». [Entrevista]. En *La Rotativa del Aire*. Radio Programas del Perú. <https://www.youtube.com/watch?v=7xK4YDbT-gc>

5.9.4. Podcast

Apellido, iniciales de los nombres del productor (productor). (año, día y mes). Título del podcast [Audio en podcast]. En *Título del programa*. Medio de difusión. URL

Carvalho, F. (productor). (2020, 24 de julio). La Contraloría contra la impunidad [Audio en podcast]. En *Las cosas como son*. Radio Programas del Perú. <https://rpp.pe/audio/podcast/lascosascomoson/la-contraloria-contra-la-impunidad-4429>

5.9.5. Video en YouTube

Apellido, iniciales del autor (año, día y mes). *Título del video* [Video]. En Fuente de difusión. URL

Lama, H. (2017, 7 de agosto). *Implementación y Funcionamiento del Expediente Judicial Electrónico*. [Videoconferencia]. En Aula Virtual del Poder Judicial. <https://www.youtube.com/watch?v=M6YiExoKW3U>

GUIDELINES FOR AUTHORS

1. The main objective of *Llapanchikpaq: Righteousness. Review of Permanent Commission on Access to Justice for People in a Condition of Vulnerability and Justice in your Community of the Judicial Power of Peru*

To disseminate unpublished articles that are the result of studies and research on legal issues related to human rights and the Brasilia Rules.

2. Section of the review

Llapanchikpaq: Righteousness includes the following section:

- Research papers

3. Characteristics for submitting articles

3.1. All papers submissions must meet the following requirements:

- Original.
- Unpublished.
- The contribution will only be required to apply for this review and not for another publication.

- The articles must have a main title, as well as a summary (10 lines maximum) and a minimum of three keywords, each in both Spanish and English. The author's name, the institution's name to which he/she belongs, his/her institutional email address and his/her ORCID identifier (Open Researcher and Contributor ID) must be indicated below the title.
- The manuscripts must be written in Times New Roman 12 with a 1,5 spacing, with the following margins: top and bottom 2.5 cm and left and right 2.5 cm, and it must have a minimum of 10 (5000 words) and a maximum of 30 pages (15 000 words).
- If the articles include graphs, photographs, figures or book covers, the images must have a resolution of 600 dpi and their respective caption.
- Foreign words or phrases must only be consigned in italicized letters, with no quotation marks, bold or underlining.

3.2. Authors are responsible for the manuscript and comments expressed in it, which do not necessarily share with the Board of Directors and the committees of the review.

3.3. Any contribution to *Llapanchikpaq: Righteousness* review must be sent by clicking on the «Enviar artículo» tab [Submit a paper] on the website of the review, for continuous evaluation by anonymous peer review process.

3.4. The review process of the *Llapanchikpaq: Righteousness* review takes two to three months, including the stages for the manuscript submission, peer review, and post-acceptance preparation for the publication. In the different editions of *Llapanchikpaq: Righteousness* review, the editor reserves the right to distribute the papers evaluated according to the requirements of each edition, which shall usually favor thematic criteria.

4. Rules for citing references in the body of the article

Papers submitted must meet the following reference standards according to the seventh edition of the *Publication Manual of the American Psychological Association* (APA, 2019).

4.1. Text of a single author

All quotes, either literal or paraphrased, must have a bibliographical reference at the end, which will guide the reader to learn the source of the quotation. This bibliographical reference shall be consigned at the end of the quotation, mentioning the author's surname followed by the year of publication and the number of pages, both in brackets:

«Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (San Martín, 2017, p. 38).

However, when the name of the author is mentioned prior to inserting the citation, the inclusion of his surnames in parentheses in the reference will no longer be necessary:

Propone el juez César San Martín (2017) que «Necesitamos repensar el modelo de un juez de vigilancia penitenciaria, porque esto no es un tema administrativo, la ejecución de los juzgados es parte de la potestad jurisdiccional y tenemos que ver modelos de roles» (p. 38).

If the cited author has more than one text in the final bibliography, the year of publication identifies the citation. The reference is identified in small letters (a, b, etc.), when the name of the author and the year coincide:

«Según el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución Política del Perú, el Estado garantiza el derecho a la libertad sindical. Esta garantía se manifiesta no solo en la protección de los dirigentes frente a los actos antisindicales, sino también en el reconocimiento de ciertas prerrogativas para que dichos dirigentes puedan ejercer de modo eficaz su actividad de representación, así como en facilidades para el funcionamiento de la organización sindical. Entre estas facilidades están la licencia o permiso sindical y la cuota sindical» (Arévalo, 2019a, p. 94).

«En el derecho romano se distinguió entre el arrendamiento de cosas y el arrendamiento de servicios. Por el contrato de arrendamiento de cosas (*locatio conductio rei*) el locador se comprometía a otorgar al conductor el disfrute temporal de una cosa mueble (se incluía a los animales y a los esclavos) o inmueble, a cambio de lo cual percibía un ingreso de dinero llamado *merces*» (Arévalo, 2019b, p. 23).

4.2. Text citation with two authors

The cited text will be separated by the conjunction «and», when it has two authors.

«Asimismo, para que este proceso civil oral sea viable, resulta imprescindible que se cambie o varíe la organización de los despachos judiciales del modelo tradicional que existe hasta la fecha. En efecto, organizacionalmente, en este tipo de procesos

orales, como se tiene dicho, el hito central ya no es el expediente, sino la audiencia; por lo tanto, los recursos del Juzgado deben estar colocados en función de la más eficaz y eficiente organización de la audiencia» (Bustamante y Angulo, 2020, p. 34).

4.3. Text citation with multiple authors

If the cited text has three, four or five authors, put the surname of all the authors the first time the reference appears. In subsequent citations include the surname of the first author followed by the abbreviation et al. (without italics and with a full stop after *al*):

«Hasta hace no mucho tiempo, una de las preguntas fundamentales sobre el derecho internacional público era si efectivamente era un derecho y si podía ser objeto de investigación científica. Por ejemplo, y por nombrar solo dos obras clásicas de la filosofía del derecho, Kelsen (2017 [1960], pp. 554-558) abre precisamente con esa pregunta su capítulo VII sobre Estado y derecho internacional de la *Teoría pura del derecho* (segunda edición) y así también comienza Hart (1994, pp. 212-216) el capítulo X sobre el derecho internacional en *El concepto del derecho*» (Lucas, Tijmes, Salassa y Sommer, 2019, p. 388).

«Tener clara la existencia del derecho internacional ha facilitado (y probablemente ha incentivado) dirigir la mirada desde el núcleo de la disciplina hacia sus fronteras y límites. Tenemos claro que sí es derecho y tal vez por eso nos estamos preguntando si esa respuesta no será demasiado categórica. El derecho internacional público es derecho, ¿pero es solo derecho? ¿Es un fenómeno exclusivamente jurídico? Y a partir de

las preguntas anteriores: ¿cuáles son las fronteras metodológicas para la investigación sobre el derecho internacional?» (Lucas et al., 2019, p. 389).

4.4. Text citation of an institutional author

If the cited text does not include the author's name, it will be registered the institution's name or entity responsible for the publication.

En el caso de los nombramientos judiciales de primera y segunda instancia estos eran «ratificados por la Corte Suprema cada cinco años» (Congreso de la República, 1929, artículos 148 y 152).

«Si bien los plenos jurisdiccionales superiores se inician en la década de 1990, será a partir del presente siglo, que tendrán regularidad y vocación de permanencia en la práctica. Por primera vez se han organizado plenos exclusivamente en materia contencioso administrativa, comercial y abuso y explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes» (Poder Judicial, 2012, p. 19).

«Declaran Patrimonio Cultural de la Nación al manuscrito autógrafo “Rusia ante el Segundo Plan Quinquenal (1932-1933)”, del escritor peruano César Abraham Vallejo Mendoza» (El Peruano, 2019, p. 17).

4.5. How to insert citations

If the literal citation is less than five lines long, it will be indicated with quotation marks and it will be incorporated as part of the text.

El Presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que «está en marcha un proyecto para área verde en la azotea

de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial» (Rodríguez, 2017, p. 26).

If the literal quote exceeds five lines in length, it should be without quotation marks and in a separate paragraph, indented to the left, with line spacing and minor typography (Times New Roman 10).

El Presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que:

está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial, que permitirá con energía limpia iluminar por lo menos la Presidencia de la Corte Suprema, siendo al mismo tiempo un mensaje a los jueces del Perú para que asuman la defensa del medio ambiente como bien jurídico y la salud de nuestro gran hogar que es el planeta Tierra (Rodríguez, 2017, pp. 26-29).

It is not necessary to use the ellipsis [...] neither at the beginning nor at the end of the literal citation unless, in order to prevent a misinterpretation, it is required to emphasize that the quotation begins or begins in the middle of the sentence.

4.6. Quotations of online material without paging

All quotations from online texts must have a reference at the end, which is the information that will serve to know the source from which the quotation has been taken. This reference will be indicated at the end of the quotation, noting in brackets the author's last name, followed by the year of publication and the paragraph number, using the abbreviation (párr.), as many electronic sources do not provide page numbers:

«La obra que está haciendo el Poder Judicial del Perú sobre las Reglas de Brasilia merece algo más que un reconocimiento simbólico, porque sus avances en materia de implementación y concienciación de estas reglas lo sitúan en primera línea, a la vanguardia, siendo un referente para todos los países iberoamericanos» (Martínez, 2020, párr. 3).

In cases where the online text has many paragraphs, the subtitle of the text can be included in parentheses, in order to direct the reader to the location of the quoted text more precisely:

«Que el Poder Judicial se legitime socialmente y que para ello se transformen sus estructuras es algo que el país exige y espera con ansias, casi como si buscara un reformador que clave en las puertas de Palacio 95 tesis que expresen su furia y desazón, pero también su esperanza en el imprescindible cambio» (Calderón, 2020, «El necesario cambio», párr. 4).

4.7. Paraphrasing or summarizing

If the citation is not literal and the general idea is paraphrased or summarized, it is recommended to indicate the page or paragraph number, as this information will help a reader interested in locating the relevant fragment of a long text.

Example of a literal quotation:

El presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, anunció que «está en marcha un proyecto para área verde en la azotea de este Palacio de Justicia que antes era depósito de chatarra, así como la instalación del primer Panel Solar en el Poder Judicial» (Rodríguez, 2017, p. 26).

Example of paraphrasing:

El presidente del Poder Judicial, en su Mensaje al Perú, afirmó que en el Palacio de Justicia se implementará el primer panel solar (Rodríguez, 2017, p. 26).

5. List of final references

At the end of the article, only the references cited in the text should be included and it will be organized alphabetically. If you cited two or more works by the same author, it should be ordered by age, starting with the oldest work. And if two or more works by the same author published in the same year are cited, they should be distinguished with the letters a, b, c, etc., after the year of publication:

Tello, J. (2019a). Entrevista única para niñas, niños y adolescentes en las cámaras Gesell. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.), *Protección y acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes. A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño* (pp. 239-256). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; Fondo Editorial del Poder Judicial.

Tello, J. (2019b). Derecho a la igualdad de trato y a formar una familia para las personas LGTBQI. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.), *Acceso a la justicia: discriminación y violencia por motivos de género* (pp. 115-130). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; Fondo Editorial del Poder Judicial.

5.1. How to reference a book?

5.1.1. Printed book

Surname, initials of the names of the author (year). *Title* (after the title, include any editing information in parentheses, without italics). Publishing House.

Narváez, J. R. (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. Fondo Editorial del Poder Judicial; Red Iberoamericana de Cine & Derecho.

5.1.2. Electronic version of printed book

Surname, initials of the names of the author (year). *Title*. URL

Narváez, J. R. (2016). *Los jueces en el cine. La administración de justicia y la argumentación en el séptimo arte*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3fdd98004f2f29918bd4abecaf96f216/Los+jueces+en+el+cine.pdf?MOD=AJPERES>

5.1.3. Exclusively electronic book

Surname, initials of the names of the author (year). *Title*. URL

García, P. (2016). *La lucha contra la criminalidad organizada en el Perú: la persecución del patrimonio criminal, el lavado de activos y la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/23a7af004a5258018bdbffb1377c37fd/La-lucha-contra-la-criminalidad-organizada-en-el-Per%C3%BA_compressed.pdf?MOD=AJPERES

5.2. How to reference a book chapter?

5.2.1. Printed book chapter

Surname, initials of the names of the author (year). Title of the chapter. In Surname, initials of the names of the publisher (ed.), the compiler (comp.) or the coordinator (coord.), *Title of the book* (chapter page). Publisher.

Ramos, C. (2018). La justicia en *El mundo es ancho y ajeno*. En Távara, F. (ed.), *Ciro Alegría: asedios jurídicos* (pp. 25-59). Fondo Editorial del Poder Judicial.

5.2.2. Electronic version

Surname, initials of the names of the author (year). Title of the chapter. In Surname, initials of the names of the publisher (ed.), the compiler (comp.) or the coordinator (coord.), *Title of the book* (chapter page). URL

San Martín, C. (2017). Jueces y seguridad ciudadana. En Poder Judicial (ed.), *V, VI, VII, VIII y IX Congresos Nacionales de Jueces* (pp. 33-39). <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f7ba0b0043b73730a3e9afd60181f954/V%2C+VI%2C+VII%2C+VIII+Y+IX+CONGRESOS+NACIONALES+DE+JUECES.pdf?MOD=AJPERES>

5.3. How to reference an article of a review?

5.3.1. Article in a stamped review

Surname, initials of the author's names (year). Title of the article. *Title of the review*, *volume*(number), page number of the review without the abbreviation *pp.*

Ramírez, N. (2010). La revisión de las sentencias constitucionales. *Revista Peruana de Derecho Público*, 11(21), 57-90.

5.3.2. Article in an electronic version review

Surname, initials of the author's names (year). Title of the article. *Title of the review*, volume(number), page number of the article without the abbreviation pp. URL

Atienza, M. (2020). García Amado y el objetivismo moral. *Ipsa Jure. Revista de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque*, (50), 24-42. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/40edc7004f0dcfc696fdb76976768c74/IPSO+JURE+50+-+Versi%C3%B3n+final.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=40edc7004f0dcfc696fdb76976768c74>

5.3.3. Article in an DOI review

Surname, initials of the author's names (year). Title of the article. *Title of the review*, volume(number), page number of the article without the abbreviation pp. doi

Bustamante, R. A. y Angulo, D. F. A. (2020). La oralidad en el proceso civil. Una realidad gestada por los propios jueces civiles del Perú. *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, 11(13), 19-40. doi: 10.35292/ropj.v11i13.38

5.4. How to reference a newspaper article?

5.4.1. Printed version

Surname, initials of the names of the author (year, day and month). Title of the article. *Name of the newspaper*, page number of the article without the abbreviation p. o pp.

Patrón, C. (1999, 4 de diciembre). Crisis adolescente del Código Civil. *El Comercio*, B-3.

5.4.2. Electronic version

Surname, initials of the names of the author (year, day and month).
Title of the article. *Name of the newspaper*, URL

Salas, R. (2021, 23 de junio). Los contratos civiles frente al covid-19. *Diario Oficial El Peruano*. <https://elperuano.pe/noticia/123225-los-contratos-civiles-frente-al-covid-19>

5.5. How to reference a thesis?

5.5.1. Unpublished thesis

Surname, initials of the names of the author (year). *Title* [Doctoral thesis, master's thesis or bachelor's thesis]. University.

Paredes, C. A. (2002). *La eximente de miedo insuperable en el Código Penal peruano de 1991, su aplicación por los juzgados y Salas penales de Junín* [Tesis doctoral]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

5.5.2. Thesis in an electronic version

Surname, initials of the names of the author (year). *Title* [Doctoral thesis, master's thesis or bachelor's thesis, name of the university].
URL

Beltrán, J. A. (2001). *La posibilidad de reconocer un sistema de causa única de transferencia de propiedad inmobiliaria en el Código Civil de 1984* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/1095>

5.6. How to reference dockets?

5.6.1. Printed version

Name of the institutional author (year). Name and number of docket-year-court code and any additional descriptive information. City: date of judgment.

Poder Judicial (2015). Expediente n.º 03671-2015- 0-1801-JP-CI-08. Lima: 6 de mayo de 2015.

5.6.2. Electronic version

Name of the institutional author (year). Name and number of docket-year-court code and any additional descriptive information. City: date of judgment. URL

Tribunal Constitucional (2015). Expediente n.º 08238-2013-PHD/TC-Lambayeque. Lima: 6 de mayo de 2015. <http://www.tc.gov.pe/jurisprudencia/2015/08238-2013-HD.pdf>

5.7. How to reference resolutions?

5.7.1. Printed version

Name of the institutional author (year). Name and number of resolution-year-court code and any additional descriptive information. City: date of resolution.

Poder Judicial (2013). Resolución Administrativa n.º 120-2013-P-PJ. Lima: 12 de abril de 2013.

Ministerio de Justicia (1993). Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS, Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Lima: 23 de abril de 1993.

5.7.2. Electronic version

Name of the institutional author (year). Name and number of resolution-year-court code and any additional descriptive information. City: date of resolution. URL

Poder Judicial (2018). Resolución Administrativa n.º 335-2018-CE-PJ. Lima: 19 de diciembre de 2018. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0b34e5004ce9dbde9e7affe93f7fa794/RA-335-2018-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0b34e5004ce9dbde9e7affe93f7fa794>

5.8. How to reference cassations, orders, decrees, laws and other legal texts

5.8.1. Printed version

Name of the institutional author (year). Title and number of cassation, order, decree or act-year and any additional descriptive information. City: date of cassation, order, decree or act.

Poder Judicial (2015). Casación n.º 3671-2014-Lima. Lima: 5 de noviembre de 2015.

5.8.2. Electronic version

Name of the institutional author (year). Title and number of cassation, order, decree or act and any additional descriptive information. City: date of publication of the cassation. URL

Congreso de la República (2017). Ley n.º 30709. Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. Lima: 27 de diciembre de 2017. http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ADLP/Normas_Legales/30709-LEY.pdf

5.9. How to reference an audiovisual media and social media?

5.9.1. Film

Surname, initials of the names of the director (director). (year). *Title of the film* [Film]. Film Studio.

Lumet, S. (director). (1996). *El lado oscuro de la justicia* [Film]. Paramount Pictures.

5.9.2. Documentary

Surname, initials of the names of the director (director). (year). *Title of the documentary* [Documentary]. Film Studio.

Ramos, M. A. (directora). (2004). *Justiça*. [Documental]. Selfmade Films; Limite Produções; NPS Television.

5.9.3. Interview

Surname, initials of the names of the interviewer (interviewer). (year, day and month). Title of the interview [Interview]. In *Name of the Program*. Broadcasting means. URL

RPP Noticias (entrevistador). (2020, 25 de julio). Pilar Mazzetti: Las cifras de COVID-19 «van a seguir incrementando». [Entrevista]. En *La Rotativa del Aire*. Radio Programas del Perú. <https://www.youtube.com/watch?v=7xK4YDbT-gc>

5.9.4. Podcast

Surname, initials of the names of the producer (producer). (year, day and month). Title of the podcast [Audio in podcast]. In *Title of the program*. Broadcasting means. URL

Carvallo, F. (productor). (2020, 24 de julio). La Contraloría contra la impunidad [Audio en podcast]. En *Las cosas como son*. Radio Programas del Perú. <https://rpp.pe/audio/podcast/lascosascomoson/la-contraloria-contra-la-impunidad-4429>

5.9.5. Youtube video

Surname, initials of the names of the author (year, day and month). *Title of the video* [Video]. In name of the font of information. URL

Lama, H. (2017, 7 de agosto). *Implementación y Funcionamiento del Expediente Judicial Electrónico*. [Videoconferencia]. En Aula Virtual del Poder Judicial. <https://www.youtube.com/watch?v=M6YiExoKW3U>



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

Se terminó de producir digitalmente en diciembre de 2021
en el Fondo Editorial del Poder Judicial.

La edición de este tercer número
de la revista estuvo a cargo de Gladys Flores Heredia;
el diseño lo realizó Rodolfo Loyola Mejía;
la maquetación, Miguel Condori Mamani;
la corrección de textos, Yuliana Padilla Elías y Jayro Jurado Urbina;
y la traducción de textos, Yuri Alekandrov Tornero Cruzatt.

PRESENTACIÓN

JANET TELLO GILARDI

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

GRACIELA TAGLE DE FERREYRA

Las Reglas de Brasilia y los derechos de familia, infancia y adolescencia. Acceso a la justicia en los casos de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes y régimen de visitas o contacto internacional

ARÁN GARCÍA SÁNCHEZ

La importancia de las Reglas de Brasilia para un efectivo acceso a la justicia en materia familiar en México

MARÍA JOSÉ ARÁUZ HENRÍQUEZ

Las medidas cautelares en los procesos de familia en Nicaragua. Una mirada desde los estándares de las 100 Reglas de Brasilia

KARINA VANESA SALIERNO

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

MANUEL BERMÚDEZ TAPIA

Las Reglas de Brasilia y los derechos del niño o del adolescente en el ámbito procesal

MARIANELA CORRALES PAMPILLO

Las personas menores de edad como víctimas y ofensoras en delitos sexuales

DANIEL ORTEGA ORTIGOZA

El acceso a la justicia de la población infantojuvenil violentada en España: hacia un cumplimiento íntegro de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad

ANA MARÍA CHÁVEZ MATOS

El acceso a la justicia de las víctimas en el contexto de la COVID-19



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

COMISIÓN PERMANENTE



Acceso a la Justicia
de Personas en Condición de Vulnerabilidad
y Justicia en tu Comunidad