

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. 2, n.º 2, enero-junio, 2021, Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (online) | DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2>

2



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. 2, n.º 2, enero-junio, 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)

EDITORA

Gladys Flores Heredia (Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Perú)

COMITÉ EDITORIAL

Víctor Prado Saldarriaga (Sala Penal Transitoria del Poder Judicial, Perú), Carlos Calderón Puertas (Sala Civil Permanente del Poder Judicial, Perú), Elvira Álvarez Olazábal (Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria del Poder Judicial, Perú).

CONSEJO CONSULTIVO

Juan Martínez Moya (Consejo General del Poder Judicial de España, España), Paula Siverino Bavio (Comité Internacional de Bioética de Unesco, Argentina), Roberto Andrés Gallardo (Comité Panamericano de Juezas y Jueces por los Derechos Sociales y la Doctrina Franciscana, Argentina), Marisa Esther Spagnolo (Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, Argentina), Carlos Villagrasa Alcaide (Universidad de Barcelona, España), Carlos Zelada Acuña (Universidad del Pacífico, Perú), Eduardo Vega Luna (Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Perú), Marcela Huaita Alegre (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú), Renata Bregaglio Lazarte (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú), Raquel Yrigoyen Fajardo (Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Perú).

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), Francesca Ximena Gonzales Muñoz (Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Perú), Gloria Pajuelo Milla (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 (online)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2>

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

© Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú
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).

Ilustración en portada: óleo *Mercado indígena* (1931), de Julia Codesido.



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 Ticona Postigo

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.



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 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 *Llanchikpaq: 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. 2, n.º 2, enero-junio, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (*online*)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2>

CONTENIDOS

PRESENTACIÓN

JANET TELLO GILARDI 11

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

SARA GASPAR PACHECO Y WILLIAM HOMER FERNÁNDEZ
ESPINOZA 17

Avances y desafíos del sistema de justicia peruano frente a la implementación del proceso virtual de pensión de alimentos para niñas, niños y adolescentes

CETTINA DI SALVO 43

El acceso a la justicia de las personas vulnerables en el sistema judicial italiano: los menores de edad y su participación en los procedimientos de familia

KARLA PAMELA JIMÉNEZ ERAZO	79
Responsabilidad parental efectiva para garantizar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes en los conflictos familiares	
TERESA CÁRDENAS PUENTE	95
Garantías para la participación del niño, la niña y el adolescente en el proceso judicial	
SANDRA CAMACHO RODRÍGUEZ, ANDREA JARAMILLO AGUIRRE, MARTHA BUSTOS RAMÍREZ, CLAUDIA GARCÍA MARROQUÍN	105
Recomendaciones de políticas públicas para la garantía de derechos y la prevención de la pérdida del cuidado parental de los hijos y las hijas menores de edad de las personas privadas de la libertad	
ANDREA LOMBRAÑA, CAROLINA DI PRÓSPERO, NATALIA OJEDA	141
Acceso a la justicia y privación de la libertad en Argentina: las políticas penitenciarias a la luz de las Reglas de Brasilia	
JACQUES PETIT	161
El acceso a la justicia administrativa de los presos en el derecho francés	
ANA MARÍA IDÁRRAGA MARTÍNEZ	201
La protección de las personas vulnerables a través de la justicia transicional: la acreditación de las víctimas en el procedimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz	
NORMAS PARA AUTORES	229
GUIDELINES FOR AUTHORS	247



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. 2, n.º 2, enero-junio, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (*online*)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2.1>

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 segundo número de la revista *Llapanchikpaq: Justicia*, que en esta ocasión aborda la protección integral de las niñas, los niños, las adolescentes y los adolescentes, así como los derechos de las personas privadas de libertad y la defensa de las víctimas por conflictos armados.

En esta edición, contamos con investigaciones de destacados profesionales con reconocimiento nacional e internacional en la materia. Para comenzar, la magistrada Sara Gaspar Pacheco y el abogado William Homer Fernández Espinoza abordan los avances y desafíos del sistema de justicia peruano frente a la implementación del proceso simplificado y virtual de pensión de alimentos, aprobado por la Directiva n.º 007-2020-CE-PJ, durante el período de crisis sanitaria por la pandemia de la COVID-19.

La jueza de familia de Junín e integrante de la Asociación Peruana de Mujeres Juezas (APMJ), Teresa Cárdenas Puente, explica las garantías para la participación efectiva del niño, la niña, la adolescente y el adolescente en el proceso judicial. Sostiene su opinión desde la judicatura, en atención a lo dispuesto en la Observación General n.º 12

del Comité de los Derechos del Niño y en el Protocolo de Participación Judicial del Niño, este último aprobado por la Resolución Administrativa n.º 228-2016-CE-PJ, que fue promovida por esta Comisión Permanente de Acceso a la Justicia.

Del mismo modo, la profesora Cettina Di Salvo, desde la Universidad de Catania, de Italia, expone en su trabajo sobre el acceso a la justicia en el sistema judicial italiano de las personas en condición de vulnerabilidad, que las niñas, los niños, las adolescentes y los adolescentes, en su participación en los procedimientos de familia, encuentran distintos obstáculos para el ejercicio pleno de su derecho a ser oídos. Por ello, resalta que las Reglas de Brasilia son un instrumento idóneo en tanto contienen medidas para efectivizar este derecho humano, en consideración de su interés superior.

Karla Pamela Jiménez Erazo, profesora de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos de México, realiza un análisis extenso acerca del cuidado y la responsabilidad parental efectiva para garantizar el ejercicio de los derechos a la vida libre de violencia, el sano desarrollo, la educación, entre otros derechos fundamentales de las niñas, los niños, las adolescentes y los adolescentes en los casos de conflicto familiar.

Las investigadoras colombianas Sandra Camacho Rodríguez, Andrea Jaramillo Aguirre, Martha Bustos Ramírez y Claudia García Marroquín plantean un interesante estudio interdisciplinario a fin de establecer recomendaciones de políticas públicas para la garantía de los derechos humanos y la prevención de la pérdida del cuidado parental de las hijas y los hijos menores de edad de personas privadas de libertad.

En este punto se enlazan otros temas relacionados con el acceso a la justicia de las personas y los grupos en condición de vulnerabilidad y con la eficacia de las Reglas de Brasilia. Siguiendo con la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, el profesor Jacques

Petit, de la Université de Rennes 1 de Francia, desarrolla las garantías del acceso a la justicia administrativa de los presos en el derecho francés. Asimismo, las investigadoras argentinas Andrea Lombraña, Carolina Di Próspero y Natalia Ojeda sustentan las políticas penitenciarias a la luz de las Reglas de Brasilia.

Por otro lado, la profesora Ana María Idárraga Martínez, de la Universidad de La Sabana de Colombia, presenta un estimulante trabajo académico sobre la protección de las personas vulnerables, a través de la justicia transicional, en la acreditación de las víctimas en el procedimiento de la jurisdicción especial para la paz. Se trata de un tema significativo en nuestro país debido al conflicto armado que se vivió entre 1980 y el 2000, que esperamos no vuelva a suceder en ninguno de los países de nuestra región.

Debo resaltar que esta publicación se realizó en coordinación con el Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, 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 100 Reglas de Brasilia.

Por tal motivo, invito a todas las juezas y los jueces, así como a los profesionales e investigadores de las distintas áreas jurídicas y las ciencias políticas y sociales, a revisar y compartir estos trabajos académicos actualizados e importantes sobre el acceso a la justicia de las poblaciones en situación vulnerable, a fin de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos humanos.

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. 2, n.º 2, enero-junio, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (*online*)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2>



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

Vol. 2, n.º 2, enero-junio, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (online)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2.2>

Avances y desafíos del sistema de justicia peruano frente a la implementación del proceso virtual de pensión de alimentos para niñas, niños y adolescentes¹

The advances and challenges of the Peruvian justice system with
regard to the implementation of the virtual child support process
for children and adolescents

SARA GASPAR PACHECO

Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: sgaspar@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-2739-1422>

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
(Lima, Perú)

Contacto: wfernandeze@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4296-0467>

1 Este ensayo quedó semifinalista en el concurso «Nuevas Dinámicas del Derecho Procesal», realizado en el marco del XIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, organizado por la Universidad de Medellín (Colombia), del 18 al 22 de agosto de 2020. Se ha ampliado su contenido para la presente publicación.

RESUMEN

El presente ensayo analiza la regulación del proceso simplificado y virtual de pensión de alimentos para niñas, niños y adolescentes durante el estado de emergencia sanitaria por la COVID-19, aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, mediante la Resolución Administrativa n.º 167-2020-CE-PJ, del 4 de junio de 2020, para efectivizar el acceso a la justicia de este grupo vulnerable.

Palabras clave: acceso a la justicia; derecho de alimentos; Reglas de Brasilia; virtualización del proceso; modernización de la justicia.

ABSTRACT

This essay analyzes the regulation of the simplified and virtual process of child support for children and adolescents during the state of health emergency by COVID-19 approved by the Executive Council of the Judiciary of Peru, through Administrative Resolution No. 167-2020-CE-PJ, June 4, 2020, to make effective access to justice for this vulnerable group.

Key words: access to justice; maintenance law; Brasilia Rules; virtualization of the process; modernization of justice.

Recibido: 11/03/2021 Aceptado: 15/05/2021

1. INTRODUCCIÓN

Resulta innegable que el uso de las nuevas tecnologías y las herramientas digitales transformaron para siempre la perspectiva sobre la forma tradicional en que se venían llevando a cabo los procesos ante la jurisdicción ordinaria. En estos tiempos de distanciamiento social como medida de prevención, e incluso de aislamiento social obligatorio para evitar la propagación de la COVID-19, importa la implementación

de dichos mecanismos para garantizar la accesibilidad y agilizar los servicios de justicia a la población. En ese sentido, resultó trascendental que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, mediante la Resolución Administrativa n.º 167-2020-CE-PJ, del 4 de junio de 2020, aprobara la Directiva n.º 007-2020-CE-PJ, que regula el proceso simplificado y virtual de pensión de alimentos para niñas, niños y adolescentes.

Esta normativa supone un logro en el avance para efectivizar el acceso a la justicia a favor de dicho grupo vulnerable. Implica modernizar el desarrollo de las diversas etapas del proceso de manera virtual, desde la presentación de la demanda hasta la emisión de la sentencia, aplicando los principios de celeridad, concentración, flexibilización y de oralidad, a través del empleo de los recursos tecnológicos disponibles. Eso permite que los juzgados de paz letrados puedan resolver, en el menor tiempo posible, los procesos de pensión de alimentos. De esa manera, se salvaguarda este derecho fundamental de los niños, las niñas y los adolescentes en consideración primordial del interés superior para su protección integral y desarrollo holístico.

A pesar de lo mencionado, la ejecución de esta directiva presenta diversos desafíos para su funcionamiento a nivel nacional debido al insuficiente número de juezas y jueces frente a la población, la sobrecarga de los expedientes, la ausencia de los medios tecnológicos y digitales en los juzgados, y la situación de pobreza o de pobreza extrema de los justiciables. Por tal motivo, en este trabajo se realizará un análisis sobre la realidad peruana ante los retos en la implementación de este nuevo proceso virtual, que está reformando el sistema de justicia en materia de familia. Se espera que tenga resultados e impactos positivos y sostenibles. Asimismo, se estudiará la doctrina y la legislación para presentar conclusiones que permitan optimizar este servicio innovador en todo el país.

2. LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA POR LA CANTIDAD INSUFICIENTE DE JUEZAS Y JUECES EN EL PAÍS

El Poder Judicial es el órgano autónomo del Estado que se encarga de la administración de justicia en el Perú, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución Política, y se rige al Texto Único Ordenado de su Ley Orgánica, aprobado por el Decreto Supremo n.º 017-93-JUS. Es unitario y a la vez jerarquizado, en tanto sus diferentes niveles de organización están integrados en una sola institución descentralizada (Rubio y Arce, 2019, pp. 33-34). Por esa razón, este poder del Estado cumple sus labores a través de las salas de la Corte Suprema de Justicia, así como de las salas y los juzgados especializados, mixtos y de paz letrados, en las treinta y cuatro cortes superiores de justicia del país, además de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, que se dedica, exclusivamente, a los delitos de crimen organizado y de corrupción de funcionarios.

En ese sentido, según el *Boletín Estadístico Institucional N° 04-2019* del Poder Judicial (2019b, p. 41), hasta diciembre de 2019, esta institución contaba con 3314 juezas y jueces, entre supremos, superiores, especializados, mixtos y de paz letrados. Por otro lado, somos más de treinta y dos millones de peruanos (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2019). Aproximadamente, por cada diez mil habitantes existe una jueza o un juez. Observamos un problema en el binomio magistrados-población por el número insuficiente de operadores jurisdiccionales que hacen efectivo el acceso a la justicia de quienes demandan la protección de sus derechos e intereses ante un conflicto, o a favor de quienes se encuentran bajo su custodia, como sucede en los casos de pensión de alimentos.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96 del Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por la Ley n.º 27337, son los juzgados

de paz letrados los competentes para resolver estos procesos en primera instancia. En toda la nación existen 638, distribuidos en los 34 distritos judiciales, lo que disminuye, aún más, el rango de actuación eficiente de los magistrados frente a los justiciables, especialmente cuando los niños, las niñas y los adolescentes representan el 55.7 % de los integrantes de los hogares peruanos en el 2019 (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2020b, p. 21).

3. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA SOBRE LA CARGA EXCESIVA DE LOS EXPEDIENTES JUDICIALES

Según la Base de Datos de Expedientes del Sistema Integrado Estadístico Central de la Gerencia General del Poder Judicial (2019a), hasta el 2019 hubo 1 605 728 expedientes. De esta cifra, 570 359 fueron juicios en materia de familia, de los cuales 195 571 correspondieron a pensión de alimentos. Al respecto, la Defensoría del Pueblo (2018) advirtió que el 90 % de estas demandas las realizaron mujeres a favor de su hija o hijo. Es decir, la mayoría de las litigantes fueron madres que ejercieron el régimen de custodia y la crianza de los niños, las niñas o los adolescentes. Además, se debe destacar que en el 67 % de casos se encontraban desempleadas y se dedicaban a labores domésticas (Díaz, 2019, p. 60).

En tal sentido, si calculamos el número de los magistrados de paz letrados y los expedientes de pensión de alimentos, puede mantenerse en promedio 1000 casos por juzgado, y, adicionando a las otras causas de su competencia, se contabilizaría una media de más de 3000 expedientes solo en ese año. Sin embargo, esta carga procesal no estaría distribuida de manera uniforme, debido a que, en algunos distritos judiciales, se cuenta con una mayor o menor cantidad de estos juzgados. Por tal motivo, resulta evidente lo exorbitante de la cantidad de procesos de pensiones de alimentos, que, sin duda, supera

la capacidad de respuesta del magistrado, pero que requiere de una solución celeridad del conflicto ante la participación judicial de personas en condiciones de vulnerabilidad.

4. VULNERACIÓN DEL DERECHO HUMANO DE ALIMENTOS

La Defensoría del Pueblo (2018, p. 180) concluyó que en el Poder Judicial existe una excesiva demora en el desarrollo del proceso de alimentos, lo cual genera una situación de indefensión y vulnerabilidad para la parte demandante y, en especial, para la persona que requiere la pensión. Asimismo, precisó que dicho proceso tarda hasta seis meses para que se emita una sentencia, cuando la vía procedimental para su trámite es el proceso único, el cual podría ser comparado con el sumarísimo, pero con plazos más cortos. Además, indicó que se presenta un retraso en su ejecución, debido a que la mayoría de las pensiones son cumplidas entre cinco a quince meses. También, recalcó que el número de juezas y jueces de paz letrados no es suficiente para atender al gran número de expedientes de pensión de alimentos que ingresan cada año.

Frente a la vulneración del derecho humano de alimentos de los niños, las niñas y los adolescentes se requirió de una respuesta de cambio sustancial por parte de este poder del Estado, que desde hace mucho tiempo se debió llevar a cabo. Por esta razón, aunque se dio en un contexto de crisis sanitaria, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial propuso el empleo de los recursos tecnológicos para implementar el proceso simplificado y virtual de pensión de alimentos para niñas, niños y adolescentes. Aunque este innovador piloto de proceso virtual, aprobado por la Directiva n.º 007-2020-CE-PJ, tiene poco tiempo desde su promulgación, en junio de 2020, se espera que deje de lado al modelo tradicional y dinamice el proceso de pensión de alimentos. Además, debe aplicar los principios que son propios de

la especialidad del derecho de familia, que, a diferencia del derecho civil, mantiene una serie de estándares internacionales establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), así como por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (O'Donnell, 1990, p. 19), los cuales el Estado peruano ha ratificado e internalizado en su normativa nacional, mediante la Resolución Legislativa n.º 25278, bajo los parámetros de la doctrina de la protección integral. A través de este nuevo paradigma se reconoció a los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos plenos de derechos (Beloff, 2004, pp. 31-33), con autonomía progresiva y participación activa en todos los asuntos que los afecten, en consideración primordial de su interés superior como eje rector para el ejercicio de sus derechos y del cumplimiento de las responsabilidades de los progenitores, o de las obligaciones de sus tutores o representantes legales (Cillero, 1998, pp. 80-81).

5. PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD DE LAS NIÑAS, LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES

La protección de la persona se funda en su dignidad como fin supremo. En ese sentido, el Estado debe estar al servicio de la defensa de su bienestar (Landa, 2017, p. 17). Por este motivo, la Constitución Política señala, en su artículo 4, que el Estado peruano protege a los niños, las niñas y los adolescentes, particularmente cuando se hallan en situación de vulnerabilidad, para garantizar el ejercicio pleno de todos sus derechos reconocidos en los tratados e instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Lo realiza en defensa de su integridad, durante el tiempo de su desarrollo y evolución, para que lleguen de la mejor manera a la adultez.

Lo anterior guarda conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y en

los artículos 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la obligación internacional de los estados de adoptar políticas y mecanismos para la aplicación de la debida diligencia que atienda a la protección efectiva de los derechos durante la infancia. Además, esta posición es asumida en la Agenda 2030 para los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. El objetivo 16.10 busca garantizar el acceso a la justicia y el ejercicio de las libertades fundamentales de la persona, especialmente, a aquellas que se enfrentan a múltiples barreras por circunstancias económicas, políticas, sociales y culturales.

6. EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA JUDICIAL Y DEL MODELO TRADICIONAL DEL PROCESO

En el 2004 se publicó la Ley n.º 28439, que simplificó las reglas del proceso de pensión de alimentos, al modificar el artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 96 del Código de los Niños y Adolescentes, para establecer su competencia a los juzgados de paz letrados, dado que están instalados en aquellos lugares que concentran a las poblaciones vulnerables. Asimismo, se modificó el artículo 424 del Código Procesal Civil disponiendo que no era exigible la firma del abogado para la presentación de la demanda, flexibilizando el proceso y promoviendo su gratuidad. Además, el Poder Judicial aprobó y fomentó el uso de un formulario accesible digitalmente y de fácil llenado, mediante la Resolución Administrativa n.º 051-2005-CE-PJ, pero su presentación aún estuvo supeditada de manera física, a través de la mesa de partes del juzgado.

En el 2012 se promulgó el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021, aprobado por el Decreto Supremo n.º 001-2012-MIMP, y elevado a rango de norma de la República mediante la Ley n.º 30362, para continuar con la implementación de las disposiciones establecidas por la Convención sobre los Derechos

del Niño, que en sus artículos 24 y 27 indica que los niños, las niñas y los adolescentes tienen el derecho a un nivel adecuado de vida para su desarrollo holístico, por lo que es responsabilidad primordial de sus progenitores y familiares proporcionarles, dentro de sus posibilidades, lo esencial para su alimentación, salud, vestuario, vivienda, educación, entre otras necesidades que requieran para su formación integral. Esta disposición tiene como antecedentes el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1976) y el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959). Por otra parte, los artículos 92 y 93 del Código de los Niños y Adolescentes guardan completa concordancia con este concepto, el cual también ha sido explicado ampliamente en la Observación General n.º 15 del Comité de los Derechos del Niño (2013b) sobre el disfrute del más alto nivel de salud de los menores de edad, en el que está comprendido el derecho humano a la alimentación.

Años más tarde, en el 2016, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprobó el Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad 2016-2021, a través de la Resolución Administrativa n.º 090-2016-CE-PJ, para la eficacia de las Reglas de Brasilia de la Cumbre Judicial Iberoamericana, a las cuales este poder del Estado se adhirió por la Resolución Administrativa n.º 266-2010-CE-PJ. En esta se reconoce que los niños, las niñas y los adolescentes se encuentran en condición vulnerable por motivo de la edad, además de otras causas que podrían agravarla, como el género, la discapacidad, la proveniencia de pueblos originarios, ser víctima de discriminación o violencia, entre otras, de acuerdo con lo sostenido en las Reglas de Brasilia 3 y 5, cuando encuentren especiales dificultades para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia. Actualmente, esto ocurre con el proceso de pensión de alimentos y los obstáculos que impiden su celeridad desarrollo.

7. NUEVAS DINÁMICAS EN EL PROCESO DE PENSIÓN DE ALIMENTOS

El acceso a la justicia resulta fundamental para la defensa de los derechos. Sin embargo, no basta con presentar el reclamo o la demanda, sino que el proceso se siga mediante una debida y diligente tutela jurisdiccional, lo cual formará parte para el ejercicio de todos los demás derechos fundamentales relacionados con el proceso (Priori, 2019, p. 82). Además, también tiene importancia el acercamiento de estos servicios a la comunidad.

Por ese motivo, en el 2017, el Poder Judicial institucionalizó el servicio de Justicia Itinerante, mediante la Resolución Administrativa n.º 264-2017-CE-PJ, el cual se define como el traslado de los operadores de justicia a aquellos lugares en situación de pobreza o pobreza extrema, urbano marginales, que se encuentren geográficamente lejanos o con dificultades especiales de comunicación, para el acercamiento de los servicios judiciales a las comunidades menos favorecidas. Esto, de acuerdo con lo señalado en el artículo 6.1.2. del referido protocolo y en concordancia con la Regla 42 de Brasilia sobre la proximidad de la justicia a la sociedad.

Resulta importante subrayar que el alcance de este protocolo involucra a las juezas y los jueces de paz letrados, por lo que este servicio se brinda en materia de pensión de alimentos, en el desarrollo de las diferentes etapas del proceso. Inicia con la presentación del formulario de la demanda a través de la mesa de partes itinerante, que días antes se instala en aquellas zonas, y continúa con la notificación a los sujetos procesales, respetando los plazos legales, y la realización de la audiencia itinerante bajo el sistema de la oralidad, también, en aquellos lugares alejados. Como se advierte, no hay necesidad de acudir a las instalaciones judiciales ubicadas en las ciudades o localidades urbanas.

Otro punto destacable es el acompañamiento de las diversas instituciones públicas para complementar este servicio, como el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), que permite a la parte demandante obtener la partida de nacimiento de su hija o hijo en ese instante, para que pueda anexarla a la demanda y ofrecerla como medio probatorio o, incluso, para que, a través del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el magistrado consiga información relevante sobre la situación laboral y económica del demandado. En la mayoría de estos casos, terminada la audiencia itinerante, se emite la sentencia respectiva.

Aunque este protocolo se cumple obligatoriamente por las juezas y los jueces, la articulación intersectorial está sometida a las buenas voluntades de los demás organismos gubernamentales vinculados a la justicia, por lo que se requiere la aprobación del Proyecto de Ley n.º 01861/2017-PJ, pendiente para su debate en el Congreso, para regular las responsabilidades sectoriales de este servicio, que está teniendo buenos resultados. De acuerdo con el Sistema de Monitoreo y Evaluación del Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad del Poder Judicial, en el 2018 se llevaron a cabo 1281 procesos de pensión de alimentos con el servicio de Justicia Itinerante en todo el país, lo cual constituye un logro muy importante, en tanto que se llegó a aquellos lugares desamparados donde las políticas sociales por parte del Estado peruano son escasas.

Para integrar este servicio itinerante, en ese mismo año, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprobó la actualización del formato de demanda de pensión de alimentos mediante la Resolución Administrativa n.º 331-2018-CE-PJ. Esta vez se trató de un formulario exclusivo para demandas a favor de los niños, las niñas y los adolescentes. Asimismo, por la Resolución Administrativa n.º 330-2018-CE-PJ se aprobó el formulario de demanda de aumento de pensión de alimentos. Finalmente, por medio de la Resolución Administrativa

n.º 332-2018-CE-PJ se extendió la materia del formato para la acumulación de la demanda de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y de pensión de alimentos para niñas, niños y adolescentes.

Las acciones que ha venido realizando el Poder Judicial tienen como finalidad garantizar el acceso a la justicia y otorgar una mayor celeridad a los procesos de pensión de alimentos frente a los problemas existentes, que no permiten reducir la carga procesal en los juzgados de paz letrados, así como involucrar a la población que no puede demandar, por la lejanía o la falta de conocimiento sobre estos mecanismos, para la protección de sus derechos fundamentales. Una mayor accesibilidad a estos servicios resulta fundamental para solicitar la pensión de alimentos para los niños, las niñas y los adolescentes, ante el incumplimiento de las obligaciones parentales por parte de uno de sus progenitores.

8. LA SIMPLIFICACIÓN Y VIRTUALIZACIÓN DEL PROCESO DE PENSIÓN DE ALIMENTOS

La simplificación y virtualización del proceso de pensión de alimentos comenzó en febrero de 2020 con la aprobación del formulario electrónico para el ingreso virtual de demandas en esta materia, por obra del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante la Resolución Administrativa n.º 082-2020-CE-PJ. Se comenzó a digitalizar los formatos que se utilizaban en el servicio de Justicia Itinerante, a fin de que sean llenados, firmados y enviados a las mesas de partes electrónicas habilitadas por las cortes superiores de justicia para que no sea necesario que el justiciable concurra personalmente ante las instalaciones de los tribunales.

En esa línea, en junio de ese año se aprobó dicho proceso virtualizado, sobre la base de diversos principios que han sido flexibilizados por la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el contenido del

Tercer Pleno Casatorio, recaído en la Casación n.º 4664-2010-Puno, respecto de la función tuitiva que debe cumplir la jueza o el juez en los procesos de familia para solucionar con prontitud los conflictos que surgen dentro de esta esfera y entre sus integrantes (Poder Judicial, 2011, p. 19). En la referida directiva se destaca la aplicación del principio del interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, a través de la obligación de garantizar el derecho alimentario para su desarrollo integral, seguido por el principio «favor minoris», el cual impone que, en caso de dudas respecto de las posibilidades económicas del obligado, la interpretación de la ley y del caso debe ser en beneficio del alimentista. Asimismo, se aplican los principios de celeridad y la percepción del tiempo, los cuales señalan que debe darse prioridad a la atención del proceso y resolverse en el menor de los plazos posibles, pero dentro de la legalidad, al igual que la ejecución de la sentencia, para el cumplimiento de la pensión alimentaria.

Por tal motivo, para la presentación de la demanda en la etapa postulatoria se utilizará el formato electrónico, que será ingresado y registrado en el Sistema Integrado Judicial, a través de la mesa de partes virtual, en el que se consignará un código de digitalización de recepción del documento enviado.

Para la calificación de la demanda se aplican las reglas establecidas en el artículo 165 del Código de los Niños y Adolescentes, en concordancia con los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil. Lo resaltante de esta directiva es que, cuando el magistrado advierta la omisión o un defecto subsanable, no declarará la inadmisibilidad, sino la admisión a trámite, concediendo a la parte demandante un plazo razonable para subsanar el punto y evitando que la demanda se suspenda de manera innecesaria.

Verificados los requisitos de procedencia, así como el control de admisibilidad de los medios probatorios ofrecidos, la jueza o el juez

emite el auto admisorio de la causa, señalando, conjuntamente, la fecha para la realización de la audiencia única de forma virtual, dentro de los próximos 10 días, de acuerdo con lo señalado en el artículo 170 del Código de los Niños y Adolescentes. También se dispondrá, de oficio, la medida cautelar de asignación anticipada de alimentos. Además, puede ordenar que se oficie al empleador del demandado, si lo tuviere, a fin de que este remita información sobre la situación laboral y la capacidad económica del obligado, y cumpla con el descuento respectivo del pago en planilla, aplicando de esta manera el principio de concentración procesal.

La notificación del auto admisorio se envía a la casilla electrónica de las partes, a través del Sistema de Notificaciones Electrónicas (SINOE) del Poder Judicial, y, excepcionalmente, a los correos electrónicos o las aplicaciones para teléfonos móviles como WhatsApp u otros similares. Para la contestación de la demanda, el plazo es de cinco días, de acuerdo con el artículo 168 del Código de los Niños y Adolescentes. Sin embargo, no se dará por admitida la contestación cuando el demandado no cumpla con presentar la declaración jurada de renta, documento sustitutorio o certificación jurada de ingresos, bajo apercibimiento de que se declare su rebeldía en el proceso.

La audiencia única es dirigida por la jueza o el juez, y se realiza de manera virtual y bajo el sistema de la oralidad. Se graba para su registro en audio y video, a excepción de la etapa de conciliación, a través de la herramienta digital Google Meet u otro medio apto para llevar a cabo videollamadas, videoconferencias o similares. El objetivo consiste en garantizar la conservación y reproducción de su contenido, que será incorporado al expediente y registrado en el Sistema Integrado Judicial, guardando la confidencialidad y la reserva de los datos de las partes del proceso. Ello se realiza en cumplimiento de los principios de inmediación, oralidad y de interés superior del niño, flexibilizando

lo dispuesto en los artículos 171 y 173 del Código de los Niños y Adolescentes, los cuales disponen que, tradicionalmente, la audiencia se realice de forma presencial para la acreditación de las partes y los abogados, y la interacción directa con el magistrado. También precisan que el desarrollo de las actuaciones judiciales quedaba plasmado en un acta en papel. En cambio, ahora se deja constancia a través del video y la validación de las firmas digitales acreditadas ante el RENIEC.

En esta audiencia virtual se concentran las etapas de saneamiento procesal y conciliación, de ser el caso. Si no se logran acuerdos satisfactorios para la beneficiaria o el beneficiario, el magistrado continúa con la fijación de los puntos controvertidos, la admisión de los medios probatorios, así como la incorporación de nuevos medios de prueba que sean oralizados, previo traslado a la otra parte, y la actuación de las mismas, cumpliéndose así con el principio de amplitud probatoria. De igual manera, la jueza o el juez promueve el debate oral entre las partes procesales, así como los alegatos de los abogados, y dirige todas las actuaciones judiciales hasta la emisión de la sentencia.

Un punto muy importante que se ha incorporado en esta directiva consiste en garantizar la participación de la beneficiaria o el beneficiario en el proceso judicial, a quien, de acuerdo con su edad y madurez, se le informará a través de un lenguaje claro, sencillo y en su idioma materno, sobre la finalidad del juicio y sus consecuencias, para que se le escuche y se tome en cuenta su opinión en la decisión final.

Cuando no concurra el demandado a la audiencia, aunque haya sido válidamente notificado, el magistrado procederá a emitir la sentencia, en el mismo acto, atendiendo a las pruebas actuadas. Por otro lado, cuando no se presente ninguna de las partes y existan todos los medios de prueba, cumpliendo con el principio de flexibilización y de la función tuitiva de la jueza o el juez, se resolverá sin la presencia de las partes, en aplicación primordial del principio del interés

superior de los niños, las niñas y los adolescentes Terminada la audiencia, el magistrado dictará sentencia de forma oral, que será leída en su integridad, o solo la parte resolutive, de acuerdo con la carga procesal o la complejidad del caso. Asimismo, esta será notificada a la casilla electrónica respectiva de las partes, y, de igual manera, se remitirá la grabación de la audiencia en soporte electrónico.

9. LEGALIDAD DEL PROCESO VIRTUAL DE PENSIÓN DE ALIMENTOS

La legalidad del proceso virtual de pensión de alimentos tiene como fuente la aplicación del principio del interés superior los niños, las niñas y los adolescentes, reconocido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene como antecedente directo lo señalado en el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Niño. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva 17/2002, sostuvo que este es un principio regulador de la normativa relacionada con los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, fundamentada en la dignidad que tiene toda persona (2002, art. 56). Asimismo, la Observación General n.º 14 del Comité de los Derechos del Niño estableció que su concepto es complejo y su contenido debe determinarse en cada caso en concreto, en atención a la situación y las necesidades personales los niños, las niñas y los adolescentes frente a otras personas o instituciones que puedan vulnerar el ejercicio de sus derechos, para su completa protección (2013a, art. 32).

En el Perú, de acuerdo con lo señalado en la Convención, este principio rector ha sido recogido en el artículo 8 del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, pero ha sido ampliamente desarrollado en la Ley n.º 30466, que establece los parámetros y las garantías procesales para la consideración primordial del interés

superior del niño, en consonancia con lo mencionado por el Comité de los Derechos del Niño, reconociendo su contenido en una estructura tripartita, en el artículo 2 de la referida ley, como un derecho, un principio y una norma de procedimiento. De igual manera, el reglamento de la Ley n.º 30466, aprobado por el Decreto Supremo n.º 002-2018-MIMP, desarrolla como parámetro para el acceso a la justicia que esta defiende el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes durante su participación o involucramiento en el proceso judicial. Lo anterior también debe vincularse a lo indicado en la Observación General n.º 12, emitida por el Comité de los Derechos del Niño (2009), sobre el derecho del niño a ser escuchado, y que su opinión sea tomada en consideración por la autoridad judicial; así como a lo dispuesto en el Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente, aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial en la Resolución Administrativa n.º 228-2016-CE-PJ, sobre la interpretación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otro lado, esta normativa aplica el principio de la oralidad como una de las principales garantías constitucionales dentro del proceso (Couture, 1979, p. 86), y su sistema está regulado en el artículo 204 del Código Procesal Civil, que se emplea supletoriamente a lo dispuesto sobre el proceso y la audiencia única en los juicios de familia, establecido en los artículos 164, 170 y 171 del Código de Niños y Adolescentes, para su registro en audio y video mediante el uso de herramientas digitales. El nuevo sistema de la oralidad en el proceso civil familiar se complementa con los principios de la inmediación y concentración procesal. Aunque sea realizado por videollamada o videoconferencia, se cumple con lo indicado en el artículo 5 del Código Procesal Civil, debido a que la jueza o el juez dirige las actuaciones procesales, procurando que su desarrollo sea diligente y se realice en el menor número de actos judiciales, dentro de

los plazos establecidos en la ley, y promoviendo la celeridad, desde su inicio hasta la culminación, a través de la sentencia, de ser el caso.

10. DESAFÍOS EN LA MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PERUANO

La política nacional de modernización de la gestión pública fue aprobada por el Decreto Supremo n.º 004-2013-PCM como el principal instrumento de cara a la innovación y el aprovechamiento de las tecnologías para su implementación en los servicios que se brindan a la ciudadanía, incluido el sector de la justicia, vigente al 2021. No obstante, desde el 2008 el Poder Judicial viene aplicando una política institucional progresista pero lenta, a partir de la aprobación de la Directiva n.º 015-2008-CE-PJ, que establece las normas y los procedimientos para el SINOE, con la finalidad de optimizar la comunicación a las partes del proceso a través de las casillas electrónicas, bajo los principios de celeridad y economía procesal, mediante la Resolución Administrativa n.º 336-2008-CE-PJ.

De igual manera, en el 2015 se dio un paso más al aprobar la Resolución Administrativa n.º 234-2015-CE-PJ, que dispone el uso de tecnologías, información y comunicación en los servicios de notificación de resoluciones judiciales. Asimismo, en el 2017 la Directiva n.º 004-2017-CE-PJ estableció las normas para el uso del servicio del correo electrónico en el Poder Judicial, aprobado por la Resolución Administrativa n.º 177-2017-CE-PJ. Pero la mayor innovación que logró este poder del Estado fue la implementación del Expediente Judicial Electrónico (EJE) en los órganos jurisdiccionales, aprobada por la Resolución Administrativa n.º 228-2017-CE-PJ, así como el procedimiento de ingreso de documentos a la mesa de partes virtual o electrónica, permitiendo que, luego de que el personal de apoyo reciba el formulario o la demanda, la jueza o el juez la califique, y se

provean los escritos, se reelaboren y notifiquen las resoluciones o los autos respectivos, se pueda mantener una agenda diaria y elevar los recursos a una instancia superior, y, lo más importante, se digitalice totalmente la tramitación de los expedientes.

Aunque dicha herramienta tecnológica empezó en el 2017, y fue anunciada pomposamente, todavía no está implementada a nivel nacional, sino que se mantiene con pilotos en 88 órganos jurisdiccionales de las cortes superiores de justicia de Cajamarca, Lima, Lima Norte, Tacna y Puente Piedra - Ventanilla, pero solo en materias como lo contencioso administrativo, lo comercial, lo laboral y, muy recientemente, la oralidad civil.

Para fortalecer estas medidas, durante este período de emergencia sanitaria, por la Resolución Administrativa n.º 53-2020-CE-PJ, se autorizó a los presidentes de las cortes superiores de justicia, en cuyos distritos judiciales funcionan los órganos jurisdiccionales tramitando procesos mediante el EJE, que dispongan las medidas necesarias para gestionar de forma remota los procesos judiciales. Además, se autorizó el uso de la solución empresarial colaborativa denominada Google Meet para las comunicaciones y para llevar a cabo las audiencias entre los abogados y los litigantes con los magistrados de las cortes superiores de justicia, por la Resolución Administrativa n.º 123-2020-CE-PJ. Mientras que en mayo de 2020 se aprobó la ampliación de los distritos judiciales que aplicarán el EJE, pero solo en materia laboral, que serán las cortes superiores de justicia de Arequipa, Cusco, Callao, Junín y Lima Sur, por la Resolución Administrativa n.º 142-2020-CE-PJ.

Como observamos, el uso de las nuevas tecnologías está permitiendo la evolución del desarrollo del proceso judicial, con la consigna de lograr la esperada digitalización total, lo que generaría celeridad y un gran ahorro, en tiempo y dinero, para los justiciables, abogados y magistrados, debido a que dejaríamos de trasladarnos a las sedes judiciales para presentar los escritos o llevar a cabo la audiencia, salvo en

aquellos casos en que sea estrictamente necesario. Además, se realizarían las actuaciones judiciales o las requeridas para las partes a través de videoconferencias en la pantalla de la computadora, laptop o tableta, o desde los aplicativos para teléfonos móviles. Se agilizaría todo el desarrollo, en beneficio de los usuarios, con la solución rápida del conflicto y la reducción de la carga procesal, especialmente, de aquellos expedientes que quedan almacenados en papel.

11. LA SITUACIÓN DE POBREZA Y EL USO DE LA TECNOLOGÍA

Para la implementación del proceso virtual de pensión de alimentos es necesario que el público usuario también se adecue al contexto de modernización del sistema de justicia, que esperemos sea posible, debido a las grandes diferencias económicas y sociales que se siguen perpetuando en nuestro país. En tal sentido, debemos señalar que, aproximadamente, según los datos de la Encuesta Nacional de Hogares², en el 2018, el 21 % de la población nacional se encontraba en situación de pobreza y el 3 %, en pobreza extrema. No obstante, al primer trimestre de 2020, se calcula que en 95 de cada 100 hogares existe al menos una tecnología de información y comunicación (computadora, teléfono fijo o móvil, o internet), de los cuales en el 93 % de casos un integrante cuenta con un teléfono móvil y en el 53 % de casos un miembro usa el internet exclusivamente a través dicho medio. Asimismo, 36 de cada 100 hogares tienen al menos una computadora, de las cuales, en las áreas residenciales, el 53 % tiene internet; en los lugares urbanos, el 38 %; y en las zonas rurales, solo el 8 % (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2020a).

En consecuencia, observamos que existe un gran número de la población que cuenta con los medios electrónicos para participar en

2 Revisar <http://m.inei.gov.pe/estadisticas/indice-tematico/poverty/>

el proceso si su desarrollo llega a virtualizarse. Además, se sigue presentando un alto porcentaje de personas en situación de pobreza y pobreza extrema que no podrán hacerlo. Son justamente ellos a quienes el servicio de justicia está dirigido por su condición de vulnerabilidad y la falta de acceso a la justicia, especialmente niñas, niños y adolescentes en situación de riesgo, por no garantizárseles el derecho humano de alimentos y todo lo demás que ello implica. Se trata de la obligación principal de los progenitores, pero frente a su irresponsabilidad y la vulneración de derechos, el Estado, en su rol subsidiario, de acuerdo con lo establecido en los artículos 5 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, deberá aplicar las políticas para garantizar tales derechos fundamentales, brindar los mecanismos necesarios para facilitar su accesibilidad al servicio de justicia e incluso articular intra e interinstitucionalmente con los sectores involucrados para hacer posible que a los niños, las niñas y los adolescentes se les pueda otorgar una pensión de alimentos para su subsistencia (Barletta, 2018, p. 61), lo cual está implícitamente relacionado con los derechos a la vida y la calidad de vida, en vías de lograr su desarrollo integral, y en consideración primordial del interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes.

12. CONCLUSIONES

El proceso virtual de pensión de alimentos para niñas, niños y adolescentes fue institucionalizado como una medida de reforma judicial, en aplicación primordial del interés superior y la protección integral de la infancia. En estos tiempos de crisis sanitaria, beneficiará, sin duda, a un gran número de menores de edad que requieren que se garantice su derecho humano a los alimentos, para su desarrollo holístico, debido a que la justicia no puede parar frente a la pandemia. Además, se trata de una propuesta trascendental que no vulnera el principio de legalidad al estar alineada a los plazos y las formas

establecidas en el Código de los Niños y Adolescentes, y otras leyes especiales sobre la materia, que flexibilizan los principios del derecho de familia, en concordancia a las normas procesales y las garantías dispuestas en los tratados e instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Asimismo, esta directiva permitirá comenzar a visibilizar los lineamientos para la virtualización de otros procesos, en especial los de materia familiar, y la digitalización del expediente, lo que generaría un impacto positivo en la población que espera la modernización del sistema de justicia para la solución de sus conflictos y la defensa de sus derechos e intereses.

Por otro lado, no resulta suficiente la cantidad de juezas y jueces de paz letrados para conocer los procesos de pensión de alimentos, debido a que el trinomio población, expedientes y magistrados no está distribuido de forma uniforme, razón por la que mantienen una gran carga procesal que impide que los juicios se resuelvan con celeridad y dentro del plazo legal. Esto sería superado con la implementación de la virtualidad del proceso de pensión de alimentos. La sentencia se emitiría en un promedio de treinta días. Sin embargo, antes los juzgados deben implementar bien esta tecnología.

De igual manera, en nuestro país todavía existe un alto índice de pobreza que impediría la adecuada participación de los justiciables en el proceso virtual, al no contar con los mecanismos tecnológicos ni las herramientas digitales para llevarlo a cabo. No obstante, aunque la mayoría de la población sí cuenta con ellos, es obligación del propio Poder Judicial, además de garantizar las políticas que permitan el uso de estos medios, brindárselos a quienes lo requieran para llevar a cabo el proceso en modalidad virtual. Esto implicaría una inversión mayor, como se hace con el EJE, pero enfocada en la población vulnerable que mantiene procesos en materia de familia, dado que la mayor parte de los expedientes que ingresan cada año corresponden a pensiones de alimentos para niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, se espera que el proceso virtual de pensión de alimentos sea sostenible. También que, una vez superada la presente crisis sanitaria, no se deje de lado su aplicación porque esta tendría resultados muy positivos, incluso frente a los problemas mencionados. La reducción de los tiempos y de los costos de los justiciables y de la administración de justicia, así como el nulo uso del papel y la agilidad con que se resolverían los conflictos a través del sistema de la oralidad, se traducirían en celeridad y economía procesal.

Finalmente, el Poder Judicial debe avanzar en la modernización de los órganos jurisdiccionales que tienen años de retraso, en cumplimiento de sus políticas institucionales, las políticas nacionales y sus responsabilidades internacionales ante el Comité de los Derechos del Niño. Además, debe comenzar a promover la cultura jurídica ciudadana, debido a que existen mecanismos como este, que son desconocidos por la población, en especial la vulnerable, que permitirían su efectivo acceso a la justicia y la protección de sus derechos fundamentales.

REFERENCIAS

- Barletta, C. (2018). *Derecho de la niñez y la adolescencia*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Beloff, M. (2004). Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular. *Los derechos del niño en el sistema interamericano* (pp. 1-45). Del Puerto.
- Cillero, M. (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En García, E. y Beloff, M. (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina* (2.^a ed.) (pp. 79-99). Temis; Depalma.

- Comité de los Derechos del Niño (2009). Observación general n.º 12. Sobre el derecho del niño a ser escuchado. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño (2013a). Observación general n.º 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf
- Comité de los Derechos del Niño (2013b). Observación general n.º 15. Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud. http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/Convenci%C3%B3n%20sobre%20los%20Derechos%20del%20NI%C3%B1o%20GC_.15_sp_0.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002, 28 de agosto). Opinión Consultiva OC-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf>
- Couture, E. (1979). *Estudios de Derecho Procesal Civil. La Constitución y el proceso civil. Tomo I* (3.ª ed.). De Palma.
- Defensoría del Pueblo (2018). *El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos*. Defensoría del Pueblo.
- Díaz, K. (2019). El proceso judicial de alimentos a la luz de las Reglas de Brasilia. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.). *Reglas de Brasilia. Por una justicia sin barreras* (pp. 57-68). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; Fondo Editorial del Poder Judicial.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2019). Perú tiene una población de 32 millones 131 mil 400 habitantes al 30 de junio del presente año. <http://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/peru-tiene-una-poblacion-de-32-millones-131-mil-400-habitantes-al-30-de-junio-del-presente-ano-11659/>

- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020a). Estadísticas de las tecnologías de información y comunicación en los hogares. https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_tics.pdf
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020b). Estado de la niñez y adolescencia. <http://m.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe-tecnico-estado-de-la-ninez-y-adolescencia-jun-2020.pdf>
- Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- O'Donnell, D. (1990). La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido. *Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, (230), 11-25.
- Poder Judicial (2011). Casación n.º 4664-2010-Puno. Lima: 18 de marzo de 2011.
- Poder Judicial (2019a). Base de Datos de Expedientes del Sistema Integrado Estadístico Central de la Gerencia General del Poder Judicial. Sistema Integrado Judicial.
- Poder Judicial (2019b). *Boletín Estadístico Institucional N° 04-2019*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/103bb2804d485fde8dc78f3325f35162/Boletin+N4-DICIEMBRE-2019F.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=103bb2804d485fde8dc78f3325f35162>
- Priori, G. (2019). *El proceso y la tutela de los derechos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio, M. y Arce, E. (2019). *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica 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. 2, n.º 2, enero-junio, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (*online*)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2.3>

El acceso a la justicia de las personas vulnerables en el sistema judicial italiano: los menores de edad y su participación en los procedimientos de familia

The access to justice for vulnerable persons in the Italian judicial
system: minors and their participation in family proceedings

CETTINA DI SALVO
Universidad de Catania
(Catania, Italia)

Contacto: cettinadisalvo@pec.ordineavvocaticatania.it
<https://orcid.org/0000-0001-5074-5121>

RESUMEN

Este trabajo aborda asuntos relativos al derecho fundamental de acceso a la justicia de las personas vulnerables, particularmente los niños, en el sistema jurídico italiano. Tras analizar los aspectos relacionados con el acceso efectivo a la justicia en el marco legal interno y europeo, se destaca la necesidad de asegurar la protección judicial de las personas en situación de vulnerabilidad mediante la atenuación del «formalismo» procesal, la adopción de medidas especiales y reglas procesales para la tramitación del proceso, las cuales deben adecuarse a la peculiaridad del factor que causa la fragilidad. La implementación efectiva del acceso a la justicia para los niños incluye el derecho a participar y

ser escuchados en los procedimientos civiles que afectan sus vidas y requiere, asimismo, que sus opiniones sean consideradas en función de sus niveles de madurez y comprensión. Por último, se examinan las normas que regulan la audición de los menores.

Palabras clave: derecho de acceso a la justicia; personas vulnerables; tutela judicial efectiva; protección de menores en procedimientos de familia; derecho a ser escuchado; audición del niño.

ABSTRACT

The paper addresses issues concerning the fundamental right of access to justice for vulnerable persons, particularly children, in the Italian legal system. After analyzing the aspects related to effective access to justice in the domestic and European legal framework, the need to ensure the judicial protection of people in vulnerable situations is emphasized through the attenuation of procedural «formalism», the adoption of special measures and procedural rules for the processing of the process, which must be adapted to the peculiarity of the factor causing the fragility. The effective implementation of children's access to justice includes the right to participate and be heard in civil proceedings that affect their lives and also requires that their views be considered following their levels of maturity and understanding. Finally, the rules governing the hearing of minors are examined.

Key words: right of access to justice; vulnerable persons; effective judicial protection; protection of minors in family proceedings; right to be heard; hearing of the child.

Recibido: 01/03/2021 Aceptado: 15/05/2021

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA EN ITALIA

Cada sistema judicial necesita instrumentos que puedan asegurar el acceso a la justicia y la defensa de los derechos que las leyes reconocen. La cuestión del acceso ante los órganos jurisdiccionales se plantea de manera general para todas las personas que son víctimas de una lesión de sus derechos y, ante ello, acuden al sistema de justicia o se defienden en un proceso; en ese sentido, para que un sistema judicial sea efectivo, debe englobar mecanismos que garanticen la posibilidad de concretar la protección jurídica¹.

En el ordenamiento jurídico italiano, el derecho a la tutela judicial está consagrado en el primer párrafo del artículo 24 de la Constitución de la República italiana de 1948, según el cual «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi»². Se trata de un derecho fundamental e inviolable de la persona, garantizado en el artículo 2 de la Constitución, íntimamente conectado con el mismo principio de democracia³.

El Tribunal Constitucional italiano, en varias sentencias, ha aclarado que el significado y el alcance de la norma no se reducen al hecho

-
- 1 Respecto al deber del Estado social de garantizar el acceso a la justicia, eliminando las barreras económicas, sociales y culturales a la realización de la plena igualdad, véanse Cappelletti y Garth (1978) y Cappelletti (1982; 1988).
 - 2 En el artículo 24 se dispone que «La defensa constituye un derecho inviolable en todos los estados y etapas del procedimiento. Se garantiza a los desprovistos de recursos económicos, mediante las instituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción. La ley determinará las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales» (párrs. 2-3).
 - 3 En este sentido, véanse Corte Cost., 2 de febrero de 1982, n.º 1, en *Foro it.*, 1982, I, 934; Corte Cost., 27 de diciembre de 1965, n.º 98, en *Foro it.*, 1966, I, 8; Corte Cost., 28 de abril de 1989, n.º 243, en *Foro it.*, 1996, I, 3064; Corte Cost., 15 de julio de 1992, n.º 329, en *Foro it.* 1993, I, 2785; Corte Cost., 8 de mayo de 1996, n.º 148, en *Foro it.*, 1996, I, 2648, con comentario de Fabiani; Corte Cost., 28 de abril de 1989, n.º 243, en *Foro it.*, 1996, I, 3064.

de que toda persona pueda acceder a las autoridades judiciales para reclamar, es decir, al derecho de recurrir al proceso civil mediante el cual se otorga la protección solicitada, sino que implica algo más importante, porque este derecho conecta con el deber de los órganos jurisdiccionales de hacer efectiva la tutela de los derechos reconocidos por las leyes o, en sentido amplio, las situaciones jurídicas subjetivas «de ventaja»⁴. Esto implica el reconocimiento de un núcleo irreprimible de otros derechos, que van desde el derecho a recibir asistencia jurídica gratuita (y el abono de las costas judiciales) para los desfavorecidos hasta el derecho a la obtención de una sentencia pronta y dictada en el respeto de las garantías procesales de un proceso justo; además, requiere la eliminación por el ordenamiento de cualquier tipo de restricción que puede complicar el ejercicio de la tutela judicial por las partes interesadas⁵.

Ahora bien, en una óptica de procedimiento, el derecho a la tutela jurisdiccional, interpretado a la luz del principio de la efectividad, es capaz de condicionar la organización técnica del proceso mismo, incidiendo sobre la regulación del proceso como norma de rango

4 El Tribunal Constitucional italiano, desde la primera y segunda parte del artículo 24, ha desarrollado conceptualmente el principio de la tutela judicial efectiva. Este principio ha sido utilizado en muchas resoluciones y ha jugado un papel central en la construcción del justo proceso civil italiano. Sobre la existencia del principio de efectividad en nuestro ordenamiento, véanse, entre otras, Corte Cost., 22 de octubre de 1990, n.º 470, en *Foro it.*, 1990, I, 3057; Corte Cost., 15 de septiembre de 1995, n.º 435, en *Foro it.*, 1995, I, p. 2641 y, en doctrina *ex plurimis*, Andolina y Vignera (1997, pp. 63 y ss.); Cappelletti (1971); Comoglio (1970, pp. 677 y ss.); Pizzorusso (1992) y Trocker (1974, pp. 195 y ss.). Resulta interesante anotar que la Constitución española de 1978, que responde a las influencias de la carta magna italiana, recoge de forma explícita el principio de la efectividad en su artículo 24.1: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en la Constitución española, véanse, entre otros, Almagro (1983); De la Oliva (1980); Díez-Picazo (1987); Gimeno Sendra (1988, *passim*) y Vallespín (2002, pp. 23 y ss., 107 y ss.)

5 Así se ha expresado la Corte Cost., 30 de abril de 1968, n.º 48.

constitucional (Andolina y Vignera, 1997, p. 64) y el progreso evolutivo de las instituciones procesales (Comoglio, 1970, pp. 677 y ss.).

2. EL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL MARCO EUROPEO

En el marco de la política de la Unión Europea (UE), dirigida a desarrollar un espacio común de justicia⁶, el acceso a un sistema judicial efectivo representa, para las instituciones, un objetivo central que atraviesa la normativa europea⁷ y se intenta garantizar de manera concreta, tal como se desprende de la evaluación periódica por medio del Cuadro de Indicadores de Justicia relativos a contenciosos civiles y mercantiles⁸ y la Agenda de Justicia para 2020 de la Comisión Europea⁹.

6 Cabe señalar que la Unión Europea (UE), sobre la base de los Tratados de Maastricht, Ámsterdam y Niza, a lo largo de los últimos años, ha concedido mayor importancia a la creación de un espacio europeo de justicia y sigue avanzando hacia un mejor funcionamiento del mismo.

7 Véanse European Union Agency for Fundamental Rights (2011, pp. 17-19) y European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) and Council of Europe (2016, pp. 15-22).

8 El cuadro de indicadores de la justicia en la UE es una herramienta cuya finalidad es optimizar la eficacia de los sistemas judiciales de los Estados miembros; para ello, ofrece un análisis comparativo de la calidad, la independencia y la eficiencia de sus sistemas judiciales en ámbitos específicos pertinentes para el mercado único. Los resultados se tienen en cuenta para la evaluación por país y las respectivas recomendaciones formuladas por la Comisión Europea. Véase el último cuadro de indicadores de la justicia (European Commission, 2018).

9 En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo COM (2014), 144 final, se lee que «las instituciones europeas y los Estados miembros, al aplicar el derecho de la UE, promueven la aplicación efectiva de la Carta y del derecho derivado que regula derechos específicos, tales como la protección de los datos personales, la igualdad entre hombres y mujeres, los derechos de los ciudadanos, el derecho a un juicio justo y los derechos de los menores. Garantizar la protección efectiva de estos derechos en la UE es fundamental para que los ciudadanos confíen en el correcto funcionamiento del espacio europeo de justicia. Esto incluye los derechos de las personas pertenecientes a minorías o las personas en situaciones particularmente vulnerables, como los niños, las víctimas de delitos y las personas discapacitadas [...] La UE debe proseguir sus esfuerzos para garantizar el respeto del derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional en caso de violación del Derecho de la UE (artículo 47 de la Carta), incluso en aquellos casos en que los procedimientos nacionales dificulten

En cuanto a la normativa, cabe citar el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el cual proclama en dos normas el derecho de acceso a la justicia. En particular, el artículo 67, apartado 4, establece que la Unión facilitará el acceso a la justicia judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil; y el artículo 81, apartado 2, lett. e, prevé que la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, y establece que, cuando sea necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán medidas para garantizar un acceso efectivo a la justicia.

Con referencia a la legislación sobre los derechos humanos, especialmente el de acceso a la justicia, es destacable el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, que reconoce una serie de derechos personales, civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos y los residentes de la UE¹⁰. Dicho artículo se titula «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial» y dispone que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a un recurso

excesivamente a los ciudadanos la reclamación de los derechos que les confiere la legislación de la UE en las causas transfronterizas». Respecto a la tutela del derecho de acceso a la justicia para los años anteriores, véanse el Programa de Estocolmo del Consejo Europeo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DOC 115/01 del 4 de mayo de 2010) y el siguiente Plan de Acción Programa de Estocolmo COM (2010), 171 final, del 20 de abril de 2010.

10 La Carta fue proclamada en Niza por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en diciembre de 1999 y desde el 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, tiene el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados. La Carta reconoce una serie de derechos que se repartían entre distintos cuerpos legislativos nacionales y comunitarios, así como los convenios internacionales del Consejo de Europa, las Naciones Unidas (ONU) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

judicial efectivo ante un órgano jurisdiccional¹¹ respetando las garantías procesales de un juicio justo¹².

Asimismo, aunque el derecho de acceso a los tribunales no está establecido expresamente¹³ en el artículo 6 («Derecho a un proceso equitativo») del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) de 1950, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se incluye el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales como

11 En el panorama internacional, el derecho a un recurso judicial efectivo ha sido enunciado por los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; el artículo 9 de la Convención de Aarhus de 1998, en materia de medio ambiente; el artículo 13 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006; y el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 1969.

12 La norma dispone que «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia». Sobre el artículo 47 de la Carta, véanse Comoglio (2001) y Díez-Picazo (2002). A propósito del principio de tutela judicial efectiva, subrayamos el aporte integrador de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, según el cual constituye «un principio general de derecho comunitario que deriva de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros», véanse, entre otras, TJUE, 16 de diciembre de 1976, *Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral*, C-33/76; TJUE (Gran Sala), 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432-/05, párr. 37; TJUE, 17 de julio de 2014 *Morcillo*, C-169/14, párr. 35; TJUE, 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14.

13 En el apartado 1 se afirma lo siguiente: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».

componente del derecho enunciado en el apartado 1¹⁴. En su jurisprudencia, el TEDH ha aclarado que este derecho es fundamental y ha afirmado, además, la necesidad de que sea efectivo¹⁵. Ello significa que los Estados firmantes del Convenio deben eliminar los obstáculos jurídicos o prácticos¹⁶ que se oponen al ejercicio del derecho de acceso

14 La sentencia de *Golder v. Reino Unido* (TEDH, 21 de febrero de 1975, demanda n.º 4451/70, serie A n.º 18) es histórica en la construcción jurisprudencial del derecho de acceso a un tribunal; con ella, el Tribunal de Estrasburgo, a través de un razonamiento lógico argumentativo, llega a la conclusión de que «the right of access constitutes an element which is inherent in the right stated by Article 6 para. 1 (art. 6-1)». Sobre el artículo 6 de la CEDH, véanse, por ejemplo, *Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn and Zwaak* (2006, pp. 511 y ss.) y *Trocker* (2007).

15 Véase TEDH (9 de octubre de 1979, *Airey c. Irlanda*, serie A, n.º 32, apartado 24), donde el Tribunal de Estrasburgo destaca que «The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective».

16 Véase *Stanev c. Bulgaria*, 17 de enero de 2012, demanda n.º 36760/06. Con referencia a la ausencia, en la legislación búlgara, de acceso directo a un tribunal de cualquier persona que haya sido declarada parcialmente incapaz para pedir el restablecimiento de su capacidad jurídica, el Tribunal constata una violación del artículo 6.1 del Convenio: «Es cierto que el derecho de acceso a un tribunal no es absoluto y que requiere, por su naturaleza, dar a los Estados un cierto margen de apreciación en la regulación de la cuestión examinada (*Ashingdane*, apartado 57). Además, el Tribunal reconoce que las limitaciones de los derechos procesales de una persona, incluso declarada parcialmente incapaz, pueden estar justificadas por su propia protección y la protección de los intereses de los demás, así como por el buen funcionamiento de la justicia. Sin embargo, el ejercicio de estos derechos tiene una importancia que varía en función del objeto de la demanda que la persona en cuestión desearía llevar ante los tribunales. En particular, el derecho a solicitar a un tribunal la revisión de la declaración de incapacidad es uno de los más importantes para el individuo afectado, pues, una vez comenzado, tal procedimiento es esencial para el ejercicio de todos los derechos y libertades afectadas por la declaración de incapacidad, incluidas las limitaciones que pueden hacerse a la libertad (véase también *Shtukaturov*, supra, apartado 71). Por lo tanto, el Tribunal considera que este derecho constituye uno de los derechos procesales fundamentales para la protección de las personas declaradas parcialmente incapaces. Se deduce que dichas personas deben beneficiarse, en principio, en este aspecto de un acceso directo a la justicia. 242. Sin embargo, el Estado sigue siendo libre para determinar las disposiciones procesales para el ejercicio de este acceso directo. Al mismo tiempo, el Tribunal considera que no sería incompatible con el artículo 6 que la ley nacional estableciera en esta área ciertas restricciones en el acceso a la justicia con el único propósito de evitar el atasco en los tribunales por las excesivas demandas y claramente infundadas. Sin embargo, le parece obvio que para resolver este problema pueden ser aplicadas medidas menos restrictivas que la automática privación del acceso directo, por ejemplo, restricciones en la frecuencia de las demandas o la aplicación de un sistema de revisión previa de su admisibilidad sobre expediente [...] el Tribunal considera que el artículo 6.1 del Convenio debe ser interpretado

a los tribunales¹⁷ para la determinación de los «derechos y obligaciones civiles». Por consiguiente, el hecho de que el Estado no actúe para la eliminación de los impedimentos prácticos puede determinar una infracción del artículo 6 § 1 del Convenio¹⁸.

Cabe resaltar que, en este ámbito, el Tribunal reconoce, en la mayoría de los casos, una violación conjunta y también del principio dictado por el artículo 13 del CEDH («Derecho a un recurso efectivo»), según el cual toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional.

como la garantía en principio a cualquier persona declarada parcialmente incapaz, como es el caso del demandante, de un acceso directo a un tribunal para pedir la recuperación de su capacidad jurídica».

Cada Estado tiene el poder de fijar limitaciones al derecho de acceso, pero estas deben ser razonablemente compatibles con los principios del Convenio. El TEDH puede evaluar que la limitación sea legítima y exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que el Estado pretende alcanzar. En tal sentido, véase la sentencia de 15 de septiembre de 2016, n.º 32610/07, *Trevisanato v. Italia*.

17 Cabe observar que el Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, ha modificado el artículo 6 del Tratado de la UE, que ahora establece la adhesión de la UE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y que los derechos fundamentales, garantizados por el CEDH y derivados de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

18 Con referencia a las limitaciones de orden económico al acceso a la justicia, el TEDH, *Airey c. Irlanda*, cit., apartado 25, afirma que «Furthermore, fulfilment of a duty under the Convention on occasion necessitates some positive action on the part of the State; in such circumstances, the State cannot simply remain passive [...]. The obligation to secure an effective right of access to the courts falls into this category of duty»; TEDH, *Anghel c. Italia*, 25 de junio de 2013, demanda n.º 5968/09, el Tribunal señala que aunque no existe una cláusula para asuntos civiles, a diferencia de los asuntos penales, el art. 6 §1 puede obligar al Estado a otorgar la asistencia de un abogado a quienes carecen de recursos económicos suficientes, cuando la asistencia jurídica sea esencial para garantizar el acceso efectivo a un tribunal, porque la representación judicial es obligatoria, como lo exige la legislación nacional de algunos Estados en varios tipos de disputas, o porque el caso es particularmente complejo. Véase también *Artico c. Italia*, 13 de mayo de 1980, demanda n.º 6694/74, apartados 33-35, con la cual el Tribunal ha condenado a Italia por su «pasividad», mientras que el cumplimiento efectivo del artículo 6 exige medidas positivas del Estado; asimismo, puede consultarse Pizzorusso (1980, pp. 150-157). Sobre la noción de obligación positiva, utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase *Sudre* (1995).

3. EL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Antes de abordar la cuestión del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, cabe destacar la ausencia, a nivel italiano y europeo, de una noción general del concepto de vulnerabilidad¹⁹, a pesar de los tratados internacionales que favorecen específicos grupos vulnerables y su utilización creciente por parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰.

En muchas de sus sentencias, el Tribunal de Estrasburgo declara que el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, en particular con referencia a los artículos 1 y 3, exige una protección jurídica especial de los niños y otras personas vulnerables²¹ e identifica diferentes situaciones de vulnerabilidad, las cuales, a pesar de no ser definidas, ponen de manifiesto un enfoque general coherente por parte del TEDH en materia de personas vulnerables.

El punto crucial de esta jurisprudencia —que, al mismo tiempo, revela un plantamiento coherente— es que la vulnerabilidad no se reduce únicamente a características personales o circunstancias individuales,

19 Resulta interesante destacar que las Reglas de Brasilia, instrumento internacional de *soft law*, aprobado por las más altas autoridades de los Poderes Judiciales de Iberoamérica y que desarrolla los principios recogidos en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (Cancún, 2002), han identificado 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 esa línea: «Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico» (Regla 4).

20 Quienes señalan la falta de una definición por parte de la jurisprudencia son Besson (2014), Ruet (2015) y Diciotti (2018).

21 Dordevic c. Croacia, 24 de julio de 2012, n.º 41526/10, § 113.

sino a una determinada característica o situación común actual o permanente de un conjunto de personas que las hace especialmente vulnerables (la discapacidad, la edad, el género, la migración, la detención, etc.). Por esta razón, usualmente, cuando el TEDH utiliza la calificación de «vulnerabilidad», relaciona la situación singular del individuo a una situación que afecta a grupos de personas o poblaciones, categoría o minorías²², por lo que puede decirse que «la vulnèrabilitè apparaît comme un trait commun à une partie de l'humanité en même temps qu'elle rend compte de la particularité d'une situation individuelle» (Ruet, 2015, p. 321).

El segundo elemento que caracteriza la jurisprudencia europea sobre este tema reside en la referencia a las normas, los principios y los valores derivados de los convenios, las recomendaciones y los informes europeos e internacionales para identificar los diferentes factores de vulnerabilidad; además, dicho elemento representa el resultado de una evolución histórica de los derechos humanos. En algunos casos, la referencia a estos instrumentos refuerza el reconocimiento de una circunstancia de vulnerabilidad ya aprehendida por el TEDH, como la niñez o la detención, y la necesidad de una protección especial para garantizar sus derechos a pesar de la ausencia de disposición expresa²³. En otros casos, apoya la identificación, por parte del juez, de una situación de vulnerabilidad, como la de las víctimas de la violencia familiar o las personas seropositivas, o de las características de una determinada minoría vulnerable, como los romaníes, y a veces es portador de un enfoque renovado de una circunstancia de vulnerabilidad ya tomada en cuenta (Ruet, 2015, p. 322).

22 Milanovic c. Serbia, 14 de diciembre de 2010, n.º 44614/07, § 89; M. S. S. c. Bélgica y Grecia, 21 de enero de 2011, n.º 30696/09 § 232 y 251, en la que el TEDH ha afirmado que los solicitantes de asilo son personas particularmente vulnerables debido a los obstáculos que enfrentaron durante su ruta de migración y las experiencias traumáticas que pueden haber experimentado.

23 Para los Estados partes, esto implica la obligación de tomar medidas particulares para la protección de los derechos de las personas vulnerables.

Así, frente a la falta de una definición normativa del concepto de vulnerabilidad, la Corte ha elaborado en los últimos años una abundante jurisprudencia que da lugar a una protección cada vez mayor de los sujetos o los grupos vulnerables²⁴.

4. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

En una dimensión social y democrática del derecho, hay que considerar el acceso a la justicia —derecho autónomo y fundamental— especialmente en las situaciones de particular debilidad o desprotección en las que se pueden encontrar algunas categorías de personas que necesitan tutela judicial, ya sea como partes que ejercitan una acción judicial o que deben defenderse frente a una acción. De hecho, la vulnerabilidad de los grupos más sensibles requiere una salvaguarda y protección que debe tenerse en cuenta bajo el perfil sustantivo y procedimental²⁵. Cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad, las dificultades en el acceso al sistema de justicia son mayores que las que encuentran los demás justiciables; por ello, la efectiva implementación del derecho de acceso a la justicia requiere la eliminación de los obstáculos y las barreras, de derecho y *de facto*,

24 Merece la pena señalar la base de datos digital CEDU in CAMMINO. Portale di giurisprudenza e pareri CEDU a tutela delle persone vulnerabili (www.ceduincammino.it), creada en el 2020 por la asociación forense italiana Cammino-Camera Nazionale Avvocati per la persona, le relazioni familiari e i minorenni, que recopila las sentencias y los dictámenes desde el 2010 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con referencia específica a la protección de las personas vulnerables.

25 A este respecto, Ruet (2015) observa lo siguiente: «La protection spéciale des personnes vulnérables correspond à une exigence d'adéquation de la norme commune, qui fonde soit la prise en considération de particularités dans la mise en oeuvre de norme soit plus rarement une exception. L'esprit de la protection ne réside pas dans la constitution d'un droit exorbitant du droit commun, mais dans la réalisation de celui-ci: le souci d'une protection effective, joint à une approche de l'égalité qui implique de traiter de manière différenciée les situations différentes, entraîne la nécessité d'une protection spécifique» (p. 330).

para la realización de la plena igualdad en los servicios judiciales con los demás, en sentido no solo formal²⁶.

Por lo tanto, no es suficiente la previsión general del derecho de acceso a la justicia, sino que es necesario asegurar una atenuación del formalismo de los procedimientos y adoptar una serie de medidas especiales y reglas procesales para toda la tramitación del proceso, en razón de la peculiaridad del factor de fragilidad en que se encuentran algunos grupos de personas²⁷, por ejemplo: niños, discapacitados, pobres, pertenecientes a minorías, inmigrantes, solicitantes de asilo, mujeres víctimas de violencia o discriminación²⁸. Solo de este modo estará garantizado el derecho a la igualdad de los más débiles²⁹.

Por otra parte, cabe añadir que las medidas para promover un acceso igualitario al sistema de justicia de las personas vulnerables deberían adoptarse no solo respecto a la interposición de la demanda, sino también a la fase previa de esta, como brindar información jurídica

26 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sus «Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales», aprobados el 19 julio de 2008, señala acertadamente que la obligación de los Estados no es solo negativa (no impedir el acceso a la justicia), «sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos, para lo cual los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia» (punto 68).

27 Precisamente, con el fin de promover la adaptación de las medidas que dificultan el acceso a la justicia de las personas vulnerables, en el 2008 la Cumbre Judicial Iberoamericana adoptó las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Estas reglas han sido implementadas en algunos países iberoamericanos, como Paraguay, Colombia, México y Perú. A propósito de ello, el 7 de abril de 2016, este último país aprobó el Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad 2016-2021, mediante la Resolución Administrativa n.º 090-2016-CE-PJ del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú; este plan es de obligatorio cumplimiento para todas las dependencias jurisdiccionales y administrativas de dicho poder del Estado.

28 En general, todos los grupos mencionados son, a menudo, víctimas de trato discriminatorio por razones arbitrarias. Respecto a los instrumentos procesales contra la discriminación, véase Di Salvo (2012).

29 Sobre la influencia del cambio cultural en las reglas procesales, véase Taruffo (2000).

comprensible y accesible sobre sus derechos y las acciones de tutela o facultar a las asociaciones o las personas jurídicas que tengan un interés legítimo para iniciar un procedimiento. En efecto, debemos considerar que estas personas no acceden a los servicios jurídicos porque desconocen cuáles son sus derechos; es el caso, por ejemplo, de los desplazados fuera del territorio del Estado de su nacionalidad, los migrantes, las personas con discapacidad o los pobres. Una reflexión atenta sobre el derecho de acceso a la justicia de las personas desfavorecidas exige que no pasemos por alto que muchos no llegan a interponer demanda precisamente por desconocimiento³⁰.

5. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD EN ITALIA

En el ordenamiento jurídico de la UE, así como en el italiano, no existe un cuerpo único de reglas específicas, incluso de carácter no vinculante (*soft law*), similares a las 100 Reglas de Brasilia de la Cumbre Judicial Iberoamericana, que abordan el acceso a la justicia de distintos grupos vulnerables, ya sean partes que ejercitan una acción, defiendan sus derechos o bien sean testigos o víctimas.

30 Este enfoque se desprende claramente de las Reglas de Brasilia (2008), cuyo segundo capítulo, titulado «Efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos», resalta, ante todo, la necesidad de ofrecer consultas jurídicas especializadas y gratuitas para informar acerca de las cuestiones susceptibles de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial. A este fin, establece lo siguiente: «Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal, sino también en otros órdenes jurisdiccionales, ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados» (Regla 29).

Quizás esta ausencia se debe tanto a la falta de determinación del concepto de vulnerabilidad como a la de una visión global del problema del acceso a la justicia de las personas más frágiles. A pesar de que las razones de vulnerabilidad pueden ser muy distintas³¹, y esta variedad se refleja en las diferentes medidas que se implementan para garantizar un efectivo acceso a la justicia, porque deben adecuarse a la peculiaridad del factor que causa la fragilidad, el planteamiento general de la cuestión ayudaría a identificar mejor las dificultades y las necesidades (a veces comunes) para el ejercicio de los derechos³² y permitiría alcanzar un mayor nivel de protección.

En el ordenamiento jurídico italiano, las normas que favorecen el acceso a la justicia de distintos grupos de desfavorecidos están contenidas entre el Código Civil, el Código Procesal Civil, las leyes de protección de algunos grupos vulnerables que incluyen disposiciones procesales, las leyes de transposición de directivas comunitarias o convenios internacionales, como ocurre, por ejemplo, en temas de niños, personas con discapacidad, migrantes, solicitantes de asilo, pobres y personas discriminadas. Esto determina que, para afrontar sistemáticamente el problema del acceso a la justicia de las personas vulnerables, se requiere un esfuerzo previo de recopilación de normas repartidas entre varios textos legales.

31 Como hemos anotado, pueden constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, la edad, la discapacidad, la pobreza, el género y la pertenencia a minorías.

32 Por ejemplo, la vulnerabilidad por pobreza es una situación que implica medidas distintas de las que necesita una situación de vulnerabilidad por pertenencia a un grupo de minorías, extranjeros o por cuestiones de edad. Además, muchas veces, la pobreza se suma a otras situaciones, lo que determina una agravación del ejercicio de los derechos en general y, sobre todo, de los derechos humanos más básicos. Sobre la vulnerabilidad por pobreza en el marco de las propuestas de las 100 Reglas de Brasilia, véase Ribotta (2012).

6. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS MENORES DE EDAD Y SU PARTICIPACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

En lo que respecta a los menores de edad, la ley nacional italiana, de acuerdo con el derecho europeo³³ y la Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 1989), considera a los niños en una situación de debilidad a causa de su edad, por lo que exige medidas especiales para protegerlos. La condición de vulnerabilidad, propia de la niñez, obliga a cada Estado miembro de la UE a tomar medidas adecuadas que permitan la protección de los derechos del niño. Además, algunas categorías de niños son especialmente vulnerables, a saber: los menores discapacitados, los extranjeros no acompañados, los solicitantes de asilo o los que viven en un ambiente de pobreza.

Entre los derechos que deben ser garantizados a los niños, cabe destacar el acceso a la justicia³⁴, para que ellos puedan ejercer efectivamente sus derechos o defender sus intereses en los procedimientos judiciales³⁵. Teniendo en cuenta sus propias características, los niños

33 El artículo 3, párr. 3, del Tratado de la Unión Europea dispone que la UE desarrolle la protección de los derechos del niño, así como el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) establece que los niños son titulares de derechos independientes y autónomos, y que el interés superior de los niños debe constituir una consideración primordial para las autoridades públicas y las instituciones privadas.

34 La promoción de los derechos del niño es uno de los objetivos políticos de la UE, así como la creación de una justicia adaptada a los menores que permita al sistema judicial ser más accesible para los niños. Véanse la comunicación de la Comisión Europea al Parlamento europeo COM (2011) 60 final y las Directrices sobre la justicia adaptada a los menores, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010.

35 El Reglamento (UE) 2019/1111, del 25 de junio de 2019, «relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores», que sustituirá al vigente Reglamento (CE) 2201/2003 desde el 1 de agosto de 2022, en el considerando 3 indica lo siguiente: «La Unión se ha fijado el objetivo de crear, mantener y desarrollar un espacio de libertad, de seguridad y de justicia en el que se garanticen la libre circulación de personas y el acceso a la justicia. Con vistas a la realización de dicho objetivo, deben reforzarse los derechos de las personas, en particular de los menores, en los procedimientos judiciales, con el fin de facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales y administrativas, y la ejecución de las resoluciones en materia de derecho de familia que tengan implicaciones transfronterizas».

no pueden acceder a la justicia y ser tratados como los adultos en los procesos que les afectan; por eso urge contemplar medidas especiales de protección.

Por regla general, los progenitores, cuando existan y ejerzan la patria potestad, representarán legal y procesalmente a sus hijos; en esa línea, a través de ellos, los menores podrán acceder a la justicia civil. Sin embargo, varias pueden ser las razones por las cuales los menores acceden a los tribunales mediante otras figuras; por ejemplo, podría existir un conflicto de intereses entre los progenitores y el hijo menor, lo cual obligaría al nombramiento de un curador especial del menor, es decir, un tercero que se ocuparía exclusivamente de su preeminente interés (art. 78 del Código de Procedimiento Civil y art. 320 del Código Civil).

Cuando no haya progenitores o su potestad haya decaído, se nombrará un tutor para el menor; aquel ejercerá una función supletoria de la figura del progenitor³⁶. En la mayoría de los casos, el curador (y el tutor) nombrado es un abogado; esta es una praxis aplicativa que tiene la ventaja de que el menor se relacione únicamente con una figura extraña a su familia. Sin duda, el ejercicio de la función de curatela de un menor presupone una preparación jurídica, pero sobre todo pedagógica y psicológica. La relación que se debe instaurar entre el curador y el menor es fundamental para que este sea verdaderamente tutelado como sujeto vulnerable, así que es muy importante que el curador explique, con un lenguaje acorde con la edad del menor, todas las decisiones necesarias en su interés, las cuales deben ser tomadas escuchando siempre al menor, sea cual sea su edad, y por ello es imprescindible la preparación técnica del curador.

36 No obstante, también puede ocurrir un conflicto de interés entre el menor y su tutor, situación que obliga al nombramiento del curador especial (art. 360 del Código Civil).

También debe observarse que, aunque no sean partes, los niños se enfrentan con sistemas judiciales; por ejemplo, en los procedimientos de crisis matrimonial, en caso de discrepancia sobre su custodia o el derecho de visita, cuando son testigos, etc. Por tanto, se ejecutan especiales medidas procesales para ofrecer a los menores la posibilidad de participar en todos los procedimientos que les conciernen, así como las salvaguardas concretas que corresponden a sus necesidades y su vulnerabilidad. Entre estas medidas, consideramos la audición de los menores en la toma de decisiones a cargo del juez, dado que estas afectan a sus vidas, por lo que se puede considerar un auténtico derecho procesal (Poliseno, 2017, p. 311).

7. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO DE LOS NIÑOS A SER ESCUCHADOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

En Italia, varias han sido las etapas normativas y jurisprudenciales para establecer con plenitud los derechos del niño que deben ser garantizados, especialmente el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecta, conforme con lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 1989³⁷, el Convenio de Estrasburgo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 1996³⁸ y la Carta de los

37 Ratificado por Italia con la Ley de 27 mayo de 1991 n.º 176. Véase el artículo 12.

38 El Convenio, ratificado parcialmente por Italia en el 2003 con la Ley de 20 de marzo n.º 77, incluye un capítulo dedicado a las medidas procesales para promover el ejercicio de los derechos de los niños. Así, el artículo 3 establece el derecho del niño a ser informado y a expresar su opinión en los procedimientos: «Cuando según el derecho interno se considere que un niño tiene el suficiente discernimiento, se le reconocerán, en los procedimientos que le afecten ante una autoridad judicial, los siguientes derechos cuyo ejercicio podrá exigir por sí mismo: a) recibir toda la información pertinente; b) ser consultado y expresar su opinión; c) ser informado de las posibles consecuencias de actuar conforme a esa opinión y de las posibles consecuencias de cualquier resolución». Los artículos 4 y 5 contemplan el derecho a solicitar la designación de un representante especial y la oportunidad de conceder a los niños derechos procesales complementarios en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial,

Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000³⁹, donde se dispone que los menores pueden expresar su opinión libremente y esta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y su madurez (artículo 24)⁴⁰.

En la legislación italiana, la primera referencia a la escucha del menor figura en la Ley del Divorcio 898/1970 (art. 4). En particular, los artículos 4 y 6, en su versión modificada por la Ley n.º 74/1987, preveían que el presidente del Tribunal, para las medidas de custodia y manutención de los hijos⁴¹, escuchara al menor en caso estrictamente necesario, en función de su edad. Sin embargo, el haber dejado la audiencia al menor a la discrecionalidad judicial hizo que fuera un instrumento poco utilizado (Danovi, 2014, p. 1597).

como el derecho a solicitar la asistencia de una persona apropiada de su elección para que les ayude a expresar su opinión; y el artículo 5 explica que la autoridad judicial, antes de tomar cualquier decisión, deberá examinar si dispone de información suficiente con el fin de tomar una decisión en el interés superior del menor, y cuando, según el derecho interno, se considere que el niño posee discernimiento suficiente «consultar personalmente al niño en los casos oportunos, si es necesario en privado, directamente o por mediación de otras personas u organismos, de una forma apropiada a su discernimiento, a menos que ello sea manifiestamente contrario a los intereses superiores del niño; permitir al niño expresar su opinión; tener debidamente en cuenta la opinión expresada por el niño».

Destacamos que el Tribunal Constitucional italiano, con la sentencia del 12 de junio de 2009, n.º 179, ha declarado que los principios del Convenio de Estrasburgo son inmediatamente aplicables en nuestro sistema; por lo tanto, el derecho del menor a ser escuchado se aplica también en los procedimientos judiciales no mencionados en la ley ratificada. Sobre el tema, véanse Arceri (2009) y Tommaseo (2012).

39 Entró en vigor el 1 diciembre de 2009 con el Tratado de Lisboa.

40 En el marco del espacio jurídico europeo, cabe mencionar que en los considerandos 2 y 39 del Reglamento (UE) n.º 1111/2019 (denominado «Reglamento Bruselas II *bis* refundido») se resalta el objetivo de aclarar «el derecho del menor a que se le brinde ocasión de expresar su opinión en los procedimientos que le afecten» y dar a los menores la posibilidad real y efectiva de expresar su opinión cuando sean objetos de procedimientos en materia de responsabilidad parental y restitución; así lo establece explícitamente el artículo 21 «Derecho del menor a expresar sus opiniones». Por otro lado, el artículo 39 considera motivo de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental la falta de posibilidad del menor (capaz de formarse su propio juicio) de expresar su opinión, con excepción de los casos de urgencia.

41 Sobre las medidas relativas a los hijos menores en caso de separación judicial, véase Zingales (2014).

En el 2000, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 1/2000, al declarar infundada la cuestión de la legitimidad constitucional del párrafo 2 del artículo 336 del Código Civil (entonces vigente), en la parte en que no establecía la audición del menor en los procedimientos civiles relativos a la autoridad parental, en razón del alcance general del artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre el derecho del menor a ser escuchado, ha señalado que el menor es parte sustancial en los procedimientos mencionados y que su participación⁴² debe ser garantizada.

Algunos años más tarde, el legislador italiano introdujo la posibilidad de que, en los procedimientos de separación, divorcio y custodia⁴³, el juez escuche al menor que haya cumplido doce años. A pesar de la nueva regulación, todavía la jurisprudencia de la Corte Suprema di Cassazione y el legislador no afirmaron como obligación la audición generalizada del menor (incluso considerada, por parte de la doctrina, con mucho desfavor), quien era escuchado solo si se consideraba necesario.

En el 2009 hubo un importante cambio de ruta con la Sentencia n.º 22238 de la Sala Conjunta de la Corte Suprema; en ella se aclaró que el menor siempre debe ser escuchado en los procedimientos que lo afecten; además, se señaló que omitir la audición constituye una vulneración del principio del contradictorio y del debido proceso, salvo que no responda al interés superior del niño o este carezca de la capacidad de formarse un juicio propio⁴⁴. Gracias a todo ello, entró en vigor

42 Tribunal Constitucional, 30 de enero de 2002, n.º 1, en *Fam. Dir.*, 2002, 229, Tommaseo, F., *Giudizi camerali de potestate e giusto processo*.

43 Art. 155-*sexies*, Código Civil, introducido por la Ley n.º 54/2006, del 8 de enero, «Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli».

44 Cass. Sez. Un., 21-10-2009, n.º 22238, véase Graziosi (2010), quien, contrariamente a lo que afirma el Tribunal de Casación, considera que la obligatoria audición del menor (que no es parte en sentido procesal) no está destinada a ponerlo en condiciones de defenderse en el sentido técnico de la palabra, sino más bien de dar a conocer al juez su opinión sobre los asuntos que le afectan, como la custodia o la visita, de modo que al decidir también pueda

la reforma sobre la filiación de 2012⁴⁵, con la cual fueron introducidas o modificadas las normas del Código Civil y otras leyes especiales, así que hoy en día se reconoce el derecho generalizado del menor a expresar sus opiniones. En particular, el art. 315-*bis* del Código Civil («Diritti e doveri dei figli»), introducido por la Ley n.º 219/2012, en su tercer párrafo ha establecido que el menor de edad que haya cumplido los doce años, o sea menor pero posea capacidad de discernimiento, tiene derecho a ser escuchado en todos los asuntos⁴⁶ y los procedimientos que lo afecten⁴⁷.

Al cabo de un año de la referida ley, con el objetivo de mejorar la tutela judicial del menor, se han incorporado en el Código Civil nuevas disposiciones⁴⁸, con arreglo a las cuales se ha completado la regulación sobre el derecho del niño a ser escuchado en los procedimientos. Entre las nuevas disposiciones, cabe resaltar el nuevo artículo 336-*bis* del Código Civil, titulado «Ascolto del minore», que aborda de manera orgánica las modalidades de audición del menor.

El primer párrafo del artículo dispone que los menores que hayan cumplido doce años de edad o menos, pero sean capaces de discernir,

tomarse en consideración este elemento esencial de evaluación para la protección del interés del menor; por lo tanto, el nuevo instrumento pertenece a la fase de instrucción del proceso más que a la garantía y la integración del contradictorio. Véase Danovi (2010).

45 Ley del 10 de diciembre de 2012, n.º 219, Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, en *Gazzetta Ufficiale*, 17 de diciembre de 2012, n.º 293.

46 Pueden surgir asuntos relacionados con la elección de la escuela o las actividades extracurriculares.

47 La disposición introduce en el ordenamiento italiano un principio de orden general que supera los límites aplicativos de algunas normas que preveían (y siguen previendo) este derecho en determinadas situaciones: por ejemplo, el art. 155-*sexies* del Código Civil (abrogado por el Decreto Legislativo n.º 154/2013 cuyo texto hoy ha confluído en el nuevo art. 337-*octies* del Código Civil), el art. 316, párr. 3, y el art. 250, párr. 4, del Código Civil.

48 Decreto Legislativo de 28 de diciembre de 2013, n.º 154, Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n.º 219, en *Gazzetta Ufficiale*, 8 de enero de 2014, n.º 5.

deben ser oídos en los procedimientos en los cuales se adoptan medidas que los afecten. La indicación de un límite de edad no debe interpretarse como una denegación del derecho, sino que existe una presunción (establecida por vía legislativa) de que los niños mayores de doce años tengan suficiente juicio y, en todo caso, habrán de ser escuchados; en cambio, si los niños son menores de esa edad, el juez dispone de un poder discrecional de apreciación para decidir sobre la oportunidad de la escucha⁴⁹.

Se precisa que si la escucha es contraria al interés del menor o manifiestamente superflua, el juez no cumple el trámite exponiendo sus razones. De este modo, si el menor se encuentra en una situación de especial fragilidad emocional, su escucha podrá ser contraria a su propio interés superior o será superflua si el menor ya ha sido escuchado en otro procedimiento sobre cuestiones similares o el objeto del juicio no lo afecta directamente, como ocurre cuando las cuestiones

49 Véase, en tal sentido, Cass., 13 de diciembre de 2018, n.º 32309, en la que se aclara que «dall'esame delle norme che stabiliscono l'audizione del minore "nei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano" emerge una diversa modulazione dell'obbligo di ascolto del minore dodicenne rispetto a quello di età inferiore. Per la prima ipotesi, la presunzione della capacità di discernimento, fissata in via legislativa, impone al giudice di primo grado di prevedere, anche officiosamente (Cass. n.º 19202 del 2014) una scansione procedimentale dedicata all'ascolto stesso (Cass. n.º 1687/13; n.º 6129 del 2015) da svolgersi secondo le modalità stabilite dell'art. 336-bis, commi 2 e 3, all'interno delle quali spiccano l'obbligatorietà della conduzione da parte del giudice e la preventiva informazione del minore sulla natura del procedimento e sugli effetti dell'ascolto, salvo che motivatamente non si ritenga l'ascolto superfluo o contrario all'interesse del minore». A continuación, se afirma que «se il minore compie 12 anni nel giudizio d'appello (Cass. n.º 15365 del 2015, con specifico riferimento al procedimento adottivo), come nel caso concreto, "il giudice del gravame è tenuto a procedere alla sua audizione, riflettendo tale obbligo una nuova considerazione del minore quale portatore di bisogni ed interessi che, se consapevolmente espressi, pur non vincolando il giudice, non possono essere ignorati" (Cass. n.º 15635/2015; n.º 5676/17). Orbene, solo con il compimento del dodicesimo anno d'età sorge l'obbligo del giudice di ascoltare il minore e della motivazione espressa della scelta contraria, anche senza un'istanza di parte, a differenza che nell'ipotesi di minore infradodicesimo in cui il giudice dispone di un potere discrezionale d'ascolto, salvo che egli debba disporre l'ascolto o motivarne l'omissione se vi sia un'istanza di parte che indichi gli argomenti e i temi di approfondimento sui quali si ritenga necessario l'ascolto» (art. 336 del Código Civil, párr. 2).

se refieren exclusivamente al cargo de la separación o la pensión alimenticia a favor del cónyuge o los hijos.

Así, pues, aunque la escucha del menor en los asuntos que le conciernen constituye un cumplimiento necesario, con arreglo al artículo 336-*bis* del Código Civil, no lo es en términos absolutos, puesto que la decisión sobre oír o no al menor será remitida al juez, quien evaluará teniendo siempre en cuenta su interés superior⁵⁰.

En cuanto a las consecuencias procesales en caso de que el juez, sin motivo alguno, no escuche al menor que haya cumplido doce años, la jurisprudencia ha sostenido de manera reiterada que la omisión injustificada de audiencia del menor produce la nulidad del procedimiento. Dicha nulidad estará sujeta al «principio di conversione dei vizi di nullità in motivi di gravame» (art. 161 del Código de Procedimiento Civil), con la consecuencia de que no sobrevive una vez que la decisión del Tribunal sea firme⁵¹.

De acuerdo con las normas vigentes, la audición del menor se impone en vista de la emanación de las medidas sobre los hijos en casos de separación, divorcio, nulidad del matrimonio, procedimiento de declaración en estado de adoptabilidad, sustracción de menores, ejercicio de la responsabilidad parental⁵², medidas sobre el apellido del hijo y procedimiento de reconocimiento del hijo no matrimonial, así como cuando el progenitor que haya reconocido el hijo se oponga

50 Véanse Cass., 31 de marzo de 2014, n.º 7478 y Cass., 2 de agosto de 2013, n.º 18538.

51 El Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones respecto a la falta de audiencia del mayor de doce años y nulidad. Véase Cass., 13 de diciembre de 2018, n.º 32309; Cass., 12 de mayo de 2015, n.º 9633; Cass., 7 de marzo de 2017, n.º 5676; Cass., 31 de marzo de 2014, n.º 7479; Cass., 10 de septiembre de 2014, n.º 19006; Cass., 10 de septiembre de 2014, n.º 19007.

52 Esta expresión ha sustituido el «antiguo» concepto de potestad, para destacar que el menor no es objeto de una posición de dominio de los adultos, sino titular de derechos. Véase Biavati y Lupoi (2013, pp. 73 y ss.).

al reconocimiento por el otro progenitor o se adopten medidas provisionales relativas a los hijos en las crisis familiares⁵³ que, si bien tienen un alcance temporal limitado, afectan a los niños.

Respecto a los procesos de mutuo acuerdo de separación y divorcio (art. 711 del Código de Procedimiento Civil) o cambio de las condiciones de divorcio, el legislador recoge la expresión del art. 336-*bis* del Código Civil, excluyendo la escucha cuando contrasta con el interés del menor o es claramente superflua (art. 337-*octies* del Código Civil). Además, la jurisprudencia considera innecesaria la escucha de los hijos menores, ya que si los acuerdos son coherentes con el interés del niño, se estima superflua y contraria con dicho interés, dado que serían involucrados en un proceso y, por ende, en una situación tensa, a pesar de la falta de conflictos entre los progenitores⁵⁴. Por supuesto, la superfluidad de la escucha del menor en relación con su interés deberá evaluarse caso por caso⁵⁵.

Para concluir, advertimos que en la actual legislación italiana no se hace referencia al deber de escuchar a los menores en el supuesto de que los padres utilicen, para la resolución de las crisis familiares, el procedimiento voluntario de negociación asistida familiar. Se trata de un instrumento alternativo a la vía judicial de solución de conflictos, introducido por el art. 6 del Decreto Ley n.º 132/2014, convertido en

53 Véase el artículo 337-*octies* del Código Civil («Poteri del giudice e ascolto del minore»).

54 Sobre este tema, véanse Lombardi (2020) y Donzelli (2016, pp. 979 y ss.).

55 En doctrina se ha señalado que, pese a que los jueces están obligados a motivar que no se escuche al niño si sus situaciones especiales no recomiendan la audición o son superfluas, no es fácilmente comprensible cuándo pueda ser contrario o superfluo recoger su opinión y su voluntad en procedimientos que lo afecten. Sobre ello, véanse las consideraciones críticas de Querzola (2014, pp. 185 y ss.), quien observa que es difícil considerar innecesaria la escucha del menor también cuando hay acuerdo de los padres sobre el cuidado, la residencia, el régimen de visitas de los hijos, etc., ya que solo ella puede dar alguna señal de la conformidad de los acuerdos a las aspiraciones del menor y ser útil al juez para tomar sus decisiones.

la Ley n.º 162/2014⁵⁶, que puede utilizarse incluso cuando hay hijos menores. El acuerdo alcanzado por los cónyuges y suscrito ante los abogados está sometido al control por parte del fiscal, quien valora, además de la regularidad formal del convenio, la correspondencia con los intereses de los hijos. El acuerdo produce los efectos de las resoluciones judiciales en materia matrimonial (Lupoi, 2018, p. 471).

Ahora bien, la ausencia de una norma sobre la posibilidad de que el menor exprese su opinión constituye un vacío jurídico en la mencionada ley, teniendo en cuenta, además, que en el ámbito de los procesos de mutuo acuerdo de separación y divorcio no se excluye la escucha del menor. Esta omisión legislativa ha sido cuestionada por alguna doctrina⁵⁷ que, destacando la inobservancia del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, pone de relieve la inconstitucionalidad de la ley por violación del artículo 117 de la Constitución⁵⁸, con arreglo al cual «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

Por otra parte, hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 39, apartado 2, del Reglamento 1111/2019 del Consejo de la Unión Europea, en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, conforme al cual:

Podrá denegarse el reconocimiento de una resolución en materia de responsabilidad parental si este se concedió sin que el menor capaz de formarse su propio juicio haya tenido la posibilidad de expresar su

56 Sobre esta ley, véase Santangeli (2015).

57 Véanse Carratta (2015) y D'Alessandro (2015, pp. 1278-1284), quien señala que «all'ascolto dovrebbe il presidente del tribunale a seguito di una valutazione d'opportunità del procuratore stesso».

58 Véanse Tommaseo (2015) y Donzelli (2016, p. 981).

opinión de conformidad con el artículo 21, excepto en los casos en que a) el procedimiento solo afectó a los bienes del menor y siempre que no se requiriera dar dicha oportunidad al menor, habida cuenta del objeto del procedimiento; b) existían motivos fundados habida cuenta, en particular, de la urgencia del asunto.

Por tanto, es necesario encontrar un espacio para la escucha del menor en el marco de la negociación asistida familiar con un componente internacional, incluso mediante una intervención del legislador italiano, para cumplir el artículo 24, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y las obligaciones del Reglamento 1111/2019.

8. LAS MODALIDADES DE ESCUCHA

En lo que respecta a la forma en que debe ejercitarse el derecho de audiencia del niño, el art. 336-*bis* del Código Civil dispone que el menor debe ser oído por el presidente del Tribunal o el juez delegado en los procedimientos en los que sus intereses pueden verse afectados.

Por supuesto, el menor no puede ejercer correctamente este derecho si no obtiene todas las informaciones útiles; en esa línea, recordemos que el derecho a la información es un requisito previo e indispensable para su ejercicio⁵⁹. Así se establece en el párrafo 3 del citado artículo, según el cual el juez, antes de escuchar al menor, debe informarle del tipo de procedimiento y los efectos de su audición, de tal manera que él pueda elegir si ejercer o no su derecho. Cabe aclarar que el derecho del menor a ser oído incluye también el derecho a no ser oído como expresión de la tutela del interés superior del menor.

59 Como afirman las convenciones internacionales y las líneas guías del Consejo de Europa, informar al niño es tarea de los progenitores, el tutor y el curador; el menor debe ser informado de que su audición es un derecho y no una obligación.

Asimismo, la escucha del menor podrá efectuarse a través de expertos u otros auxiliares, pues se trata de una facultad del juez y no de una obligación⁶⁰.

Si los progenitores (cuando son partes del proceso), los defensores, el curador especial del menor (si es nombrado) y el Ministerio Fiscal son autorizados por el juez, están admitidos a participar en la audiencia. Ellos pueden proponer temas de discusión antes de la audiencia al menor, garantizando el contradictorio entre las partes *ex ante*. Asimismo, se garantiza el contradictorio sobre los resultados de la audiencia, dado que se documenta el acta de la escucha y se describe la actitud del menor (la mirada, el tono de voz, la expresión corporal⁶¹, etc.). Resaltamos que no comunicar la escucha fijada para la audiencia no constituye una vulneración del principio de contradicción, dado que el juez podría considerar (en virtud de la percepción que tuvo en las fases procesales anteriores) la presencia de los padres o los defensores como un riesgo para la serenidad del menor, incluso el riesgo de manipulación psicológica.

Por último, con arreglo al artículo 38-*bis* de las Disposiciones para la actuación del Código Civil, estos sujetos pueden asistir a la audiencia sin estar físicamente presentes (y sin la autorización del juez) si la salvaguardia del menor está garantizada con medios técnicos adecuados a través de un espejo de cristal y un interfono⁶².

60 El juez, en particular, cuando las circunstancias especiales lo requieren, puede hacer uso de un perito cualificado, delegando la audiencia del niño. De hecho, no es suficiente que el menor haya sido cuestionado de alguna manera y examinado, por ejemplo, a cargo de los servidores sociales cuyos informes sean posteriormente adquiridos, ya que es necesaria una delegación específica por el juez y que el menor sea informado de toda la instancia o las decisiones que le conciernen.

61 Será también grabada en soporte audiovisual.

62 Desde el punto de vista práctico, existen algunos protocolos para la realización de la audiencia del menor. Véase Istituto degli Innocenti (2020).

9. EL VALOR PROCEDIMENTAL DE LA ESCUCHA

En primer lugar, es conveniente precisar que la obligación de escucha en los procedimientos donde los niños y sus intereses pueden verse afectados no determina que el menor se convierta en parte procesal, por ello no tiene abogado.

La mayoría de la doctrina coincide en que la audición del menor no es un acto procesal típico y no tiene valor probatorio; en esa línea, no está orientado a adquirir elementos a favor de una u otra posición defensiva y entiende que es un momento formal del procedimiento destinado a garantizar el derecho del menor a expresar libremente su opinión y sus necesidades en los asuntos que le conciernen⁶³ —lo cual permite una mejor evaluación del interés superior del niño—, así como su derecho a ser informado por el juez sobre la controversia en la que se encuentra involucrado, con el fin de limitar la confusión que podría derivarse de la información por parte de los padres.

Otra cuestión es el grado de atención que el juez ha de prestar a las declaraciones del menor con vistas a la adopción de la decisión final. A este respecto, de acuerdo con la jurisprudencia, la escucha refleja una nueva consideración del menor como portador de necesidades e intereses que, sin llegar a vincular al juez, no pueden ser ignorados y deben atenderse en consonancia con la madurez del menor y su capacidad de formarse un juicio propio⁶⁴. Esto implica que, a pesar de la ausencia de una obligación del órgano jurisdiccional respecto a atender las declaraciones del menor, la decisión de apartarse de lo manifestado por el menor ha de razonarse de forma proporcional al grado de discernimiento atribuido al niño⁶⁵. En otras palabras, el

63 Cass., 10 de junio de 2011, n.º 12739.

64 Cass., 26 de marzo de 2010, n.º 7282; Cass., 17 de mayo de 2012, n.º 7773, en *Foro it.*, 2013, I, 1839, con comentario de Casaburi; Cass., 21 de noviembre de 2014, n.º 24863.

65 Cass., 24 de mayo de 2018, n.º 12957; Cass., 26 de marzo de 2015, n.º 6129; Cass., 22 de julio de 2014, n.º 16658; Cass., 7 de octubre de 2014, n.º 21101.

acto de escucha debe ser valorado en relación con el real desarrollo psicofísico del niño, lo cual coincide con su interés superior.

10. CONCLUSIONES

Tras estas reflexiones sobre el acceso a la justicia y la situaciones de vulnerabilidad, exponemos las siguientes conclusiones:

- a) Las personas en condición de vulnerabilidad encuentran mayores dificultades en el acceso al sistema de justicia que quienes no presentan dicha condición. Por ello, la efectiva implementación del derecho de acceso a la justicia requiere la eliminación de los obstáculos y las barreras, de derecho y *de facto*, como la atenuación del formalismo y la adopción de medidas procesales especiales que atiendan a la peculiaridad del factor de fragilidad. De este modo, se garantiza el derecho a la igualdad de los más débiles para la realización de la plena igualdad en el ámbito de la administración de justicia, en sentido no solo formal.
- b) Con referencia a los menores, un instrumento procesal central para garantizar su efectivo acceso a la justicia es la escucha del menor en todos los procesos donde sus derechos pueden verse afectados. Esta medida posibilita la participación del menor como protagonista activo en los procedimientos de familia en los que es portador de intereses diferentes y superiores, en comparación con los de los adultos, partes litigantes; por ello, permite las salvaguardas concretas que corresponden a sus necesidades y su vulnerabilidad.
- c) El rasgo característico de la regulación italiana sobre la escucha del menor es el papel activo y director del juez, quien debe utilizar el interés superior del menor como parámetro para sus determinaciones relativas a los aspectos sustanciales y procesales. Precisamente, perseguir el interés superior del niño determina que el

órgano jurisdiccional sea un intérprete escrupuloso de las opiniones expresadas por el menor y es también el motivo por el cual, eventualmente, pueda desatenderlas. Sin embargo, es ineludible una motivación puntual de la resolución adoptada, en contraste con las declaraciones del menor.

- d) Para mejorar el acceso a la justicia y no discriminar a las personas vulnerables, debería adoptarse un enfoque general de la tutela judicial de los sujetos más débiles, considerando que, usualmente, un factor de fragilidad se suma a otros. Con este fin, podría resultar útil un acto de *soft law*, siguiendo el modelo, por ejemplo, de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, por el que se fomenta, en este ámbito específico, la difusión de un *modus operandi* procesal.

Para terminar, cabe observar que la necesidad de elaborar reglas y medidas procesales especiales para los sujetos o los grupos que se encuentran en una condición de vulnerabilidad es expresión de una creciente sensibilidad ante las diferencias que, por supuesto, puede impulsar el desarrollo del derecho procesal.

REFERENCIAS

- Almagro, J. (1983). Constitución española de 1978. Tomo III (arts. 24 a 38). En Alzaga, O. (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*. Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa).
- Andolina, I. y Vignera, G. (1997). *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Giappichelli.
- Arceri, A. (2009). Il minore ed i processi che lo riguardano: una normativa ancora disapplicata. *Famiglia e Diritto*, (10), 869.

- Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza (2020). *Il diritto all'ascolto delle persone di minore età in sede giurisdizionale. Indagine relativa alle modalità messe in atto sul territorio nazionale dai tribunali per i minorenni, tribunali ordinari e relative procure della Repubblica*. Istituto degli innocenti di Firenze. https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/ascolto-minorenni-procedimenti-giurisdizionali_0.pdf
- Besson, S. (2014). La vulnerabilité et la structure des droits de l'homme-L'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. In Burgorgue-Larsen, L. (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe* (pp. 59-85). Pedone.
- Biavati, P. y Lupoi M. A. (2013). *Regole europee e giustizia civile*. Bononia University Press.
- Cappelletti, M. (1982). Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Riv. Dir. Proc.*, 233-245.
- Cappelletti, M. (1988). Accesso alla giustizia. *Enciclopedia giuridica Treccani*, I. Istituto dell'Enciclopedia Italiana.
- Cappelletti, M. y Garth, B. (1978). *Access to justice*. Giuffrè.
- Cappelletti, M. y Vigoriti, V. (1971). I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano. *Riv. Dir. Proc.*, 604-ss.
- Carratta, A. (2015). Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale. *Giurisprudenza Italiana*, (5), 1287-1294.
- Comisión Europea (2001). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones. COM 60 final. Bruselas 15 de febrero de 2001. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0060&from=ES>

- Comisión Europea (2014). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM 144 final. Estrasburgo: 11 de marzo de 2014. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0144&from=IT>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (2008). Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, aprobado el 19 de julio de 2008. <http://www.cidh.oas.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadoresindice.sp.htm>
- Comoglio, L. P. (1970). *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova.
- Comoglio, L. P. (2001). L'effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea. *Nuova giur. Civ. comm.*, 477-ss.
- D'Alessandro, E. (2015). La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio. *Giur. it.*, 1278-ss.
- Danovi, F. (2010). L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento del giudice. *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1418-ss.
- Danovi, F. (2014). L'ascolto del minore nel proceso civile. *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1597-ss.
- Diciotti, E. (2018). La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. *Ars Interpretandi*, (2), 13-34.
- Díez-Picazo, L. (1987). Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. *Poder Judicial*, (5), 41-49.
- Díez-Picazo, L. (2002). L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: la prospettiva spagnola. In Taruffo, M.

- e Varano, V. (eds.), *Diritti Fondamentali e Giustizia Civile in Europa* (43-51). G. Giappichelli Editore.
- Donzelli, R. (2016). L'ascolto del minore come situazione processuale partecipativa attenuata. In Briguglio, A., Martino, R., Panzarola, A. e Sassani, B. (a cura di), *Scritti in onore di Nicola Picardi*, II (pp. 961-988). Pacini Editore.
- European Commission (2018). *The 2018 EU Justice Scoreboard*. Publications Office of the European Union. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2018_en.pdf
- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) (2011). *Access to justice in Europe: an overview of challenges and opportunities*. Publications Office of the European Union. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1520-report-access-to-justice_EN.pdf
- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) and Council of Europe (2016). *Handbook on European law relating to access to justice*. Publications Office of the European Union. https://www.echr.coe.int/documents/handbook_access_justice_eng.pdf
- Gimeno Sendra, J. V. (1988). *Constitución y proceso*. Tecnos.
- Graziosi, A. (2010). Ebbene sì: il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo. *Fam. Dir.*, 364 ss.
- Lombardi, R. (2020). Il «mancato» ascolto del minore nelle procedure di separazione e divorzio su accordo dei genitori: una discrasia tra fonti sovranazionali e fonti interne? *Il Giusto Processo Civile*, 15(2), 461-493.
- Lupoi, M. A. (2018). Strumenti degiurisdizionalizzati per la soluzione delle crisi coniugali, post-coniugali. In Lupoi, M. A. (a cura di), *Le tutele legali nelle crisi di famiglia*, II (pp. 471-ss.). Maggioli Editore.

- Oliva Santos, A. de la (1980). *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos*. J. M. Bosch.
- Pizzorusso, A. (1980). Rossi di vergogna anzi paonazzi di vergogna (Oss. a C. europea, diritti dell'uomo, 13 maggio 1980, caso Artico). *Il foro italiano: raccolta generale di giurisprudenza civile, commerciale, penale, amministrativa*, 103(1), (P. IV, pp. 150-157).
- Pizzorusso, A. (1992). Garanzia costituzionale dell'azione. *Dig. Disc. Priv.*, VIII, 607-ss.
- Poliseno, B. (2017). *Profili di tutela del minore nel processo civile*. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Querzola, L. (2014). La revisione delle norme in materia di filiazione: profili processuali. *Riv. Trim. Proc. Civ.*, XVI, 181-ss.
- 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]. <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/ReglasdeBrasilia-2008.pdf>
- 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), 77-114. https://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=369840&info=open_link_ejemplar
- Ruet, C. (2015). La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. *Revue trim. des droits de l'homme*, 317-ss.
- Salvo, C. di (2012). Discriminazione. In Santangeli, F. (a cura di), *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili* (pp. 844-ss.). Giuffrè.

- Santangeli, F. (2015). *La nuova riforma del processo civile. Degiurisdizionalizzazione, processo ed ordinamento giudiziario nel decreto legge 132/2014 convertito in legge 162/2014*. Dike Giuridica Editrice.
- Sudre, F. (1995). Les «obligations positives» dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme. *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme*, 363-ss.
- Taruffo, M. (2000). Dimensioni transculturali della giustizia civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 54(4), 1047-ss.
- Tommaseo, F. (2012). Il processo civile familiare e minorile italiano nel contesto dei principi europei. *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 41(3), 1265-1280.
- Tommaseo, F. (2015). La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali. *Famiglia e Diritto*, 157-ss.
- Trocker, N. (1974). *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. Giuffrè.
- Trocker, N. (2007). Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo (parte prima). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 61(1), 35-66.
- Vallespín, D. (2002). *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Atelier.
- Van Dijk, P., Van Hoof, F., Van Rijn, A. and Zwaak, L. (2006). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Intersentia. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/19962.pdf>
- Zingales, I. (2014). *Provvedimenti riguardanti i minori nel procedimento di separazione giudiziale dei coniugi. Profili processuali*. Libreria Editrice Torre.



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. 2, n.º 2, enero-junio, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (*online*)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2.4>

Responsabilidad parental efectiva para garantizar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes en los conflictos familiares

The effective parental responsibility to guarantee the exercise of
the rights of children and adolescents in family conflicts

KARLA PAMELA JIMÉNEZ ERAZO

Universidad Autónoma del Estado de Morelos
(Morelos, México)

Contacto: pamela.jimenez@uaem.mx
<https://orcid.org/0000-0002-0534-801X>

RESUMEN

Para garantizar un efectivo goce de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, es fundamental que las personas responsables de su cuidado respeten, exijan y hagan cumplir tales derechos, dejando de lado sus intereses personales. En la antigüedad, el cuidado y la protección de los menores se ejercía a través de la potestad del padre de familia, un poder casi absoluto o ilimitado sobre sus hijos y sus bienes. Actualmente, si bien no se aplica de manera literal, se implementa deficientemente cuando se anteponen los deseos o los caprichos de quien la ejerce, sobre todo al tratarse de asuntos del orden familiar, lo cual imposibilita a las niñas, los niños y los adolescentes un

pleno ejercicio de sus derechos —entre ellos, su derecho de acceso a la justicia—, pues para ello requieren que un adulto los haga valer en su nombre y representación.

De esta manera, al pasar el tiempo, los niños no reconocidos por sus padres no recibieron alimentos ni tuvieron acceso a la seguridad social y, lastimosamente, se les negó el derecho a conocer su origen, su identidad y convivir con su progenitor. Ello los obliga a que al cumplir la mayoría de edad recurran a los órganos jurisdiccionales solicitando su acceso a la justicia, ya que cuando eran menores no lo tuvieron y, por lo tanto, no pudieron hacer valer sus derechos debido a un ejercicio deficiente de patria potestad.

Palabras clave: patria potestad; responsabilidad parental; acceso a la justicia; derechos humanos.

ABSTRACT

In order to guarantee the effective enjoyment of the rights of children and adolescents, it is essential that the persons responsible for their care respect, demand, and enforce such rights, leaving aside their interests. In the past, the care and protection of minors have been exercised through the power of the father of the family, an almost absolute or unlimited power over his children and his property. Currently, although it is not applied literally, it is poorly implemented when the wishes or whims of the person exercising it are put first, especially in family matters, which makes it impossible for children and adolescents to fully exercise their rights, including their right of access to justice since they require an adult to assert them in their name and on their behalf.

Thus, as time went by, the children not recognized by their parents did not receive food or have access to social security and, unfortunately, they were denied the right to know their origin, their identity and to

live with his parent. This forces them to turn to the courts when they become of legal age to request access to justice, since when they were minors they did not have it and, therefore, were unable to assert their rights due to a deficient exercise of parental authority.

Key words: parental authority; parental responsibility; access to justice; human rights.

Recibido: 01/03/2021 Aceptado: 15/05/2021

La infancia tiene sus propias maneras de ver, pensar y sentir; y no hay nada más insensato que anteponerlas a las propias.

J. J. ROUSSEAU

1. DE LA PATRIA POTESTAD

Quienes nos dedicamos a la ciencia jurídica sabemos que existen diversas instituciones y figuras jurídicas que son herencia de los pueblos antiguos, especialmente de Roma. En esa ciudad la finalidad consistía en brindar protección a todos aquellos que formaran parte de la familia, la cual era ejercida a través de la imposición del poder absoluto por parte del representante de cada una.

Así, en la antigua Roma el *paterfamilias* ejercía un poder disciplinario, casi ilimitado, sobre los hijos: era dueño de sus bienes, decidía por ellos y en situaciones extremas podía quitarles la vida (Margadant, 1993). Se trataba de un derecho, o poder personal, que imponía el patricio (ciudadano romano) mediante la figura de la patria potestad y que se suprimió conforme evolucionó el pueblo romano. De esa manera, pasó de ser un poder absoluto a perfilarse en un poder jurídico que se ejercía de acuerdo con los deberes de protección y cuidado de los hijos.

Durante la Edad Media, la figura de la patria potestad aún se consideraba como un poder de protección e iba acompañada del derecho de castigar severamente las actitudes contrarias a la voluntad del padre. Luego, se otorgó reconocimiento de personalidad para algunos integrantes de la familia con edad adulta, hecho que no sucedía en Roma (Ruiz, 1990). También se les reconoció el carácter de individuos, que permitía realizar actos jurídicos aislados que, según Ruiz, eran muy limitados e intrascendentes. Sin embargo, a los integrantes de menor edad se les consideraba carentes de las aptitudes necesarias para asumir las tareas de un adulto y faltos de conciencia para desarrollarse en sociedad. Por lo tanto, los adultos imponían su poder sobre ellos.

Resulta importante señalar que, antes del siglo XVII, la infancia no existía ni había una particularidad infantil. Philippe Ariès, en un estudio pictográfico realizado en *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, demuestra que la niñez no fue percibida como una categoría diferenciada de la adultez, sino como una extensión de ella. Es decir, se veía a los niños como adultos pequeños. En algunos cuadros de arte, observa que los rasgos faciales entre adultos y niños no eran muy distintos. Cambiaban las proporciones del cuerpo, que en los segundos tenían dimensiones pequeñas. No obstante, mostraban los rasgos faciales de un adulto. A partir de esta obra, comenzaron los trabajos de construcción del concepto de niño. Después del siglo XVII, los niños adquirieron un lugar central en la familia porque empezaron a formar parte de una cultura jurídico social, excesivamente proteccionista y discriminatoria: se les consideró como objetos de protección sin derecho alguno.

La libertad como derecho del niño apareció tras los movimientos del siglo XVIII. Para entonces, Rousseau (1958) sostenía el valor absoluto de la personalidad del niño en su significado de autenticidad y de autonomía. Así, comenzó el interés por la infancia y sus necesidades,

y educadores como María Montessori, a través de sus estudios y aportes pedagógicos, resaltaron la necesidad de reconocer, respetar y ayudar al niño. Incluso el novelista Charles Dickens, en *Oliver Twist*, plasma la indiferencia que vivían los niños, las niñas y los adolescentes (NNA) en la época victoriana, cuya descripción destaca el estado de abandono total, con riesgo de caer en la delincuencia o, incluso, morir de hambre. Esta fue una realidad que, a partir de una ficción, concientizó sobre la necesidad de proteger a los NNA (Bozzi, 2011).

Como se sabe, el reconocimiento del niño como sujeto de derecho no se ha logrado garantizar plenamente, puesto que se continúa situando su vida en el escenario del adulto, por lo que se trata de un sujeto supeditado al poder de decisión de este último. En ese sentido, se advierte una protección irregular que se aplicó como un poder absoluto directamente sobre el niño y sus bienes, sin reconocerlo como sujeto de derecho y manteniéndolo invisibilizado por los adultos. De esta manera, el objetivo real no consistía en la estabilidad de los NNA.

En la actualidad, la figura de la patria potestad se encuentra dentro del código familiar o civil de nuestros países, según sea el caso, y se limita a mencionar que se ejerce sobre la persona y sus bienes. Asimismo, se señala que su ejercicio tiene como contenido la protección integral del incapaz en sus aspectos físico, moral y social, e implica el deber de su guarda y educación (Código Familiar. Código Procesal Familiar de Morelos, 2020). De lo anterior se desprende que el padre tiene poder sobre el hijo, y este no puede ejercer sus derechos por sí mismo. Si el bienestar físico, moral y social depende del ejercicio de todos y cada uno de sus derechos, y quien ejerce la patria potestad no los hace valer por razones distintas, debemos entender que esta figura se sigue interpretando como en la antigua Roma y que pese al reconocimiento de los NNA como sujetos de derecho, resultan invisibilizados.

A nivel internacional, la patria potestad no está regulada, pero encuentra su fundamento en distintas declaraciones y tratados internacionales que consagran varios derechos a favor del grupo de personas que por circunstancias concretas, o por su situación en determinadas relaciones sociales, requieren una protección especial, a saber, niñas, niños y adolescentes. Entre dichos documentos se encuentran la Declaración de Ginebra del 24 de septiembre de 1924: «El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados» (art. 2) y la Declaración Universal de Derechos Humanos: «La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social» (Organización de las Naciones Unidas, 1948, art. 25.2). A partir de estas, con el fin de otorgar a los niños dicha protección y cuidado, el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó y abrió firma a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), instrumento internacional que México ratificó el 21 de septiembre de 1990 y publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

Integrada por cincuenta y cuatro artículos, la CDN reconoce a los niños como verdaderos sujetos de derecho y brinda orientación para actuar en los ámbitos familiar, social y estatal. Así, en su preámbulo establece que «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales» (Organización de las Naciones Unidas, 1989). Asimismo, en el artículo 5 establece que

los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia

con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención (Organización de las Naciones Unidas, 1989).

De lo anterior se puede señalar que, para que el niño goce de un pleno desarrollo, debe ejercer de manera efectiva sus derechos. Las personas responsables de su cuidado deberán orientarlo y dirigirlo debido a su falta de madurez. Además, su edad cuenta como una condición especial y su capacidad de ejercicio puede ser una limitación, por lo cual, el adulto, en determinada circunstancia, debe hacer que esos derechos se cumplan.

El ejercicio de la patria potestad se debe aplicar de forma responsable, con el objetivo de velar por cada uno de los derechos de los NNA. Así, se debe entender y aplicar la responsabilidad de los adultos sobre ellos. Estas acciones son un privilegio para el tránsito de la infancia hacia la adolescencia y vida adulta de personas que en algún momento de su vida tendrán interacción con los demás entes sociales. Para que esa convivencia sea armoniosa, deben crecer en plenitud, ejerciendo sus derechos de manera libre e informada, ya que en muchos casos, sobre todo en el ámbito familiar, los NNA se ven privados de ejercerlos durante los procesos judiciales que determinarán su futuro y su bienestar.

2. CAMBIO DE MODELOS: DE LA PATRIA POTESTAD A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Resulta lamentable ver cómo se vulneran los derechos humanos de los NNA, debido a un mal ejercicio de patria potestad, pese a la existencia de diversos instrumentos tanto nacionales como internacionales que los reconocen y protegen. Estos resultan insuficientes si no se actúa de manera responsable a su favor. La Convención sobre los Derechos

del Niño establece que los derechos humanos se deben reconocer, proteger y promover por los estados firmantes, en coordinación con los padres o quienes se encuentren a cargo de los NNA, bajo los principios de no discriminación e interés superior del niño.

Como lo señala el artículo 5 de la CDN, los adultos están obligados a orientar y dirigir a los NNA para ejercer sus derechos. Además, son responsables de cumplir y hacer cumplir sus derechos, entendiendo que el niño, a causa de su capacidad progresiva, no podría presentarse solo a los tribunales para exigir el reconocimiento de los derechos violentados. Uno de los derechos atribuidos a los NNA es el acceso a la justicia. No obstante, la condición de vulnerabilidad que ostentan los imposibilita de gozar de esta garantía. El artículo 3 de las Reglas de Brasilia señala lo siguiente:

se consideran en condición de vulnerabilidad 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 (Reglas de Brasilia, 2008).

El instrumento anterior refuerza e impulsa la necesidad de garantizar el acceso a la justicia de personas que, por distintos factores, se encuentran vulnerables, ya sea por edad, género, pobreza, migración, etc., orientando a los operadores jurídicos para su tratamiento. En nuestro país se presentan muchos casos con falta de acceso a la justicia, sobre todo en cuestiones del orden familiar, donde el futuro de los NNA se determina. Quienes, por su falta de capacidad de ejercicio, esperaron hasta la mayoría de edad para hacerlo efectivo, ocasionan que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronuncie. Este hecho sucederá solo en casos necesarios, en los cuales se emitirán criterios que pueden ser novedosos, pero con falta de certeza jurídica para su implementación.

Un ejemplo se puede observar en la crónica del Amparo Directo en Revisión n.º 1388/2016, del cual se transcriben los antecedentes:

Una mujer, mayor de edad, demandó de su progenitor el pago de una pensión alimenticia para sufragar sus necesidades alimentarias presentes, así como el pago de los montos que dejó de percibir durante su infancia [cabe señalar que, en un diverso juicio, dicha demandante, una vez que había cumplido la mayoría de edad, promovió el reconocimiento de paternidad de su padre, y en vía jurisdiccional se determinó que efectivamente era su hija biológica].

El Juez de lo Familiar [que conoció el caso] determinó condenar al progenitor al pago de una pensión alimenticia para que la demandante pudiera sufragar sus necesidades alimentarias presentes, pero lo absolvió del pago de la pensión alimenticia retroactiva desde el nacimiento de su hija, toda vez que consideró que el monto reclamado solo debía cuantificarse desde que se determinó por sentencia el vínculo filial.

Al no estar de acuerdo, ambas partes interpusieron recursos de apelación [...] [y] una Sala Familiar [...] determinó modificar la sentencia impugnada y absolver al progenitor tanto del pago de la pensión alimenticia como del pago de la pensión retroactiva.

Inconforme con tal determinación, la mujer promovió juicio de amparo directo. [...] El Tribunal Colegiado de Circuito [...] concedió el amparo para el efecto de que la Sala de apelación dejara insubsistente la sentencia reclamada y emitiera otra en la cual reiterara las consideraciones relativas a la pensión alimenticia actual y partiera de la premisa de que es procedente el reclamo de alimentos retroactivos, aun cuando la promovente fuera mayor de edad.

El progenitor interpuso recurso de revisión [...]. El asunto fue enviado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016, p. 2).

De lo anterior se analiza que la persona mayor de edad tuvo que recurrir al órgano jurisdiccional solicitando que le sea reconocido el vínculo filial que, en su momento, se le negó. Estas razones son

diversas, sin embargo, al no reconocérsele el vínculo filial se le negó no uno, sino varios derechos como los de alimentos, de sano desarrollo físico, social y emocional, a conocer su origen, etc. Recordemos que los derechos dependen unos de otros para lograr la plenitud de los NNA. Así, se presume que el progenitor antepuso sus deseos frente a los derechos que la niña tenía y la dejó en estado de indefensión, dado que obviamente esta no pudo exigir sus derechos.

Una vez analizado el trasfondo de este hecho, el Alto Tribunal de Justicia determinó que efectivamente el solicitante, aun siendo mayor de edad, puede exigir el pago de alimentos que no le fueron concedidos en su infancia, una vez reconocida su filiación. El análisis de esta sentencia es demasiado extenso, sin embargo, para la finalidad de este trabajo, únicamente se reseñarán los puntos de interés. Así, entre los argumentos establecidos, el Alto Tribunal de Justicia señala:

(i) los alimentos constituyen un derecho fundamental de los menores, consagrado en el artículo 4 de la Constitución; (ii) los alimentos se configuran como un deber de los padres, independiente de que ostenten o no la patria potestad; (iii) el derecho a los alimentos se actualiza sin que importe si los hijos han nacido fuera o dentro del matrimonio, de tal forma, que la sentencia de reconocimiento de un menor es únicamente declarativa y no constitutiva de derechos; (iv) tratándose de menores, la necesidad alimenticia se presume; (v) los alimentos incluyen no solo los bienes indispensables para la subsistencia del menor, sino aquellos necesarios para su desarrollo integral armónico; y (vi) no existe un plazo para hacer efectivo el reclamo de los alimentos.

De esta manera, se argumenta que la posibilidad de reclamar el pago de los alimentos no se circunscribe a la esfera de la minoría de edad. Lo anterior es así, pues una persona mayor de edad puede reclamar el pago de los alimentos retroactivos, no respecto de su derecho

a los alimentos en la actualidad, sino respecto de aquellas necesidades alimenticias que se actualizaron y no se subsanaron cuando fue menor de edad. Es decir, debe distinguirse entre el ámbito de protección del derecho (alimentos por minoría de edad) y el momento en que dicho derecho puede ser exigible (cualquier tiempo).

Este criterio emitido por el Alto Tribunal de Justicia sentó un precedente importante al permitir restaurar, en la edad adulta, los derechos que le fueron privados a una persona durante su minoría de edad. Sin embargo, la falta de ejercicio por parte del progenitor encargado del niño debería ser preocupante, dado que si no fue responsable de su cuidado y protección, se considera una responsabilidad parental omitida. Se trata de uno de los tantos casos que existen dentro del país. Este tipo de omisiones se manifiesta con mayor frecuencia en asuntos del orden familiar por razones distintas. Salvo en algunas excepciones, son justificables, como los casos en donde se presenta violencia familiar, peligro de muerte, etc., y el progenitor que ejerce la patria potestad no hace nada por exigir los derechos a los cuales los NNA tienen acceso.

En el ámbito internacional existen casos conocidos que, incluso, llegaron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tal es el caso de Karen Atala Riffo quien, tras su divorcio, pasó por una lucha de poderes utilizando de estandarte los derechos de los niños. En este caso hubo poca intención de protección hacia ellos y se violó no solo el derecho al ambiente de libre violencia, sino también derechos a la privacidad, a vivir en familia, etc. (Juárez, 2018).

Además, encontramos casos de sustracción internacional como el de Juana Rivas, con eventos suscitados entre España e Italia, que también ha determinado un precedente en la temática (Martínez y Sánchez, 2020) con temas como la aptitud de los progenitores para ejercer la patria potestad, la alienación parental, el régimen de visitas, el interés superior del menor, la violencia de género, etc.

En el ámbito penal también se advierte la mala implementación de la patria potestad, por ejemplo, en el caso «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Este tiene como contexto una época caracterizada por un patrón común de acciones al margen de la ley, perpetradas por agentes de seguridad estatales en contra de los «niños de la calle», niños en situación de abandono por parte de sus progenitores y víctimas de la desigualdad social y la indiferencia del Estado, este último responsable de su cuidado.

Esta práctica incluía amenazas, detenciones, homicidios y tratos crueles, inhumanos y degradantes como medios para contrarrestar la delincuencia y vagancia juvenil. El 15 de junio de 1990, en la zona conocida como Las Casetas, una camioneta se acercó a varios adolescentes cuyas edades figuraban entre los catorce y diecisiete años. De dicho vehículo descendieron hombres armados, miembros de la policía, quienes los obligaron a subir. Luego de estar retenidos unas horas, sin que se les brindara asistencia legal que sirviera para informarles el motivo de su detención y las vías para su defensa, fueron asesinados por disparos de armas de fuego. No se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables de los hechos. Este caso llegó a manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual determinó la responsabilidad del Estado guatemalteco al violentar lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los menores. Específicamente, en lo dispuesto en el artículo 4.1: «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente» (Organización de los Estados Americanos, 1969). También en lo acordado en el artículo 1.1:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación

alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Organización de los Estados Americanos, 1969).

Son demasiados los derechos de los NNA que fueron vulnerados en estos actos delictivos por parte de la fuerza de seguridad de Guatemala. No solo los contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, como en el artículo 5, que establece el derecho a la integridad, el 19, que versa sobre los derechos del niño y las garantías judiciales dentro del artículo 8, y el 25, acerca de la protección judicial, sino también los derechos contenidos en la CDN de la cual Guatemala forma parte.

Lo explicado señala que si bien los estados que forman parte de esta convención deben tomar medidas para prevenir y castigar la privación de la vida, causada por actos criminales, y para prevenir los homicidios arbitrarios cometidos por sus propias fuerzas de seguridad, son responsables de garantizar la vida de todos los NNA dentro de su territorio. En ese sentido, se les considera responsables directos de los NNA que viven en la calle. Es decir, el estado ejerce la patria potestad a través de las instituciones de asistencia destinadas a ello. Por esa razón, se debe ejercer una patria potestad responsable que brinde protección y cuidados.

Dentro de la resolución que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, responsabilizó al Estado por los actos ocurridos e impuso sanciones económicas para indemnizar a cada una de las familias de las víctimas. A partir de ello, recomendó que el Estado adopte su ordenamiento interno y medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter necesario con el fin de adaptar su normativa al artículo 19 de la convención referida a los derechos del niño.

Mónica González (2008) explica que mientras los menores se encuentran en el proceso de alcanzar la mayoría de edad, solo pueden ser reconocidos como titulares de derecho. Sin embargo, no pueden defenderse directamente. Por lo tanto, se debe promover la defensa de los derechos de los niños a través del control y la vigilancia. Ambos deben implementarse en todas las personas responsables de los NNA, sean los padres, los tutores o el propio Estado, quienes de manera directa ejercen la patria potestad. Esta medida mostraría una aplicación efectiva porque garantizaría los derechos de los niños como responsabilidad conjunta, sin anteponer intereses propios que menoscaban la integridad de los NNA.

3. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Hemos visto que la figura de la patria potestad no ha cambiado mucho desde su nacimiento en la antigua Roma. En la actualidad, seguimos ejerciendo un poder directo e inmediato sobre los NNA, considerándolos objetos de protección sujetos a nuestras necesidades y excusándonos en dicha figura al tomar decisiones que los afectarán directamente.

La CDN ha enfocado a la familia como el entorno fundamental para el armonioso desarrollo de todos sus miembros, pero en especial de los niños. Por ello, resulta necesario que las personas responsables de los NNA, ya sean familiares directos o no, se encarguen de manera responsable del acompañamiento y la orientación de los niños hasta su vida adulta. Deben responsabilizarse de garantizar el pleno uso de sus derechos: a la vida, al sano desarrollo, a la educación y, sobre todo, al acceso a la justicia, para que sean escuchados en los procesos judiciales que determinen sus futuros.

Hablar de la responsabilidad parental nos aleja de la patria potestad, término antiguo y muchas veces patriarcal, y nos acerca a una

institución dentro de la cual las personas reconocidas como responsables de los NNA ejercen la coparentalidad de manera imparcial, sin anteponer intereses por encima de los derechos de los niños. En esa línea, una responsabilidad regida bajo los principios del interés superior del niño, su autonomía progresiva y su derecho a ser oído, garantiza el pleno goce de los derechos humanos de personas que más adelante, si así lo deciden, podrían ser responsables de otros NNA. Por lo tanto, se torna necesario impulsar su participación en espacios de reflexión que permitan desarrollar su autonomía, autoestima, independencia y habilidades sociales para potencializar cada uno de sus derechos humanos.

REFERENCIAS

- Bozzi, S. (2011). La familia y otros grupos como garantes de los derechos de la niñez a 20 años de la Convención de los Derechos del Niño. En González, M. (coord.), *Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México. A 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño* (pp. 105-120). Porrúa.
- Código Familiar. Código Procesal Familiar de Morelos (2020). SISTA.
- González, M. (2008). *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Juárez, S. (2018). El caso Atala Riffo y niñas vs. Chile: sobre la relación entre derechos, razonamiento judicial y estereotipos. En Capdevielle, P., Figueroa, G. y Medina, M. (coords.), *Bioética y decisiones judiciales* (pp. 45-71). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Margadant, G. F. (1993). *Derecho Romano*. Esfinge.

- Martínez, J. y Sánchez, M. (2020). Estudio jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado y del Derecho Civil. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(1), 728-762.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos [10 de diciembre. Resolución n.º 127 A(III)]. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>
- Organización de los Estados Americanos (OEA) (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2016). Reseña del Amparo Directo en Revisión n.º 1388/2016. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas_documento/2018-04/res-AZLL-1388-16.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>
- Rousseau, J. J. (1958). *Emilio o de la educación*. Nobooks.
- Ruiz, F. (1990). *Las aldeas catellanas en la edad media: Oña en los siglos XIV y XV*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas/ Universidad de Castilla-La Mancha.



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. 2, n.º 2, enero-junio, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (online)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2.5>

Garantías para la participación del niño, la niña y el adolescente en el proceso judicial

The guarantees for the participation of children and adolescents in
the judicial process

TERESA CÁRDENAS PUENTE

Corte Superior de Justicia de Junín
(Lima, Perú)

Contacto: tcardenas@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-8533-950X>

RESUMEN

Entre los valores fundamentales del sistema de protección a la infancia se ubica, aparte del derecho a la no discriminación, a la vida y el interés superior, el derecho a la participación del niño, la niña y el adolescente en el proceso judicial; sin embargo, este no se ha operativizado de manera concreta ni adecuada para lograr su efectividad. En el presente artículo, examinaremos este derecho en el sistema jurídico y las diversas disposiciones normativas que lo regulan e identificaremos algunas cuestiones que ponen de relieve las garantías que deberían existir para que sea efectivo. A partir de ello, plantearemos medidas procesales para garantizar tal derecho de participación y la plena protección de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos

del Niño, procurando que la intervención sea lo menos perjudicial posible, en función de lo que exijan las circunstancias.

Palabras clave: garantías; participación; proceso judicial; niño; niña; adolescente.

ABSTRACT

Among the fundamental values of the child protection system, apart from the right to non-discrimination, the right to life and the best interests of the child is the right to child participation in the judicial process; however, this right has not been implemented concretely and adequately to guarantee its effectiveness. In this article, we will examine this right in the legal system and the various normative dispositions that regulate it and identify some issues that highlight the guarantees that should exist for it to be effective. Based on this, we will propose procedural measures to guarantee this right of participation and the full protection of the rights recognized in the Convention on the Rights of the Child, trying to ensure that the intervention is the least harmful as possible, depending on what the circumstances require.

Key words: guarantees; participation; judicial process; child; adolescent.

Recibido: 13/03/2021 Aceptado: 15/05/2021

1. ANTECEDENTES

El derecho a la opinión fue introducido formalmente en el sistema normativo interno mediante el Código de los Niños y Adolescentes aprobado por la Ley n.º 27337 del 7 de agosto de 2000. Sin embargo, su incorporación fue declarativa, puesto que dicha disposición no delimitó las condiciones, las garantías ni los parámetros para efectivizar de manera adecuada su actuación como manifestación del derecho de

participación de la niña, el niño y el adolescente en el proceso judicial. Consideramos que esta fue una de las causas por las que dicho derecho no estuvo garantizado plenamente en el Perú, pues

el Comité de los Derechos del Niño en sus observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Perú del 29 de enero de 2016 ha observado que la participación del niño no cumple con los estándares establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. En ese sentido, el Comité insta al Perú a que garantice en estricto cumplimiento con la Convención, el derecho de la participación del niño, y que las opiniones de los niños y las organizaciones de derechos a favor de la infancia relevantes sean escuchadas y se tengan plenamente en cuenta (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2016, p. 4).

2. ADOPCIÓN DE NORMAS QUE GARANTICEN EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DEL NIÑO, LA NIÑA Y EL ADOLESCENTE EN EL PROCESO JUDICIAL

En el Perú, el 17 de junio de 2016 se aprobó la Ley n.º 30466. Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. En ella, además de establecerse los criterios para la aplicación del interés superior del niño, se contempla el derecho del niño a ser escuchado para garantizar su derecho. El reglamento de esta ley fue aprobado casi dos años después, el 1 de junio de 2018. Está compuesto por cinco títulos, cuatro capítulos, treinta y cuatro artículos, dos disposiciones complementarias y dos transitorias. En atención al tema que nos ocupa, esta norma contextualiza el derecho de la niña, el niño o el adolescente a ser informado y escuchado, a expresar su propia opinión y a que esta sea tomada en consideración con los efectos que la ley le otorga. Con esa intención, en el artículo 12.1 se señala que, para garantizar dicho derecho, se deben considerar los siguientes elementos: a ser informado(a), a la opinión y a ser escuchado(a).

Por su parte, en el 2010, el Poder Judicial se adhirió a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Así, se conformó la Comisión de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, la cual propuso el Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente, aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial a través de la Resolución Administrativa n.º 228-2016-CE-PJ, del 31 de agosto de 2016. Este instrumento contiene medidas procesales para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las niñas, los niños y los adolescentes involucrados en procesos judiciales e incluye reglas para los procesos judiciales de adolescentes en conflicto con la ley penal.

3. OBSTÁCULOS PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO JUDICIAL

En los procesos existen algunas deficiencias que impiden garantizar el derecho del niño, la niña y el adolescente a ser oídos en el proceso judicial. A continuación, exponemos las causas:

- a) El proceso judicial no está diseñado para atender las condiciones y las necesidades que se exigen bajo el enfoque de infancia que refieren la ley especial y la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ello, resulta necesario adaptar ciertas exigencias y características al proceso. Por ejemplo, contar con un ambiente amigable y libre de presión, sobre todo si tenemos en cuenta que la audiencia es única en muchos de los procesos en los que debe tomarse la opinión de la niña, el niño o el adolescente.
- b) En el desarrollo de la actividad procesal, el niño, la niña y el adolescente son oídos, y los contenidos de sus declaraciones y opiniones son incorporados al proceso mediante un acta. Sin embargo, en muchas ocasiones, esta se recibe sin cumplir las condiciones para que

los menores expresen sus opiniones «libremente» en un ambiente privado, agradable y seguro. Durante los interrogatorios en la sala de audiencias, no intervienen profesionales ni técnicos capacitados en psicología infantil. Además, no se informa a los menores respecto del procedimiento, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse, ni sobre las circunstancias en las que se solicita su opinión y los servicios que pueden usar. Menos aún se les menciona que brindar su opinión constituye un derecho y no una obligación (Poder Ejecutivo, 2018, art. 12.1).

- c) Si bien se escucha al niño, la niña o el adolescente y se plasman los contenidos de sus opiniones en el acta inserta al proceso, estas no son valoradas por el juez al momento de la decisión. Conviene anotar que la «valoración» es el razonamiento lógico por el cual «el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones» (Comité de los Derechos del Niño, 2009, párr. 45). A estas últimas se les debe otorgar importancia en función de la edad y la madurez del menor, tal como lo exigen el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el primer párrafo del artículo 9.1 del Reglamento de la Ley n.º 30466. Cabe recalcar que esta es una situación distinta a la mera descripción del contenido de la opinión en la resolución. Es decir, se debe citar al niño, la niña o el adolescente para explicarle detalladamente cómo se tomó en cuenta su opinión.
- d) Respecto del ámbito de aplicación de las garantías procesales para la efectividad de este derecho, nos cuestionamos si la obligación de garantizar la participación termina con la recepción de la opinión o la declaración del menor. Esta interrogante surge del supuesto en que el niño, la niña o el adolescente a quien se deba entrevistar o interrogar pregunte «¿qué sigue después de la opinión?». Dudamos mucho de que la respuesta correcta sea que se tomará en cuenta en

la decisión, dado que para garantizar correcta y efectivamente su derecho de participación en el proceso judicial, debe asegurarse la plena protección del menor, tal como lo estableció el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General n.º 12: «Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño» (2009, párr. 21). En la práctica, este aspecto es desatendido: en múltiples casos, luego de que el menor expresa su opinión, se advierten conductas atípicas o lesivas de los cuidadores. A partir de ello, inferimos que existe riesgo o vulneración respecto del goce de los derechos fundamentales del menor, por ejemplo, en su entorno familiar. En otras palabras, el niño, la niña o el adolescente se expone a una situación compleja o arriesgada después de que los cuidadores hayan conocido su opinión y estén disconformes con ella. Probablemente, estos realizarán reclamos y reproches, afectando los derechos del menor, quien, según el enfoque generacional, se encuentra en una relación asimétrica de responsabilidad, confianza y poder con sus cuidadores. Desde esta perspectiva, cuando los intereses del niño entran en conflicto con los del adulto que ejerce su cuidado, no se adoptan las medidas de protección necesarias. Por ello, exhortamos a que la toma de opinión o la declaración del menor en un proceso judicial esté plenamente garantizada.

- e) Se piensa erróneamente que las garantías procesales de la participación del niño, la niña y el adolescente deben cumplirse en los procesos bajo la jurisdicción del derecho de familia, debido a que la mayor parte de los procesos en los que se encuentran inmersos son de esta especialidad. Sin embargo, su aplicación también corresponde a otros ámbitos (penal, civil, etc.), debiéndose tener en cuenta que tanto el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño como la Ley n.º 30466 y su Reglamento disponen su aplicación en general.

4. MEDIDAS QUE OPTIMIZAN LAS GARANTÍAS PROCESALES

A propósito de lo expuesto en el punto e) sobre las garantías procesales, resulta necesario señalar que el Poder Judicial, a propuesta de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, aprobó, mediante la Resolución Administrativa n.º 277-2019-CE-PJ del 3 de julio de 2019, el Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes en Cámara Gesell, mecanismo utilizado por el Módulo Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Junín a fin de garantizar un ambiente privado y agradable para los menores, donde intervenga un psicólogo capacitado para recabar sus opiniones o declaraciones en los procesos judiciales cuyas decisiones los afecten o en los que participen.

Finalmente, entre las garantías procesales que se deben adoptar para que el niño, la niña o el adolescente inmerso en procesos judiciales ejerza el derecho a ser escuchado, enfatizamos la confidencialidad de su opinión, ya que esta garantiza el derecho del menor a opinar de manera libre y asegura su plena protección, sobre todo si recordamos que aquel es el ejercicio de un derecho, mas no de una obligación. Por ende, no se trata de un medio probatorio por el que se deba poner en conocimiento a las partes para garantizar el principio contradictorio. Esta medida prioriza el interés superior del niño, sustentado en el principio de precaución, el cual exige que

las autoridades y responsables de las entidades privadas se orientan a garantizar el bienestar y desarrollo integral de la niña, niño o adolescente cuando se sospecha que determinadas medidas y decisiones a tomar, pueden crear un riesgo en ellas, y ellos, aun cuando no cuentan con una prueba definitiva de tal riesgo (Poder Ejecutivo, 2018, art. 3, inc. k).

Así, resulta necesario que en todo proceso judicial se garantice el bienestar del niño, la niña y el adolescente frente a posibles daños y

otras consecuencias de la decisión en la seguridad de estos. En esa línea, siguiendo la Observación n.º 12 del Comité de los Derechos del Niño (párr. 13), el Reglamento de la Ley n.º 30364 señala lo siguiente:

Cuando la opinión de la niña, niño o adolescente entra en conflicto con la de su representante, la entidad competente asegura el derecho a expresar libremente la opinión de la niña, niño o adolescente y salvaguardar sus derechos a través de los procedimientos o medidas que estén bajo su competencia.

La opinión se recibe en una audiencia o entrevista privada, con presencia de alguna otra autoridad o un/a defensor/a de el/la niña, niño o adolescente, evitando la aplicación de interrogatorios o fórmulas que revictimicen y perjudiquen la libre manifestación de voluntad de la niña, niño o adolescente; guardando confidencialidad de lo expresado (Poder Ejecutivo, 2018, art. 12.1, inc. b, párrs. 2-3).

5. CONCLUSIONES

El derecho de participación del niño en los procesos judiciales debe ser efectivo mediante mecanismos o salvaguardas procesales útiles que le permitan expresar libremente su opinión en los tribunales y garanticen la plena protección de sus derechos. Esto implica un cambio de paradigma: ver al niño no como un sujeto pasivo sino como un sujeto activo, según su grado de madurez.

Por otro lado, la inadecuada conceptualización de la opinión del niño impide que en el proceso judicial se asuman las garantías efectivas para el respeto del derecho de participación que le asiste, según la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ello, resulta necesario replantear el concepto de «opinión del niño», a fin de que los operadores jurídicos lo comprendan como un derecho del menor y no como la actuación de un medio probatorio por el cual deba ser publicado a las partes para ser sometido a un principio contradictorio.

En definitiva, debe ser entendido como una manifestación del derecho de la niña, el niño y el adolescente a opinar en asuntos en los que se decidirán temas relacionados con sus derechos o proyectos de vida.

Por último, resulta pertinente introducir como alternativa la posibilidad de la reserva de la opinión, especialmente en casos en los que pueda surgir algún conflicto de intereses entre los menores y sus padres o cuidadores, de modo que se evite cualquier riesgo de violencia o maltrato.

REFERENCIAS

Comité de los Derechos del Niño (2009). Observación General n.º 12. El derecho del niño a ser escuchado. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2016). Resolución Administrativa n.º 228-2016-CE-PJ. Lima: 31 de agosto de 2016. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/56df4880461ffb15a4c5fe04d51e568e/Contenido+Protocolo+Participaci%C3%B3n+Judicial+NNyA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=56df4880461ffb15a4c5fe04d51e568e>

Poder Ejecutivo (2018, 1 de junio). Decreto Supremo n.º 002-2018-MIMP. Reglamento de la Ley n.º 30466. Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. *Diario Oficial El Peruano*, 25-36. <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/DS02-2018-MIMP.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. 2, n.º 2, enero-junio, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (*online*)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2.6>

Recomendaciones de políticas públicas para la garantía de derechos y la prevención de la pérdida del cuidado parental de los hijos y las hijas menores de edad de las personas privadas de la libertad

The Public policy recommendations for guaranteeing rights and
preventing the loss of parental care of minor children of persons
deprived of liberty

SANDRA CAMACHO RODRÍGUEZ

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
(Bogotá, Colombia)

Contacto: sandra.camacho@icbf.gov.co
<https://orcid.org/0000-0001-7364-5932>

ANDREA JARAMILLO AGUIRRE

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
(Bogotá, Colombia)

Contacto: andrea.jaramillo@icbf.gov.co
<https://orcid.org/0000-0003-4815-612X>

MARTHA BUSTOS RAMÍREZ

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
(Bogotá, Colombia)

Contacto: martha.bustos@icbf.gov.co
<https://orcid.org/0000-0003-1294-8168>

CLAUDIA GARCÍA MARROQUÍN

Fiscalía General de la Nación
(Bogotá, Colombia)

Contacto: Claudia.i.garcia@fiscalia.gov.co
<https://orcid.org/0000-0003-4561-9977>

RESUMEN

El objetivo de este artículo es brindar recomendaciones de políticas públicas que garanticen las condiciones de acceso efectivo a la justicia, el apoyo y la protección del Estado para prevenir y evitar que los hijos y las hijas menores de edad pierdan el cuidado parental mientras sus padres cumplen una medida privativa de libertad. El artículo aborda cuatro puntos frente a la atención de los reclusos: a) el fortalecimiento del marco legal y jurisprudencial sobre la garantía de derechos de personas privadas de la libertad en relación con sus hijos e hijas menores de edad; b) las orientaciones para la formulación, la armonización y la implementación de las políticas públicas nacionales en torno a la garantía de derechos de la población en situación de alta vulnerabilidad en contextos carcelarios, mediante los planes de desarrollo nacional y territorial, enfocados en el fortalecimiento de planes, programas, proyectos y estrategias de protección integral para las familias de la población carcelaria; c) la cobertura del Sistema Nacional de Protección a los hijos y las hijas menores de edad de las personas privadas de libertad, a través de acciones que prevengan la pérdida del cuidado parental, incluyendo la Medida Administrativa de Restablecimiento de Derechos, durante los períodos de reclusión de los progenitores; y d) la necesidad del fortalecimiento de las modalidades de atención para los hijos y las hijas menores de edad de las personas privadas de libertad, tanto en establecimientos de reclusión como fuera de ellos, desde la oferta Estatal.

Palabras clave: garantía de derechos; hijos e hijas menores de edad de personas privadas de libertad; justicia de la población carcelaria; políticas públicas; 100 Reglas de Brasilia; corresponsabilidad; acogimiento familiar sustituto; prevención de la pérdida del cuidado parental; establecimientos de reclusión.

ABSTRACT

The objective of this article is to provide recommendations for public policies that guarantee the conditions for effective access to justice, support and protection from the State to prevent and avoid that minor children lose parental care while their parents are serving a custodial liberty measure. The article addresses four points regarding the care of prisoners: a) the enhancement of the legal and jurisprudential framework on the guarantee of rights of persons deprived of liberty in relation to their minor sons and daughters; b) guidelines for the formulation, harmonization and implementation of national public policies around the guarantee of rights of the population in a situation of high vulnerability in prison contexts, through national and territorial development plans, focused on strengthening plans, programs, projects and strategies of comprehensive protection for the families of the prison population; c) the coverage of the National Protection System for minor children of persons deprived of liberty, through actions that prevent the loss of parental care, including the Administrative Measure for the Restoration of Rights, during periods of imprisonment of parents; and d) the need to strengthen the modalities of care for minor children of persons deprived of liberty, both in prisons and outside them, from the State's offer.

Key words: guarantee of rights; minor children of persons deprived of liberty; justice for the prison population; public policies; 100 Brasilia Rules; co-responsibility; substitute foster care; prevention of loss of parental care; prisons.

Recibido: 15/03/2021 Aceptado: 15/05/2021

Cada una de las acciones que el Estado colombiano adelanta en el marco de los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes del país se encuentra inmersa en la idea de la priorización. Sin embargo, resulta importante indicar que las entidades estatales responsables de esos derechos se amparan en el ordenamiento jurídico de las competencias institucionales, sin aceptar que dicha responsabilidad se ha otorgado a través de un mandato constitucional, como lo es el trabajo armónico entre las mismas, desde hace cerca de treinta años. Se encuentran realidades tan cercanas que al momento de soportar los derechos de las madres reclusas en centros penitenciarios se desvanecen oportunidades en la tramitología de certificaciones, permisos, declaraciones y documentos de buena fe pública para demostrar una vulneración de derechos a los menores de tres años de edad, privados de poder compartir con sus madres los momentos definitivos de la primera infancia. En este sentido, nada más cercano a la realidad que resaltar que estos esfuerzos jurídicos y burocráticos se ciñen en la mayoría de los casos al amor y la necesidad de compartir y fortalecer los lazos entre madre e hijo, que sin duda trascienden las necesidades físicas a las cuales están sometidos. En efecto, si bien el Estado promulga una política de protección a los niños, las niñas y los adolescentes en condiciones de vulnerabilidad, muchas veces pierde de vista las condiciones reales de los niños y las niñas que son parte de una anacrónica política criminal: por ello, los esfuerzos transcritos en el papel (ordenamientos jurídicos y jurisprudencia) se desvanecen cuando observamos que los niños y las niñas que forman parte de la comunidad reclusa en un centro penitenciario necesitan más atención por parte del Estado colombiano, abundante conciencia acerca de quiénes son y qué requieren, y por tanto mucha más rigurosidad en la atención y asistencia.

Si miramos los fallos de la Corte Constitucional, encontramos solo una mención muy por encima de las realidades. Se enfocan en la

observancia de los derechos establecidos, pero no advertimos un solo fallo que se detenga a ordenar, en el marco de los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes, que todas las entidades responsables de su atención trabajen de manera inequívoca por el bienestar tanto de las madres como de los hijos y las hijas en el contexto carcelario.

Sin embargo, atendiendo a la proporcionalidad del interés de mantener los lazos entre madres e hijos, la Corte Constitucional, en revisión de un caso de tutela, se pronunció respecto de aquellas madres que también se constituyen en no garantes de los derechos de sus hijos: «Así las cosas, cuando la convivencia para los hijos con sus padres no reporte la estabilidad física y emocional, de modo tal que garantice su desarrollo integral, surge la necesidad de adoptar medidas tendientes a amparar a los niños y al mantenimiento de sus derechos básicos» (Corte Constitucional, 2016b, punto 8).

En este marco, podemos pensar que todavía existe por parte del Estado colombiano una ausencia latente de comunicación clara y fluida entre dos entidades como la Fiscalía General de la Nación y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que al momento de realizarse una captura o una audiencia de legalización de captura, se tenga la coordinación suficiente para amparar a los menores de edad, hijos de padres y madres cabezas de hogar. Como profundizaremos más adelante, estos casi siempre terminan al cuidado de terceros, sin que medie una verificación de derechos de forma inmediata ni se inicien los trámites legales para amparar a los menores de edad, hijos de personas indiciadas.

Ahora bien, si esta armonía y comunicación interinstitucional se diera de manera acertada, contaríamos no solo con procesos oportunos sino también con realidades absolutas que puedan ser parte de las diligencias de medida de aseguramiento, por cuanto también es muy

frecuente que en nuestra realidad muchas mujeres aleguen ser madres cabezas de familia para obtener beneficios de detención domiciliaria y no ser garantes de derechos para sus hijos menores de edad. Si existiera una verdadera oportunidad y articulación entre entidades, estaríamos saliéndole al paso a las necesidades y garantías de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en todo el territorio nacional.

En cuanto a la garantía de derechos de los no nacidos, es decir, el caso de madres gestantes en centros penitenciarios, se hace necesaria una cultura de doble cuidado, ya que tanto ellas como su bebés deben estar en el centro de la atención. Por lo tanto, se deben considerar líneas técnicas en cuanto a cuidados prenatales, trabajo psicosocial y preparación para un nuevo rol como madre. No solo a ella sino también a sus compañeras de celda, e incluso al personal administrativo del centro de reclusión. Asimismo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), como ente rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, tiene la obligación de fortalecer los procesos de atención a la madre gestante, induciéndola a la realidad que debe asumir: un nuevo mundo, un desafío de supervivencia y una mejor actitud frente a su nuevo rol. En tal sentido, cada centro penitenciario debería contar con espacios adecuados para la lactancia, los cuidados y la convivencia con los niños y las niñas nacidas en prisión, con entornos protectores y adecuados que minimicen la realidad vivida en las condiciones tan precarias de todos los establecimientos carcelarios de Colombia.

Frente a esto, dicha falta de garantías no solo se evidencia respecto de los niños y las niñas que forman parte de la población que vive al interior de los establecimientos carcelarios. También se ve reflejada en estos espacios de resocialización al momento del ingreso de visitas de los hijos o las hijas de los detenidos, que de alguna manera se convierten en parte de la población, así sea de manera transitoria. Dichas visitas se convierten en toda una tragedia por cuanto los

controles, las requisas, los registros y los malos tratos forman parte de esa travesía que supone visitar a sus progenitores, desdibujando que las visitas de estos menores de edad son esenciales en la vida de los reclusos y de aquellos, por cuanto el único y más importante objetivo es afianzar los lazos que les fueron cortados en el marco de las deudas sociales de sus progenitores.

Para que este proceso se convierta en parte de los procesos de reincorporación a la sociedad de los detenidos, el Estado debe pensar y comprometerse con espacios y estrategias más adecuados en los encuentros mensuales entre padres e hijos. Las medidas deberían ser parte importante y priorizada en los centros carcelarios, más cercanas a los niños, las niñas y los adolescentes. Es decir, los padres deberían acercarse a ellos en espacios y recintos adecuados. Los menores de edad no deberían atravesar los pasillos y el control que puedan existir en un marco de respeto por sus derechos, sino deberían contar con salas de visitas exclusivas para entornos familiares con la supervisión de personal no solo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), sino también del ICBF, con profesionales que acompañen y orienten estos momentos con la categorización de edades, intereses, actividades e intervención psicosocial, que contribuyan con una verdadera política criminal, de donde se pueda concluir que los encuentros familiares impactan de manera positiva en los reclusos y en sus familias. Para ello, cada una de las visitas se debería convertir en el fruto de un trabajo tanto con padres como con hijos. Se tendría que trabajar en el ámbito familiar, donde el Estado propenda a apropiarse recursos para trabajar de manera integral con la familia, con el objeto de que estas conductas no se repitan de generación en generación, pues tal como se ha visto, cuando los hijos pierden el cuidado de sus padres en prisión, toman caminos que conducen, lamentablemente de manera frecuente, a que lleguen antes de cumplir su mayoría de edad al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

En suma, esto ha sido decantado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-157/02, en los siguientes términos:

Para la Corte la falta de condiciones de vida adecuadas o de sistemas efectivos de protección del menor, apreciada en cada centro de reclusión, exige la adopción inmediata de un programa para asegurar el goce efectivo de los derechos de los niños, sin perjuicio de que, si se dan las causas legales, se justifique caso por caso la separación de la madre y el menor, de conformidad con los procedimientos encaminados a protegerlos (Corte Constitucional, 2002, punto 6.4).

En este camino, se debe encontrar una guía que oriente las acciones del Estado a propiciar verdaderos espacios familiares para la reinserción, y así evitar la reincidencia, a saber, la respuesta a la precariedad y ausencia con la cual el Estado acompaña o fortalece los entornos familiares de las personas privadas de la libertad.

De acuerdo con las 100 Reglas de Brasilia, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, resulta necesario visibilizar la importancia del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, tal como lo ha ratificado el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de Perú en el Plan nacional de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, al manifestar que se torna imperioso «impulsar de manera plural y coordinada, actividades destinadas a fomentar la efectividad de las mismas [las reglas]» (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2010, p. 1), asegurando las condiciones de acceso efectivo a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad, es decir, los niños, las niñas y los adolescentes, y las personas privadas de la libertad, y «englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan [a dichas personas] el pleno goce de los servicios del sistema judicial» (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2010, p. 1).

Cabe destacar que en las conclusiones del II Encuentro de Programa EUROsociAL+, llevado a cabo en la ciudad de Cartagena de Indias de Colombia del 9 al 12 de julio de 2019, se resaltó la importancia de que

los principios y contenidos de las Reglas de Brasilia sean adoptados en un instrumento internacional vinculante (tratado o convenio internacional) que se configure como referente de la actuación de las entidades públicas en el diseño, ejecución y seguimiento de las políticas públicas, así como en la actuación de las distintas personas que desarrollan sus funciones en el sistema judicial (Panel 1, «Justicia inclusiva para la cohesión social: balance de 10 años de Reglas de Brasilia»).

Mientras que en las 100 Reglas de Brasilia se menciona sobre la privación de la libertad que

ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores. En el cumplimiento de estas medidas, corresponderá a la autoridad judicial velar por la dignidad de la persona privada de libertad y por sus garantías fundamentales, conforme a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (2018, regla 22).

A efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo (2018, regla 23).

Asimismo, en referencia a las 100 Reglas de Brasilia, acerca de la participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales, se menciona lo siguiente:

En los actos judiciales en los que intervengan personas menores de edad, se tendrá en cuenta su edad y desarrollo integral. A tales fines los actos judiciales:

- Se realizarán en espacios amigables, incluyéndose la posibilidad de que puedan ser escuchados sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación.
- Se facilitará la comprensión utilizando un lenguaje sencillo.
- Se evitarán todos los formalismos innecesarios tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares (2018, regla 78).

En Colombia, según lo referenciamos, resulta común que los hijos y las hijas menores de edad de las personas privadas de la libertad, antes de cumplir su mayoría de edad, se encuentran ya inmersos en el Sistema de Protección del Estado. Por tanto, se hace un llamado a comprender que se trata de menores de edad y que por tanto se ergonomicen los espacios en los cuales se atienden las diligencias judiciales y se cumplen las medidas pedagógicas impuestas.

En este sentido, Colombia se ha venido consolidado como un Estado social de derecho fundado en el respeto, la dignidad humana, los valores por la vida y la solidaridad, en donde se reconoce al individuo en su interés particular y se resalta e identifica el colectivo en las dimensiones ambientales, económicas, sociales, culturales, civiles y políticas. En lo concerniente a los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes, y la inclusión de estos en el artículo 44 y demás derechos consagrados en la Carta Magna, el país ha tenido un desarrollo normativo que se ha visto fortalecido con la ratificación de los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos, incluyendo la obligación de la familia, la sociedad y el Estado para asistirlos y protegerlos, con el fin de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así, la consolidación normativa a su favor se instituyó a través de la Ley n.º 1098 del 2006, mediante la cual se expidió el Código de la

Infancia y la Adolescencia, con el objetivo de establecer las normas sustantivas y procesales de su protección integral para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos y libertades, consagrados en los instrumentos de derechos humanos, en la Constitución Política y en las leyes, donde dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado (Congreso de la República, 2006, art. 2).

Por otra parte, para lograr orientar las acciones y competencias del Estado, Colombia fortaleció el Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF), conformado por «el conjunto de agentes, instancias de coordinación y articulación y de relaciones existentes entre estos para dar cumplimiento a la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes y el fortalecimiento familiar en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal» (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2013, p. 9).

Desde este escenario, la protección integral y el enfoque diferencial orientan el propósito del SNBF, en donde la protección integral se materializa a través de la formulación e implementación de políticas públicas y de la implementación de programas y acciones intencionadas. Estas tienen como propósito atender una problemática en particular, asegurando el reconocimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la garantía y el pleno goce de dichos derechos, los mecanismos y las acciones para prevenir situaciones que los vulneren y para asegurar el restablecimiento de dichos derechos cuando se presenten situaciones de inobservancia, amenaza o vulneración. El enfoque diferencial se dirige hacia la garantía de derechos, a partir de las diferencias individuales y colectivas en su contexto, con el fin de cumplir con los objetivos del SNBF, a partir de la protección integral. Por eso, se requiere de la formulación e implementación de políticas públicas para la infancia y adolescencia como una prioridad social, política, técnica y financiera, buscando mejorar el ejercicio de la participación significativa de las niñas y los niños y la movilización

social de la comunidad donde se encuentran, así como la evaluación y el seguimiento de la realización de los derechos de la infancia y la adolescencia, mucho más tratándose de una población cuyos principales encargados han sido privados de la libertad.

Por otra parte, en las 100 Reglas de Brasilia, en cuanto al principio general de colaboración, se indica lo siguiente:

Se destaca la importancia de que el Poder Judicial colabore con los otros Poderes del Estado en la mejora del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, a través de estrategias concretas de cooperación interinstitucional (2018, regla 87).

Cada país fomentará la participación de las entidades de la sociedad civil por su relevante papel en la cohesión social, y por su estrecha relación e implicación con los grupos de personas en condiciones de vulnerabilidad (2018, regla 89).

En este marco, el esquema de operación del SNBF está dirigido a lograr una articulación y coordinación en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal, a través de sus agentes e instancias, con el objetivo de garantizar la participación, el desarrollo técnico, la operación, la decisión y la orientación en cada nivel. Los agentes del SNBF, integrado por entidades públicas y territoriales, de la sociedad civil organizada, la cooperación internacional y el sector privado, participan en la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes a través de la implementación de líneas de acción en infancia y adolescencia en el territorio. Al ICBF se le asigna la función como el ente rector, coordinador y articulador de dicho sistema, el cual busca, entre otros propósitos, alcanzar a los hijos y las hijas de personas privadas de la libertad que, por su condición de reclusas, dejaron de ejercer su rol de cuidado, llegando a la pérdida del cuidado parental de sus hijos e hijas menores de edad, y que requieren que la

oferta estatal fortalezca a sus redes familiares para suplir su cuidado y atención en los espacios y entornos donde estos se encuentran.

Aquí se hace necesario precisar que la organización dispuesta por el Estado para el reconocimiento y la garantía de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, en el marco del interés superior, ha tenido avances significativos desde el enfoque de derechos y de desarrollo humano, en materia de política pública dirigida a la primera infancia, la infancia, la adolescencia y el fortalecimiento familiar. Este busca dar una respuesta coordinada y articulada bajo el principio de corresponsabilidad, que incluye también a la familia y la sociedad, para resolver justa y equitativamente las desigualdades. En esa línea, la instancia de participación incluida por el SNBF ha permitido que los niños, las niñas y los adolescentes del país sean escuchados y tenidos en cuenta en la formulación de políticas que sean de su interés y que los incluyan de manera especial para modificar los escenarios que los amenaza o vulneran.

Los desarrollos de políticas públicas materializados en 2019 corresponden a procesos ligados a los compromisos del país en el desarrollo económico, social, político, ambiental y cultural frente al Comité de los Derechos del Niño, a lo establecido en el Plan Marco de Implementación del Acuerdo Final de Paz¹ y a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), fortalecidos en el Plan Nacional de Desarrollo de Colombia 2018-2022: Pacto por Colombia, pacto por la equidad (NiñezYa, 2019). En esta organización sobre los temas fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes, y sus familias, y atendiendo a las prioridades del Gobierno nacional para dar cumplimiento a lo establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en lo relativo a los artículos desde el 201 al 204, relacionados con la definición de políticas públicas de infancia y adolescencia, sus objetivos, principios

1 Revisar https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf

y responsables en los diferentes ámbitos, se generaron procesos importantes que permitieron la formulación, implementación y evaluación en esta materia.

Por otra parte, y en armonía con lo anterior, resulta fundamental fortalecer a la familia como el primer entorno protector de los niños, las niñas y los adolescentes, y principal agente de transformación social. Para dicho propósito, se formuló la Política Pública Nacional de Apoyo y Fortalecimiento a las Familias en 2018. Esta brinda orientaciones generales frente a la acción del Estado en la comprensión, movilización social y gestión política, para promover el apoyo y fortalecimiento de las familias en términos de desarrollo humano y social, en todos los territorios del país, asumiendo a las familias como sujetos colectivos de derechos y agentes de transformación en un sentido amplio, plural y diverso:

La Política enmarca un horizonte de sentido y genera orientaciones para las acciones y el ordenamiento de las respuestas programáticas del Estado, la sociedad y demás actores sociales y comunitarios para la promoción y reconocimiento de las capacidades y posibilidades de agenciamiento de todas las familias colombianas y extranjeras que habitan en el territorio colombiano, independientemente de su conformación, dinámicas y situaciones en las que se encuentren (Ministerio de Salud y Protección Social, 2018, p. 7).

Bajo este escenario, en el 2018 se formuló la Política Nacional de Infancia y Adolescencia, con la finalidad de contribuir al desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes, generar las condiciones de bienestar y acceso a oportunidades con equidad, así como favorecer la incidencia de estos y estas en la transformación del país. En ese sentido, se convirtió en el punto de partida para el desarrollo de la línea de políticas dirigidas a niñas, niños y adolescentes en el país. De igual modo, se armonizó la protección integral con el desarrollo de la

Línea de política pública para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil y Protección Integral al Adolescente Trabajador (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2017a). También con la Línea de política pública para la prevención y erradicación de la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes (Ministerio del Trabajo, 2018) y la Línea de política pública de prevención del reclutamiento, utilización, uso y violencia sexual de niños, niñas y adolescentes por parte de grupos armados organizados (GAO) y grupos delictivos organizados (GDO) (Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales, 2019).

De este modo, y en consideración a que los hijos y las hijas menores de edad de personas privadas de la libertad viven en contextos de alta vulnerabilidad, se acciona el aparato estatal y el SNBF para ponerlos en el centro de las atenciones, logrando identificar cuáles son las principales acciones que se requieren para su protección integral en la medida que sus cuidadores principales se encuentran privados de la libertad. Así, estos avances para la garantía de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes forjan los retos como país para la materialización de estas políticas públicas en el territorio, con la correspondiente asignación de los recursos financieros, técnicos, físicos, humanos y demás que se requieran para concretar los propósitos definidos en cada una de ellas.

Se resalta que a partir de las prioridades establecidas por el Gobierno se propuso una alianza nacional contra la violencia hacia los niños, las niñas y los adolescentes, que convocó a todos los sectores para protegerlos frente a toda forma de violencia, a fin de reducir significativamente las tasas de violencia y poner fin al maltrato, la explotación, la trata de personas y todas las formas de tortura contra los niños y las niñas. Por lo anterior, las acciones dirigidas a las familias en Colombia se convierten en una apuesta estratégica, para que desde el territorio se identifiquen sus particularidades y las condiciones de vida

que les permitan avanzar en su desarrollo y realización personal, en el compromiso del cuidado y bienestar de sus integrantes y en el cumplimiento de su función principal en la sociedad.

Lograr la materialización de estos propósitos convoca a los gobiernos de los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal a ampliar y mejorar las condiciones de vida de las familias, promover estrategias para fortalecer sus saberes, y brindar el apoyo psicosocial y la atención de otras dimensiones que se encuentran ya planteadas en la Política Nacional de Apoyo y Fortalecimiento Familiar, armonizando estos procesos con las demás políticas existentes para su implementación en el territorio. Así, se involucra de manera directa a aquellas instancias tomadoras de decisiones e implementadoras de estrategias, planes y programas para las poblaciones con mayor vulnerabilidad. Entre ellas, la población que permanece al interior de los establecimientos carcelarios. En este ámbito, la situación de las mujeres gestantes, lactantes y madres con niñas y niños que se encuentran en instituciones carcelarias nos plantea la necesidad de fortalecer la protección integral de esta población, con acciones dirigidas a convocar a todos los agentes del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y el Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario, responsables, en todo el territorio, de garantizar su protección integral desde una apuesta por la permanente articulación interinstitucional, en la búsqueda de fortalecer acciones que propicien su bienestar y la garantía de sus derechos.

Lo anterior nos debe llevar necesariamente a comprender que la privación de la libertad de una persona, cuando esta conduce una familia, sea el padre o la madre de un menor de edad, configura un hecho que marca de manera negativa la vida de la persona que deja el seno de su familia, así como la vida y el desarrollo de su hijo o hija en la niñez, la infancia o la adolescencia. Esto impacta con diferente magnitud, según el estado de dependencia para la provisión

de las necesidades básicas, así como la necesidad de supervisión, cuidado y compañía en la realización de las actividades diarias. Por ello, resulta necesario que los menores de edad sean puestos en el centro de la atención del Estado una vez sus cuidadores principales o referentes afectivos sean privados de la libertad, mucho más cuando no cuenten con cuidadores que puedan sustituirlos de manera idónea dentro de su familia.

Al tratar de visibilizar la importancia que tiene para una madre o un padre que sus hijos o hijas menores de edad tengan sus derechos garantizados durante su ausencia, en tanto afronta la privación de su libertad, debemos remitirnos a la salvaguarda de su protección integral y su interés superior, y a la exigibilidad de sus derechos en cualquier situación que implique la pérdida de cuidado parental temporal, prolongada o definitiva.

En muchas oportunidades, cuando una madre o un padre de familia es privado de la libertad, y su hijo o hija menor de edad queda al cuidado de la red vincular extensa, este último no cuenta con los elementos necesarios para su cuidado. Esto incluso implica que el mismo no sea del todo idóneo, ya que no responde a las necesidades de cuidado y protección que cada uno de los niños, las niñas y los adolescentes requieren para su desarrollo pleno. En ese sentido, se torna necesario establecer los parámetros que aseguren que en tanto uno de estos se encuentre a cargo de su red extensa por privación de la libertad de uno de sus progenitores, o de los dos, cuente con la garantía de sus derechos. Al respecto, existe una serie de situaciones que podrían contravenir esta garantía, tales como la exposición a situaciones de violencia física, emocional o sexual, el reclutamiento ilícito por parte de grupos armados organizados al margen de la ley, el trabajo infantil, la explotación sexual, entre muchas otras vulneraciones. Esto se debe a que los niños, las niñas o los adolescentes, de manera imprevista, cuando sus padres o madres son privados de la libertad, quedan en un

entorno familiar o de cuidado poco protector, con pobres herramientas de cuidado personal, escasez de recursos a nivel económico para atender sus necesidades básicas y poco o nada de tiempo o interés para ejercer una crianza personal, cercana y positiva que fortalezca la comunicación, la confianza y los recursos personales para el desarrollo integral de los niños, las niñas o los adolescentes que han quedado bajo su cuidado. En este contexto, el Estado y la sociedad están llamados a generar alertas tempranas que permitan la identificación de esta población y la accesibilidad a planes, programas y proyectos que puedan fortalecer las herramientas de cuidado en un entorno protector. En tal sentido, debe contarse con oferta a nivel estatal, que cubra las necesidades de esta población en materia de la educación inicial y el sistema educativo en general, así como espacios para el desarrollo artístico, cultural, deportivo y ocupacional, propiciando zonas reforzadas de cuidado, de tal manera que se posibiliten nuevos entornos protectores, en los cuales encuentren garantía plena de sus derechos.

En referencia a las 100 Reglas de Brasilia, respecto de la edad, se refiere lo siguiente:

se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud del ordenamiento jurídico nacional e internacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo. Prevalcerá el interés superior de las personas menores de edad cuando interactúan con el sistema de justicia (2018, regla 5).

La acción del Estado en materia de protección de los derechos de los hijos y las hijas menores de edad de personas privadas de la libertad debe ser amplia en lo concerniente a políticas públicas, de tal forma que cada una de sus líneas de acción se materialice en programas que cubran a esta población altamente vulnerable. Además de cubrir

lo suficiente sus necesidades, se logra activar cada una de las rutas del Sistema de Protección del Estado para los niños, las niñas y los adolescentes cuando sea necesario y en donde, a partir de un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD), se pueda privilegiar la ubicación de esta población en las modalidades de cuidado alternativo de tipo familiar, frente a las modalidades de tipo institucional. Esto, desde la premisa de un contexto más propicio para su adaptación, donde reciban cuidado y amor en el seno de una familia que sustituye de manera temporal a su red familiar, en tanto se lleva a cabo el PARD y su padre o madre se encuentra privado de la libertad.

Frente al Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, el ICBF, través del Lineamiento de Ruta de Actuaciones (2016), en su anexo n.º 2, recoge las actuaciones que debe adelantar la Autoridad Administrativa, junto con el equipo técnico interdisciplinario, para la protección de los derechos de los hijos y las hijas menores de dieciocho años de las personas privadas de la libertad. Esto se produce en el marco de lo establecido en la Ley n.º 1098, modificada por la Ley n.º 1878 de 2018 (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2016; Congreso de la República, 2018), sentando las bases para la articulación interinstitucional e intersectorial que permita la garantía de derechos de los hijos y las hijas menores de edad de personas privadas de la libertad.

En esta línea, resulta importante que el Estado cuente con una oferta amplia a nivel de sus departamentos y municipios, que permita la ubicación de los niños, las niñas y los adolescentes en entornos cercanos a sus familias de origen o vinculares, y a sus padres o madres que se encuentren privados de la libertad, a la espera de que se pueda mantener el contacto por vía telefónica, medios tecnológicos de comunicación que las entidades carcelarias propicien para el contacto familiar o aquellas oportunidades establecidas de manera regular para

la visita al establecimiento carcelario, en tanto el menor de edad está en protección del Estado. En este sentido, en lo que se refiere a la población bajo protección estatal, que tiene a alguno o a sus dos progenitores privados de la libertad, el artículo 74 de la Ley n.º 1709² estableció un procedimiento para el ingreso de visitas de niños, niñas y adolescentes a establecimientos de reclusión. Asimismo, en el artículo 69 de la Resolución n.º 006349 de 2016³ se recogieron los desarrollos jurisprudenciales que en materia de derechos de las personas privadas de la libertad se han producido en Colombia.

De igual manera, en el artículo 74 de la Ley n.º 1709 de 2014, por medio del cual se adiciona el artículo 112A a la Ley n.º 65 de 1993, se regula la visita de niños, niñas y adolescentes a las personas privadas de la libertad, en los siguientes términos:

Artículo 112A. Visita de niños, niñas y adolescentes. Las personas privadas de la libertad podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que sean familiares de estas en el primer grado de consanguinidad o primero civil, por lo menos una vez al mes, sin que coincida con el mismo día en el que se autorizan las visitas íntimas. Durante los días de visita de niños, niñas o adolescentes se observarán mecanismos de seguridad especiales y diferenciados para garantizar el respeto de sus derechos y libertades fundamentales. Los menores de 18 años deberán estar acompañados durante la visita de su tutor o tutora o, en todo caso, de un adulto responsable. Los establecimientos de reclusión deberán contar con lugares especiales para recibir las visitas de niños, niñas y adolescentes, diferentes de las celdas y/o dormitorios, los cuales deben contar con vigilancia permanente (Congreso de la República, 2014).

-
- 2 Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley n.º 65 de 1993, la Ley n.º 599 de 2000 y la Ley n.º 55 de 1985, y se dictan otras disposiciones.
 - 3 A través de la cual se expide el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional – ERON, a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Revisar Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (2016).

Por su parte, el artículo 69 de la Resolución n.º 006349 de 2016, expedida por la Dirección General del INPEC, establece, a propósito de lo ordenado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-026 de 2016, que las personas privadas de la libertad también podrán recibir visitas de niños, niñas y adolescentes con los que demuestren tener un vínculo familiar estrecho a partir de lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia. De igual manera, precisa que dicho vínculo podrá ser acreditado mediante declaración juramentada.

En virtud de lo anterior, cuando los niños, las niñas o los adolescentes se encuentran en Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos y son ubicados, por ejemplo, bajo la modalidad de Acogimiento Familiar Hogar Sustituto, conforme a los artículos 53 y 59 de la Ley n.º 1098, la Autoridad Administrativa competente (Defensor de Familia o Comisario de Familia) debe establecer los mecanismos idóneos que les permitan mantener contacto con sus padres y familiares. De la misma manera, la Autoridad Administrativa o un integrante del equipo intradisciplinario los acompañará al establecimiento carcelario, teniendo siempre presente que la visita estará supeditada a su seguridad y las condiciones idóneas que permitan su ingreso, en los días en que se tenga definida la realización de visitas de la población bajo protección del Estado.

Ahora bien, la Corte Constitucional, en la sentencia C-026 de 2016, indicó que las acciones para el establecimiento de visitas de menores de edad deben ser tomadas en consideración al conjunto de normas nacionales e internacionales que materializan la prevalencia del interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, con el propósito de evitar su revictimización y prevenir una potencial afectación de sus derechos y garantías fundamentales. En consecuencia, en los casos en que la privación de la libertad obedezca a delitos cuya víctima haya sido un menor de edad, la visita de niños, niñas y

adolescentes debe ser autorizada por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, previa valoración de

(i) la gravedad y modalidad de la conducta delictiva; (ii) de las condiciones personales del recluso; (iii) del comportamiento observado durante su permanencia en el establecimiento carcelario; (iv) de la existencia de condenas vigentes por delitos de la misma naturaleza; y (v) de la condición de víctima del menor o de los menores sobre los cuales se pretenda extender la solicitud de visita (Corte Constitucional, 2016a, punto 10.21).

En este marco, se resalta de las 100 Reglas de Brasilia, en cuanto a la sensibilización y formación de profesionales se refiere, que

se desarrollarán actividades que promuevan una cultura organizacional orientada a la adecuada atención de las personas en condición de vulnerabilidad a partir de los contenidos de las presentes Reglas, atendiendo a las necesidades de cada grupo de personas beneficiarias (2018, regla 93).

Se adoptarán iniciativas destinadas a suministrar una adecuada formación a todas aquellas personas del sistema judicial que, con motivo de su intervención en el proceso, tienen un contacto con las personas en condición de vulnerabilidad. Se considera necesario integrar el contenido de estas Reglas en los distintos programas de formación y actualización, dirigidos a las personas que trabajan en el sistema judicial, para ello se realizarán cursos de formación permanente a través de las Escuelas Judiciales de los distintos países (2018, regla 94).

En lo concerniente al proceso de articulación propia de las medidas administrativas de restablecimiento de derechos, resulta necesario resaltar la importancia que tiene la articulación interinstitucional que permite el fortalecimiento de acciones en torno a la garantía de derechos. Ello empieza con el proceso de sensibilización, formación y capacitación de las personas que desde el Sistema de Justicia o el SNBF, a lo largo del proceso, tienen algún tipo de acción frente a su viabilidad, propiciando los espacios de contacto, intercambio de información,

discusión y consenso para la elaboración de rutas de actuación frente a los diferentes casos que se presentan de manera permanente. Además, para potenciar los contextos académicos desde los cuales, a través de la investigación y los intercambios académicos, se sienten las bases del cambio, el rediseño o la reestructuración de acciones para la garantía de los derechos de la población carcelaria y sus hijos, hijas y familias. En ello se tiene en cuenta cada uno de los procesos en los cuales se establece contacto con la familia de la persona privada de la libertad, asegurando las condiciones de trato, oportunidad, respeto, igualdad, puntualidad y claridad en la entrega de información y demás ítems que le permitan conocer de manera precisa cada uno de los procedimientos que al interior de los establecimientos de reclusión se deben tener presentes durante una visita, un trámite, una llamada, una petición, una urgencia, etc. De esta manera, podrá ser factible la implementación de toda una cultura organizacional que facilite cada uno de los procesos de atención del Sistema Judicial para las personas privadas de la libertad, sus hijos menores de edad y sus familias.

En cuanto a la entrega de información a la ciudadanía en general, el ICBF, a través de su página web (www.icbf.gov.co), dispone de información de fácil acceso por todas las personas interesadas en conocer acerca de los programas para la atención de hijos e hijas de personas privadas de la libertad. En este sentido, se encuentra respuesta a preguntas comunes como:

¿Si soy una mujer privada de la libertad, y tengo hijos ellos pueden vivir conmigo en el establecimiento de reclusión?

¿Si soy una persona privada de la libertad (hombre o mujer) y tengo conocimiento de que alguno de mis hijos menores de edad se encuentran en una situación de riesgo, amenaza o vulneración qué puedo hacer?

¿Si estoy privado de la libertad y alguno de mis hijos se encuentra bajo medida Protección del ICBF, tengo derecho a que me visiten? [sic] (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, s. f., Programas especializados y otras estrategias).

Asimismo, en la página se hace un reporte cuantitativo detallado de los niños, las niñas y los adolescentes en proceso administrativo de restablecimiento de derechos por motivo de ingreso («hijos de padres que se encuentran privados de la libertad»), el cual se tiene establecido en el Sistema Misional del ICBF (SIM) como uno de los motivos de ingreso a PARD. En este orden de ideas, en el 2019 hubo un reporte total de 132 niños, niñas y adolescentes que ingresaron a PARD por dicho motivo, según el cual Bogotá fue una de las ciudades con mayor reporte de casos. De igual modo, en la página web del INPEC (www.INPEC.gov.co) se encuentra un módulo de atención al ciudadano donde se brinda orientación y respuesta a preguntas comunes de la ciudadanía.

Finalmente, en las 100 Reglas de Brasilia, a propósito de los manuales de buenas prácticas sectoriales, la regla 96 refiere lo siguiente: «Se elaborarán instrumentos que recojan las mejores prácticas en cada uno de los sectores de vulnerabilidad, y que puedan desarrollar el contenido de las presentes Reglas adaptándolo a las circunstancias propias de cada grupo» (2019, p. 39). Con este propósito, el INPEC y el ICBF han establecido los Lineamientos Técnicos y Manuales Operativos que consignan los procedimientos enmarcados en la atención a los hijos y las hijas menores de edad de personas privadas de la libertad en centros de reclusión. Estos documentos orientan a cada actor del proceso de atención, de tal manera que exista claridad en sus actuaciones y las contribuciones esperadas, impidiendo la falla en los servicios y cualificando cada vez más la atención y el acompañamiento a las personas privadas de la libertad, en relación con sus derechos.

Por otra parte, teniendo como marco las disposiciones políticas y legales inherentes al interés superior del niño, y según lo emanado de la Convención sobre los Derechos del Niño, se han establecido

disposiciones legales para orientar acciones centradas en el goce pleno de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Con este objetivo, se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley n.º 1098, que tiene como finalidad

garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna» (Congreso de la República, 2006, art. 1).

Aquello se encuentra en armonía con la Regla 5 de las 100 Reglas de Brasilia, según la cual «todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo» (Delgado, 2019, p. 24).

El ICBF, como entidad del Estado colombiano encargada de las acciones de prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia, especialmente de aquellos en condiciones de amenaza o inobservancia, o con sus derechos vulnerados (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2020c), ha encaminado y concretado acciones dirigidas no solo al restablecimiento de derechos de la población víctima de vulneración. También se ha concentrado en la promoción de acciones que prevengan la vulneración de sus derechos, a través de estrategias de atención integral que se materializan en la oferta estatal de modalidades de atención a la primera infancia, la niñez, la adolescencia y a sus familias, en todo el territorio nacional. Todo ello con el anclaje del ejercicio corresponsable de la familia, la comunidad y el Estado, como actores y partícipes en la protección de los derechos y el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes.

En lo concerniente a la primera infancia, surge la política de estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia «de Cero a Siempre», la cual pasó de ser una estrategia a una normativa que cobija todas las acciones tendientes a garantizar los derechos de los niños y las niñas en la primera infancia (Congreso de la República, 2016). Orienta en la concertación y armonización de acciones de los diferentes sectores participantes de la política y crea la Comisión Intersectorial para la Atención Integral de la Primera Infancia (CIPI), en donde el ICBF se desenvuelve como ente articulador del SNBF, a cargo de liderar la implementación de la política en el territorio, a la luz de la Ruta Integral de Atenciones (RIA), y promover la participación y movilización en torno a la protección integral de la primera infancia, dándole prioridad social, política, técnica y financiera (De Cero a Siempre, 2019).

El ICBF, también como entidad encargada de las orientaciones técnicas y la prestación de los servicios a la primera infancia, al orientar los lineamientos de los servicios de atención para la primera infancia, organizar la operación de los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral y supervisar la operación de las diferentes modalidades a través de las cuales se presta atención de acuerdo con la política de estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia «de Cero a Siempre» (De Cero a Siempre, 2019), ha armonizado la atención a niños y niñas desde la gestación hasta los seis años con servicios de atención integral. Por medio de estos, desde un enfoque holístico e intersectorial brinda acceso a una atención con pertinencia, oportunidad y calidad para favorecer el goce efectivo de los derechos y el desarrollo integral de niños y niñas, reconociendo las características de diversidad propias de esta población y los contextos sociales en donde crecen y se desarrollan.

Dicha atención integral se fortalece en las acciones intersectoriales, intencionadas, relacionales y efectivas con las que se asegura que en

los entornos en los que interactúan los niños y las niñas se generen las condiciones necesarias para promover y garantizar su desarrollo de manera efectiva. Para ello, requieren que la atención integral sea de carácter flexible, oportuno, diferencial, continuo y complementario. En este orden, se despliega la oferta de educación inicial, materializando el derecho de la primera infancia a un proceso educativo, pedagógico intencional, permanente y estructurado, en donde se potencian las capacidades y habilidades de niños y niñas, y en donde se tiene presente la participación de la familia como actor central en el proceso (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2020a).

Todas estas acciones, además, se despliegan desde un enfoque diferencial, posibilitando el reconocimiento de las características y el contexto de vida de cada sujeto y procurando que la oferta responda a la particularidad de sus necesidades. Estas deben ser cubiertas desde la oferta de los servicios de atención a la primera infancia del Estado, materializando la apuesta de atención integral a niños y niñas menores de cinco años y mujeres gestantes con condiciones de vulnerabilidad, y desarrollando acciones enmarcadas en seis componentes de calidad: componente pedagógico; componente de salud y nutrición; componente de familia, comunidad y redes sociales; componente de ambientes educativos y protectores; componente administrativo y de gestión; y componente de talento humano.

En lo territorial, resulta importante que estas acciones se lleven a cabo en articulación con organizaciones no gubernamentales, a fin de fortalecer la operación de los servicios. Así, se fomenta la participación de la sociedad civil, en la línea de la regla 89 de las 100 Reglas de Brasilia, lo que permite ampliar el reconocimiento del territorio al aportar una visión más realista a la oferta de servicios, de acuerdo con sus necesidades reales, construcciones sociales, potencialidades y vulnerabilidades.

Desde esta óptica, Colombia cuenta con una oferta especializada para esta población dentro de algunas cárceles, denominada «Desarrollo Infantil en Establecimientos de Reclusión», a través de la cual se propician espacios para la educación inicial, el cuidado y la nutrición, desde acciones que potencian el desarrollo integral y el fortalecimiento del vínculo afectivo entre la madre y su hijo o hija, hasta que cumpla los tres años de edad, brindando la posibilidad de que estas mujeres privadas de la libertad puedan ejercer su rol de madres con los niños y las niñas. Asimismo, el programa tiene en cuenta acciones específicas de fortalecimiento para las mujeres gestantes y en período de lactancia dentro de los establecimientos de reclusión (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, s. f., *Abc de hijos e hijas menores de 18 años de las personas privadas de la libertad*). Este servicio responde a lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño, en concordancia con la Regla 5 de las 100 reglas de Brasilia, sobre la base del interés superior y su derecho a «tener una familia y no ser separado de ella⁴», disponiendo de lo necesario para que puedan disfrutar en los primeros años de su vida el apego, el vínculo afectivo, el cuidado y el amor de su madre, en consideración a que esta supone una de las principales referentes afectivas en el desarrollo integral de los niños y las niñas. Por tanto, aun desde el período gestacional, la mujer privada de la libertad deberá ser cubierta por los programas tanto del sistema penitenciario y carcelario como de las entidades a cargo de la protección a los niños, las niñas y los adolescentes, considerando acciones precisas que tengan en cuenta dicho período.

4 Al respecto, «los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes solo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación» (Congreso de la República, 2006, art 22).

En cumplimiento a lo normado en el Código de la Infancia y la Adolescencia, y como se ha referido en el desarrollo de este trabajo, las acciones de protección integral deben ser dirigidas no solamente a los hijos e hijas en primera infancia de personas privadas de la libertad, sino también a los grupos poblacionales de niñez, adolescencia y sus familias en general. Por lo tanto, en cuanto a la niñez y la adolescencia se respaldan las acciones de atención de acuerdo con la Política Nacional de Infancia y Adolescencia 2018-2030, según la cual se deben generar las condiciones de bienestar y el acceso a oportunidades con equidad e incidencia de los niños, las niñas y los adolescentes, desde los seis hasta los dieciocho años, contribuyendo así a su desarrollo integral en el territorio nacional, al reconocerlos como ciudadanos y sujetos de derechos, plurales y diversos (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2020b). Esta política delinea construcciones sociales desde una perspectiva de derechos, a partir de diferentes enfoques: enfoque de derechos humanos y la doctrina de la protección integral, enfoque de género, enfoque diferencial, enfoque interseccional, enfoque de desarrollo humano y enfoque de curso de vida.

En el proceso de implementación de esta política, el ICBF dispone de programas con un enfoque diferencial de derechos, con los que se fomenta en los niños, las niñas y los adolescentes, y sus familias, conocimientos, habilidades, vocaciones, intereses, talentos y capacidades para el ejercicio de sus derechos, además de la construcción de sus proyectos de vida y la prevención de riesgos. Asimismo, se aborda desde el fortalecimiento de las capacidades frente a condiciones de discapacidad, la prevención del embarazo adolescente y la Estrategia de acciones masivas de alto impacto social para la prevención de riesgos específicos de niñas, niños y adolescentes AMAS/EPRE (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2017b). En este sentido, las acciones van en armonía con el Código de la Infancia

y la Adolescencia (Congreso de la República, 2006), aportando al mejoramiento de las condiciones de vida de sus familias. Por otro lado, desde la modalidad «Mi familia» se enfatiza la importancia de considerar a la familia como centro de la política social y responsable del bienestar de sus integrantes y la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Se la reconoce como el tejido social más próximo de cada uno de sus miembros y el espacio donde se consolidan vínculos sociales, afectivos y de desarrollo personal, con el objetivo de fortalecer sus capacidades a través del acompañamiento psicosocial (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2019).

Toda esta oferta de servicios se despliega de tal manera que mediante procesos de focalización resulte factible alcanzar a los hijos, las hijas y las familias de personas que se encuentran privadas de la libertad en todo el territorio nacional. El ICBF cuenta para ello con el SIM, en el cual se creó el registro de hijo o hija de persona privada de la libertad, permitiendo que una vez se visibilice la necesidad de atención de esta población sea factible, por medio del proceso de focalización y caracterización de los beneficiarios de las diferentes modalidades, evidenciar que se trata de un niño, una niña, un adolescente o una adolescente, o una familia con un familiar privado de la libertad.

Como conclusiones, primero mencionaremos que resulta importante que todos los poderes públicos, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, promuevan reformas legislativas y adopten medidas que materialicen las 100 Reglas de Brasilia, poniendo en el centro de sus atenciones a los hijos y las hijas menores de edad de personas privadas de la libertad, además de sus familias. Asimismo, se torna necesario resaltar que, en el marco de la articulación interinstitucional efectiva y oportuna, cada entidad del Estado tiene la obligación de ser parte activa de los procesos inherentes a los niños, las niñas y los adolescentes, comprendiendo y comprometiendo esfuerzos por los niños

y las niñas menores de edad, hijos e hijas de personas privadas de la libertad, a fin de materializar las políticas y estrategias que desde la asignación de recursos, el mejoramiento de la infraestructura y el acceso a servicios de salud y nutrición propicien un escenario amplio para la garantía de cumplimiento de todos sus derechos.

Por otra parte, las entidades del Estado deben comprometerse a articular con el Sistema de Justicia de la Nación todas las acciones que promuevan la identificación de posibles situaciones de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes que han perdido la presencia física de sus padres por orden de un juez de garantías. Esto, con la finalidad de atender de manera inmediata a las familias de los infractores legales y orientar las herramientas que permitan una intervención oportuna en lo que significa la privación de la libertad de alguno de sus padres.

Asimismo, urge la transformación de todo el Sistema de Justicia, de tal modo que sea posible avanzar hacia una política criminal restaurativa que demarque el camino para que cuando un padre o una madre cumpla su deuda con la sociedad luego de que se le prive la libertad, pueda retornar al seno de su familia, encontrarla protegida por el Estado y retomar su rol de crianza, contando con las condiciones económicas, personales y familiares que impidan su reincidencia.

Finalmente, se requiere que las acciones de atención integral que se desarrollan desde el Estado, en cumplimiento de las políticas de protección integral a la primera infancia, la niñez, la adolescencia y la familia, apunten al fortalecimiento de la comunidad y la familia como pilares determinantes para la protección de los derechos y la promoción del desarrollo integral de los niños, las niñas, los adolescentes y sus familias, desde un ejercicio corresponsable. Así, la construcción de políticas sociales dirigidas a la protección y promoción de los derechos de las poblaciones más vulnerables se considerará su ejercicio activo. La finalidad consiste en que se transforme la mirada de vulnerabilidad

que concibe al sujeto como beneficiario de las acciones propias de la política para entenderlo más bien con un rol determinante en el accionar de esta, y en la transformación propia y de su entorno.

REREFENCIAS

Congreso de la República (2006). Ley n.º 1098. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Bogotá: 8 de noviembre de 2006. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm

Congreso de la República (2014). Ley n.º 1709. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley n.º 65 de 1993, de la Ley n.º 599 de 2000, de la Ley n.º 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. Bogotá: 20 de enero de 2014. http://www.secretaria.senado.gov.co/senado/basedoc/ley_1709_2014_pr001.html

Congreso de la República (2016). Ley n.º 1804. Por la cual se establece la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre y se dictan otras disposiciones. Bogotá: 2 de agosto de 2016. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1804_2016.htm

Congreso de la República (2018). Ley n.º 1878. Por medio de la cual se modifican algunos artículos de la Ley n.º 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, y se dictan otras disposiciones. Bogotá: 9 de enero de 2018. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1878_2018.htm

Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales (2019). Línea de política pública de prevención del reclutamiento, utilización, uso y violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes por parte de grupos armados organizados

(GAO) y grupos delictivos organizados (GDO). [http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2019/Documents/191119-Linea-politica-Prevención-RUUVS.pdf](http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2019/Documents/191119-Linea-politica-Prevencion-RUUVS.pdf)

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2010). Resolución Administrativa n.º 266-2010-CE-PJ. Lima: 6 de julio de 2010.

Corte Constitucional (2002). Sentencia C-157/02. Bogotá: 5 de marzo de 2002. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-157-02.htm>

Corte Constitucional (2016a). Sentencia C-026/16. Bogotá: 3 de febrero de 2016. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-026-16.htm>

Corte Constitucional (2016b). Sentencia T-246/16. Bogotá: 7 de mayo de 2016. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-246-16.htm>

De Cero a Siempre (2019). La Política. <http://www.deceroasiempre.gov.co/QuienesSomos/Paginas/QuienesSomos.aspx>

Delgado, J. (2019). *Guía comentada de las Reglas de Brasilia. Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. Programa EUROsociAL. https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2020/02/Herramienta_23.pdf

Gobierno de Colombia (2019). Ley n.º 1955. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. Bogotá: 25 de mayo de 2019. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1955_2019.html

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2013). *Abc del Sistema Nacional de Bienestar Familiar*. Impresol Ediciones.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2016). Lineamiento Técnico Administrativo de Ruta de Actuaciones para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes con sus

derechos inobservados, amenazados o vulnerados. https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/procesos/lm3.p_lineamiento_tecnico_ruta_actuaciones_para_el_restablecimiento_de_derechos_nna_v1.pdf

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2017a). *Línea de política pública para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil y Protección Integral al Adolescente Trabajador 2017-2027*. Organización Internacional del Trabajo; Ministerio del Trabajo; Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; Departamento Nacional de Planeación. http://www.mintrabajo.gov.co/documentos/20147/58804143/Politica+publica+pdf_version+final_02042018.pdf

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2017b). Manual operativo. Estrategia acciones masivas de alto impacto social para prevención de riesgos específicos de niñas, niños y adolescentes AMAS/EPRE. https://www.icbf.gov.co/system/files/procesos/mo6.pp_manual_operativo_estrategia_acciones_masivas_de_alto_impacto_social_para_prevenicion_de_riesgos_especificos_de_nna_-_amasepre_v4.pdf

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2019). Lineamiento Técnico Administrativo. Modalidad «Mi Familia». Disponible en: https://www.icbf.gov.co/system/files/procesos/lm10.pp_lineamiento_tecnico_administrativo_modalidad_mi_familia.pdf

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2020a). Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia. https://www.icbf.gov.co/system/files/procesos/lm5.pp_lineamiento_tecnico_para_la_atencion_a_la_primera_infancia_v5.pdf

- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2020b). Política Nacional de Infancia y Adolescencia 2018-2030. https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/politica_nacional_de_infancia_y_adolescencia_2018_-_2030.pdf
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2020c). ¿Qué es el ICBF? <https://www.icbf.gov.co/instituto>
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (s. f.). Abc de hijos e hijas menores de 18 años de las personas privadas de la libertad [Nota informativa]. https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/abc_-_hijos_de_personas_privadas_de_la_libertad_.pdf
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (s. f.). Programas especializados y otras estrategias. <https://www.icbf.gov.co/programas-y-estrategias/proteccion/programas-especializados-y-otras-estrategias/hijos-de-personas#ugkw7rvv>
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (2016). Resolución n.º 006349. Bogotá: 19 de diciembre de 2016. <http://www.inpec.gov.co/documents/20143/44801/RESOLUCION+6349+DE+19+DICIEMBRE+DE+2016.pdf/aa6d5505-05db-62b8-0004-9ebb74cfe7a9>
- Ministerio de Salud y Protección Social (2018). *Política Pública Nacional de Apoyo y Fortalecimiento a las Familias*. s. e. https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/3311.pdf
- Ministerio del Trabajo (2018). Línea de política pública para la prevención y erradicación de la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes-ESCNNA-2018-2028. <http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/59676/DECRETO+POLÍTICA+ESCNNA+23-08-2018+%28Versión+30-08-2018%29+final.pdf/38c09569-2782-f4a5-a6d3-5924a5495408>

NiñezYa (2019). Análisis y aportes de NiñezYa a las bases del Plan Nacional de Desarrollo de Colombia 2018-2022: Pacto por Colombia, pacto por la equidad. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/CNP/AportesNinezyaPND20182022.pdf>

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, en abril de 2018, Quito-Ecuador]. https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2020/02/Reglas-brasilia_web.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. 2, n.º 2, enero-junio, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (online)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2.7>

Acceso a la justicia y privación de la libertad en Argentina: las políticas penitenciarias a la luz de las Reglas de Brasilia

The access to justice and deprivation of liberty in Argentina:
prison policies in light of the Brasilia Rules

ANDREA LOMBRAÑA

Conicet-Idaes/Unsam
(Buenos Aires, Argentina)

Contacto: andrealombrana@conicet.gov.ar
<https://orcid.org/0000-0003-2973-0376>

CAROLINA DI PRÓSPERO

Conicet-Idaes/Unsam
(Buenos Aires, Argentina)

Contacto: cdiprospero@unsam.edu.ar
<https://orcid.org/0000-0002-9604-6155>

NATALIA OJEDA

Conicet-Idaes/Unsam
(Buenos Aires, Argentina)

Contacto: natalyaojeda@gmail.com.ar
<https://orcid.org/0000-0001-9287-6592>

RESUMEN

El presente artículo analiza el Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional y el Plan Estratégico del Servicio Penitenciario Federal 2016/2020, y sus méritos y sus falencias en el ámbito carcelario argentino. A partir de estos, y en concordancia con las Reglas de Brasilia, se plantean políticas para prevenir la criminalidad mediante cuatro tipos de reformas: a) normativas, respecto de la progresividad de la pena, la regulación de la actividad laboral de las personas privadas de libertad en el ámbito penitenciario, la formación y la capacitación del personal, así como el procedimiento relativo a su ingreso, ascenso y egreso, además de la asimilación de la perspectiva de género en la política institucional; b) infraestructurales, es decir, la construcción de cárceles y su organización a fin de reducir la superpoblación; c) resocializadoras de los reclusos en los establecimientos penitenciarios; y, finalmente, d) integradoras para el fortalecimiento de las relaciones entre las organizaciones de la sociedad civil, los organismos de control y las agencias científicas y técnicas como el Conicet.

Palabras clave: acceso a la justicia; privación de libertad; Argentina; políticas penitenciarias; Reglas de Brasilia.

ABSTRACT

This article analyzes the National Penitentiary Policy Master Plan and the Strategic Plan of the Federal Penitentiary Service 2016/2020, and their merits and shortcomings in the Argentine prison context. Based on these instruments, and following the Brasilia Rules, it is proposed policies to prevent crime through four types of reforms: a) normative, regarding the progressiveness of the sentence, the regulation of the work activity of persons deprived of liberty in the penitentiary situation, the

education and training of personnel, as well as the procedure regarding their entry, promotion, and discharge, in addition to the assimilation of the gender perspective in institutional policy; b) infrastructural, that is, the construction of prisons and their organization to reduce overcrowding; c) resocialization of inmates in penitentiary establishments; and finally, d) integration for the strengthening of relations between civil society organizations, institutional control and scientific and technical agencies such as the Conicet.

Key words: access to justice; deprivation of liberty; Argentina; penitentiary policies; Brasilia Rules.

Recibido: 10/01/2021 Aceptado: 15/05/2021

1. INTRODUCCIÓN

Las políticas de gestión penitenciaria enmarcadas en un Estado democrático y social de derecho deben garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, previstos en nuestra Constitución (1994) como la orientación y el horizonte de todas las acciones llevadas adelante por los actores estatales involucrados en esta materia. Ahora bien, desde nuestra experiencia como investigadoras en el campo carcelario, podemos identificar y problematizar algunas distancias entre estos postulados normativos y las prácticas y los discursos cotidianos, producidos y sostenidos en la prisión actual.

Stanley Fish (1980) plantea la imposibilidad de ser absolutamente conscientes de hasta dónde influye en nuestra mirada de la realidad la «comunidad de intérpretes» como instancia institucional y transubjetiva que crea reglas, establece criterios y legitima políticas específicas. Asimismo, como plantea Lombraña,

la aplicación de la ley (penal) entonces, parece no reducirse simplemente a proporcionar parámetros de castigo para determinadas infracciones (KALINSKY, 2003), sino que más bien supone la legitimación de sentidos sociales que se otorgan a ciertos valores considerados importantes en contextos determinados (2015, p. 338).

En esa medida, tiene siempre un referente constitutivo público y una comunidad por y para la cual estas leyes y disposiciones punitivas adquieren sentido. Así, el campo carcelario, en cuanto particular conformación cultural en la que el orden social adquiere formas contextuales y específicas, produce representaciones nativas que hacen especialmente vulnerables a las personas privadas de su libertad, más allá de que el derecho las declare iguales. Sin embargo, en la prisión se evidencian también la creatividad de los grupos y los actores sociales que actúan dentro de estas redes, lo cual nos permite discutir y modificar su funcionamiento (Lombraña y Ojeda, 2019).

Desde esta perspectiva, y en línea con los objetivos de este trabajo, proponemos un recorrido por los dos últimos planes de política penitenciaria en nuestro país para los establecimientos federales: el Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional (1995) y el Plan Estratégico del Servicio Penitenciario Federal 2016/2020 (2016). Las reflexiones que siguen son producto de un conjunto de sesiones de una mesa de diálogo intersectorial e interdisciplinaria desarrollada en el Polo Científico Tecnológico de la Ciudad de Buenos Aires, sede del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), integrada por diferentes actores: investigadores del campo, personal superior retirado del Servicio Penitenciario Federal (SPF), docentes y equipo de gestión de centros universitarios en contexto de encierro (como el Centro Universitario San Martín), actores del Poder Judicial y expertos en distintas áreas del sistema penal, criminal y penitenciario. Debemos agregar que

el debate se orientó hacia la construcción de un documento centrado en el objetivo principal de «promover las reformas necesarias que exige una sociedad en pleno cambio» coincidiendo con las Naciones Unidas en aquello de que «la justicia social constituye un mejor medio de prevenir la criminalidad» (Centro Universitario San Martín, 2019, párr. 4).

En este trabajo, resumimos los principales alcances de dicho documento.

2. LA DECLARACIÓN DE EMERGENCIA PENITENCIARIA

La declaración de la emergencia en materia penitenciaria (Resolución n.º 184/2019 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación) supuso el reconocimiento de un fracaso de gestión y evidenció el desconocimiento de la problemática carcelaria en nuestro país por parte de la gestión política a cargo:

La superpoblación, que es el argumento central de la declaración, es producto de esta política criminal orientada notoriamente por el aumento de medidas represivas y el endurecimiento de las reglas de encarcelamiento y excarcelación; que identifica a las prisiones como la única solución para contener el delito y trae como consecuencia altos índices de violencia, marcado hacinamiento y limitaciones en todo tipo de actividad vinculada al tratamiento de las personas privadas de su libertad.

Esta situación tampoco fue acompañada por políticas de inversión en infraestructura y servicios tendientes a asegurar las condiciones mínimas de habitabilidad, al tiempo que profundizó el deterioro y la precarización de las condiciones laborales de los trabajadores de la fuerza penitenciaria, despojándolos incluso de las herramientas básicas para el desarrollo de su tarea cotidiana: formación, mejoras en los establecimientos, disponibilidad de móviles de trasladado, una conducción central reconocida y con presencia en el terrero de trabajo, entre otros (Ojeda y Di Próspero, 2019, párrs. 2-3).

Las publicaciones periódicas sobre la declaración de la emergencia penitenciaria informaron que el Gobierno nacional, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ordenó la creación de una Comisión de Emergencia en Materia Penitenciaria dentro de la Secretaría de Justicia, con representantes de la Corte Suprema, la Cámara Federal de Casación Penal, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correcciones de la Capital Federal, la Procuración Penitenciaria de la Nación, la Comisión de Cárceles del Ministerio Público de Defensa y la Procuración General de la Nación, quienes deben reunirse quincenalmente para «resolver el déficit habitacional en el Servicio Penitenciario Federal; mejorar las condiciones de privación de la libertad; y promover e implementar medidas alternativas a la privación de la libertad, especialmente para grupos vulnerables» (Campagnoli, 2019, párr. 2).

En dichos anuncios, la sobrepoblación referida alcanza el 12 %, aunque, según la Procuración Penitenciaria Nacional, las verdaderas cifras superan el 16 %, ya que, para paliar la situación, se agregan camas dobles en celdas individuales, se reconvierten espacios de trabajo y los prisioneros se recrean en pabellones de alojamiento.

3. ASPECTOS INSTITUCIONALES DEL PLAN DIRECTOR DE LA POLÍTICA PENITENCIARIA NACIONAL Y EL PLAN ESTRATÉGICO OPERATIVO DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL 2016/2020

En agosto de 2019, en la sede central del Conicet de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se llevaron a cabo dos reuniones de trabajo para examinar el Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional a fin de discutir y proponer una agenda actualizada y consensuada sobre la política penitenciaria nacional. En dichas reuniones participaron miembros de la comunidad académica del Conicet y la

Universidad Nacional de San Martín¹, personal superior retirado del SPF, diversos profesionales afines a las temáticas de los establecimientos y las políticas penitenciarias, además de Julio Enrique Aparicio, una de las autoridades responsables de la confección y la implementación del mencionado plan, pues se desempeñó como subsecretario y secretario de Política Criminal y Penitenciaria de la Nación entre 1994 y 1999.

El Programa Ciencia y Justicia del Conicet apoyó en la organización de estos encuentros, los cuales fueron propulsados por el Núcleo de Estudios Socioculturales sobre el Derecho y sus Instituciones (Nesdi), correspondiente al Idaes. El Nesdi constituye un grupo de trabajo académico que desarrolla conocimiento científico interdisciplinario sobre las prácticas de los actores del derecho y su contexto sociocultural dentro de los estudios sociojurídicos locales, enfocándose no solamente en los aspectos formales e institucionales, sino también en las ideas, las representaciones, los mecanismos informales y las tramas de relaciones en las que se inscriben estas prácticas sociales.

La motivación de realizar encuentros de debate, revisión y actualización del Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional radicó en la creciente preocupación de los académicos y el personal del SPF retirado respecto de tres aspectos: a) la situación de los establecimientos penitenciarios nacionales; b) el reconocimiento de que la implementación del plan renovó el tratamiento de estas problemáticas al cambiar el rumbo punitivista de las medidas penitenciarias, redefinir los destinatarios de las mismas y la centralidad de la responsabilidad del Estado, y contemplar integralmente el trabajo penitenciario, así como las escalas de abordaje; y c) «la necesidad de establecer

1 Los investigadores que formaron parte de estas sesiones de debate desempeñan tareas laborales y de investigación en el Centro Universitario San Martín (Cusam), dependiente del Instituto de Altos Estudios Sociales (Idaes) de la Universidad Nacional de San Martín (Unsam).

diálogos intersectoriales urgentes con la intención de concretar un programa de acción imprescindible en un contexto cada vez más crítico» (Lombraña, Ojeda, Di Próspero y Pepe, 2020a, párr. 10).

El objetivo principal del Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional es la construcción de un cuerpo penitenciario sólido orientado a la resocialización de los detenidos. Para ello, en concordancia con lo establecido por las Naciones Unidas respecto de la justicia social como el mejor camino y medio de prevención de la criminalidad, se propone promocionar las reformas necesarias que exige una sociedad entendida en su devenir histórico y dinámica social. De acuerdo con este plan, el rol del Estado es central en la implementación del sistema penitenciario. Además, sus funcionarios ocupan un eje principal en la planificación tanto de dicho sistema como de una política penitenciaria integral:

La tarea del Estado en materia de política penitenciaria tiene dos objetivos fundamentales: promover valores trascendentes articulando cuestiones de la seguridad y la defensa de la sociedad, y velar por la dignidad de las personas privadas de libertad y su derecho a contar con oportunidades para reintegrarse al seno de la comunidad como personas útiles para sí mismas, para su familia y para la sociedad (Di Próspero, Ojeda, Lombraña y Pepe, 2020, p. 154).

En este marco, la «estructuración de las instituciones en función de sus relevantes obligaciones para con la sociedad y para con los condenados [resulta fundamental] [...] para su cambio [...] y readaptación» (Ministerio de Justicia de la Nación, 1995, p. 4). Para esta propuesta, cobra vital relevancia una sistematización de la evaluación de resultados y la instrumentación de transformaciones y reformas que permitan corregir errores, desvíos, desaciertos o fracasos junto a un «esclarecimiento social y comunitario sobre la ejecución de las penas privativas [...] de libertad» (Ministerio de Justicia de la Nación, 1995, p. 4).

Por el contrario, la política penitenciaria actual detallada en el Plan Estratégico del Servicio Penitenciario Federal 2016/2020 fija como uno de sus objetivos principales realizar lo necesario para garantizar pronto la seguridad pública. En este sentido, los propios términos del documento apuntan a «garantizar la uniformidad y la celeridad en la actuación de la administración penitenciaria» y «disminuir los índices de criminalidad en forma rápida y confiable, y fomentar la integración social de las personas privadas de la libertad como eslabón para una más y mejor seguridad pública» (Centro Universitario San Martín, 2019, párr. 6). Ahora bien,

el planeamiento estratégico situacional, se constituye en un enfoque y metodología que produce[n] una ruptura epistemológica respecto de la planificación tradicional, vale decir, en un cambio sustancial en los supuestos filosóficos —la teoría—, los principios y finalmente las técnicas instrumentales de investigación-acción (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016, p. 27).

A propósito de ello, en el plan se detalla lo siguiente:

a) Que la planificación es la acción y efecto de una acción monopolizada exclusivamente por el Estado; b) Que los actores sociales no planifican y, por tanto, son seres cuasi pasivos ante la toma de decisiones del Estado; c) Que es posible tener certidumbre sobre los logros planificados sin contar con la dinámica competitiva de las fuerzas sociales, los actores e intencionalidades diferentes, las presiones múltiples y los cambios de escenarios, y las resistencias de intereses y valores diversos; d) Que la economía es determinante y por tanto, es la disciplina principal —focalización reduccionista y unilateral— desde donde debe estudiarse la realidad; e) Que la planificación es una actividad técnica que realizan solo núcleos profesionales y especializados (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016, p. 27).

En esa línea,

con la adopción de la planificación estratégica situacional, se incorpora una visión de lo social donde se concibe un escenario complejo multiactoral [donde el Estado es un actor más]. [...] En un escenario complejo la incorporación de la diversidad de posiciones y el establecimiento de relaciones que pueden ser de colaboración, indiferencia o conflicto es el punto de inflexión entre el planeamiento tradicional y el estratégico (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016, p. 27).

Con respecto a la idea de gobierno, este documento delega el autocuidado a los actores privados de la libertad. La escala de tratamiento propuesta es, en principio, individual y está basada en una lógica meritocrática mediante la cual el sujeto decide libremente su propio destino. Mientras tanto, el Estado acompañaría dicho proceso si este actor tuviera la voluntad de dejarse ayudar: «Los actores pueden coincidir en intereses y motivaciones, participar del logro de metas que son comunes o disentir, enfrentar u obstaculizar la acción de los demás» (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016, p. 27).

El marco teórico del Plan Estratégico del Servicio Penitenciario Federal 2016/2020 se denomina *what works*. Su foco es el individuo y se basa en el modelo de riesgo, necesidad y responsividad. Cabe suscribir que

el riesgo es el análisis del sujeto en relación con los factores que estadísticamente se encuentran asociados a la reincidencia criminal. La necesidad, es la contracara del riesgo: son aquellos aspectos del sujeto particular, relacionados con las variables estáticas que determinan su riesgo de reincidencia [...]. Finalmente, la responsividad es la maximización de los recursos del sujeto para lograr que aprenda, como consecuencia de una intervención de naturaleza cognitivo conductual —que contemple su estilo, motivación, recursos y fortalezas—. Es decir, la adaptación a la situación concreta del sujeto y el

acceso al programa de tratamiento en cuanto se adapte a las necesidades criminógenas que se pretenden abordar para reducir el riesgo de reincidencia (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016, p. 18).

La planificación en el Plan Estratégico del Servicio Penitenciario Federal 2016/2020 se propone «adaptativa y condicional». En efecto,

las acciones de los otros actores sociales condicionan la realización de los proyectos propios [incorporando] al plan propio las hipótesis de los movimientos posibles de los otros actores, en su condición de posibles colaboradores, competidores o «indiferentes».

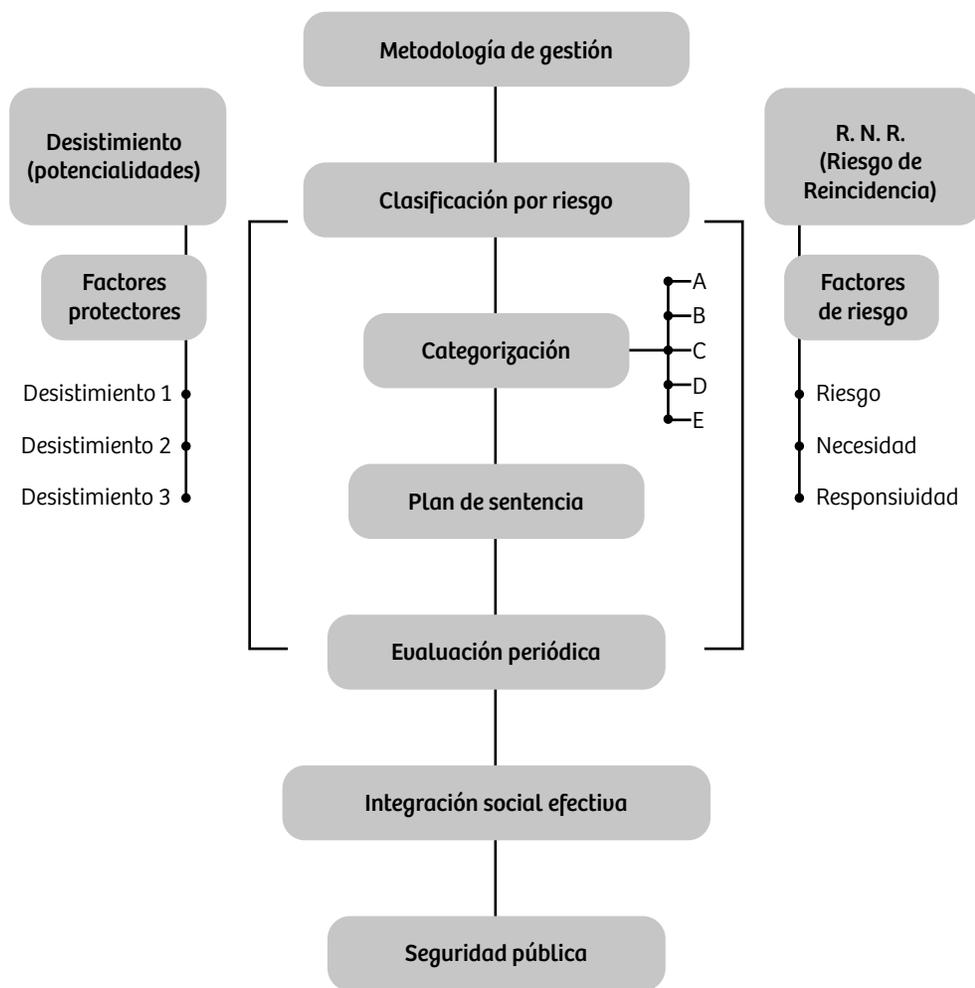
Cada actor gobierna un conjunto de recursos pero no siempre tiene todos los recursos que requiere su proyecto. [...] Así, la eficacia de mi acción no depende solo de mi intencionalidad, capacidades y esfuerzos, sino de contar con los recursos adecuados en cada coyuntura y superar la oposición y resistencia de otros actores sociales. Por lo anterior, no hay plan situacional sin análisis de actores y de escenarios. En algunos casos puede ocurrir que un actor tenga que disminuir sus pretensiones y deba compartir recursos, tal es el caso de las alianzas estratégicas o tácticas, que ocurren con el fin de viabilizar una operación o un proyecto.

¿Pero a qué llama «actor» el planeamiento situacional? El actor es una organización, grupo o persona con capacidad para acumular fuerza, defender y desarrollar intereses y necesidades, producir intencionalmente acontecimientos e influir en las situaciones, grupos y personas. Puede, por tanto, ser una organización pública, privada o social; una organización no gubernamental (ONG); o un personaje, siempre y cuando que influyan en el comportamiento de los demás (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016, pp. 27-28).

Reiteramos que, desde esta perspectiva, el Estado supone un actor más, con peso relativo, dentro del escenario multiactoral. El sujeto privado de su libertad ambulatoria tiene en sus manos el potencial y la responsabilidad de su propia integración social efectiva. Recibe apoyo del SPF, institución estatal que ejecuta los programas criminológicos.

Cabe recalcar que «la finalidad de los programas de tratamiento es lograr que las personas privadas de la libertad adquieran pautas de conducta y herramientas para su reinserción en la sociedad» (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016, p. 35). Para esclarecer lo mencionado, presentamos el siguiente esquema:

Esquema n.º 1



Fuente: Instituto de Criminología del Servicio Penitenciario Federal (2017, p. 47).

4. REVISIÓN POR ÁREAS DEL PLAN DIRECTOR DE LA POLÍTICA PENITENCIARIA NACIONAL

Tal como se presenta en el mismo documento,

El Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional es un conjunto ordenado, coordinado, racional y factible de medidas que se implementarán en etapas simultáneas o sucesivas y que procurará eliminar las distancias que median entre el diagnóstico de la situación penitenciaria actual, es decir, la realidad concreta, y lo que se considera deseable y aceptable como desarrollo del sector (Ministerio de Justicia de la Nación, 1995, p. 22).

Además, se divide en proyectos de programación por distintas áreas. Las principales son las siguientes: Área Legislativa y Reglamentaria, Área Arquitectura Penitenciaria, Área Tratamiento, Área Personal y Área Integración Sectorial. A continuación, reseñamos los puntos que se destacaron en el debate sobre la revisión del citado plan:

- La impronta garantista de los principios legislativos y normativos que inspiraron y contuvieron el surgimiento del Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional. Para el caso, se nombró la reciente reforma de la Constitución, que incorporaba un conjunto de tratados internacionales en materia de derechos humanos y las discusiones en torno a la ley de ejecución que se aprobaría un año después.
- La modernización de las instalaciones penitenciarias cuyo fin fue evitar la inadecuación de los establecimientos de entonces. Para ello, se consideraron los principios de progresividad de la pena sobre los que se basa el plan.
- En cuanto al área de tratamiento de las personas privadas de libertad, se adoptó una ideología en favor de la transformación positiva del sujeto, de modo que su reinserción social permita el desarrollo de su vida plena para sí mismo, su familia y la comunidad. Asimismo,

se tuvo en cuenta que los resultados no son lineales, sino que dependen de realidades personales y sociales.

- Respecto del tratamiento de la salud de las personas privadas de libertad, se planteó un abordaje que incluya el desarrollo de acciones médicas, médico psiquiátricas, psicológicas y sociales. Se señaló que el plan considera que la institución penitenciaria no debe ser ajena a su sociedad, ni a los debates que se lleven adelante en la Argentina contemporánea.
- Se contempla el desarrollo integrado y sistemático de acciones educativas, recreativas, culturales y deportivas de fácil incorporación para la persona privada de libertad (Ministerio de Justicia de la Nación, 1995, p. 16). Según el marco de justicia social adherido al Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional, la educación, en todos sus niveles, no emerge exclusivamente como parte de la restitución de derechos, sino también como una verdadera caja de herramientas para la vida más allá de los muros.
- El derecho a recibir asistencia espiritual por parte de las personas privadas de libertad se enmarca en el profundo, integral e individualizado proceso educativo, reeducativo y reflexivo.
- Se reafirmó que el tratamiento debe basarse en un trabajo social con el medio familiar y el entorno social. Se resalta, en este sentido, la necesidad de brindar oportunidades de trabajo remunerado y formativo como elemento constitutivo del tratamiento de las personas privadas de libertad.
- Se subrayó que la formación del personal es crucial. Los intercambios sobre este punto giraron en torno a los problemas relativos al área, a saber: las políticas penitenciarias cambiantes y la discontinuidad en los perfiles profesionales solicitados, la escasa estabilidad en la conducción de los procesos formativos, la falta de homogeneidad en la formación en los cuadros superiores, además de las

dificultades propias de «una labor no reconocida por la sociedad pero cuyas demandas afectan la vida personal, familiar y social de los agentes» (Ministerio de Justicia de la Nación, 1995, p. 26).

5. LAS POLÍTICAS PENITENCIARIAS A LA LUZ DE LAS REGLAS DE BRASILIA (2018)

Como investigadoras del campo, reconocemos al Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional como un hecho que dejó marcas consistentes en los propios actores ligados a la cárcel, principalmente, porque identifica a) la centralidad de la responsabilidad del Estado en el tratamiento de las personas privadas de su libertad ambulatoria; b) el trabajo penitenciario de manera integral y no solo como una labor orientada a reducir los índices de criminalidad y mejorar la seguridad pública; y c) la justicia social como única vía para respetar la dignidad de las personas y su derecho a acceder a oportunidades de reintegración en la comunidad.

Asimismo, y en concordancia con los preceptos de las Reglas de Brasilia (2018), consideramos que, en nuestro contexto, la privación de la libertad genera serias dificultades para que las personas encerradas ejerciten con plenitud el resto de sus derechos, dado que, por lo general, se trata de una población en la cual concurren distintas causas de vulnerabilidad contempladas dentro del mismo texto articulado.

Recuperando las motivaciones centrales explicitadas conjuntamente con la evaluación construida a lo largo del debate sobre las distintas áreas y los aportes de los estudios sociales, consideramos necesario promover reformas urgentes en aspectos que hagan efectivo el contenido de estas reglas dentro del sistema penitenciario federal argentino en cuatro aspectos. Se trata de los siguientes:

- a) Cuestión normativa: se requiere «la reforma de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario y la revisión de las últimas modificaciones de la Ley de Ejecución penal, especialmente en lo referente a la progresividad de la pena» (Ojeda, citada en Romero, 2019, párr. 5) y «la creación de un proyecto de ley específico para la regulación de la actividad laboral de las personas privadas de su libertad, y un plan de carrera para el trabajador penitenciario, sustentado en una ley que dé cuenta de la formación y capacitación del personal» (Ojeda, citada en Romero, 2019, párr. 5). Esta última también debe enfocarse en el procedimiento relativo a su ingreso, ascenso y egreso. También se requiere la urgente consideración de la perspectiva de género en términos de política institucional penitenciaria, específicamente sobre los derechos sexuales, la identidad de género, la salud sexual y reproductiva, la educación sexual integral y la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer.
- b) Infraestructura: con el fin de evaluar fehacientemente los datos de la sobrepoblación penitenciaria se propone relevar la capacidad de los establecimientos distinguiendo plazas, camas y colchones disponibles, y sus valores según las unidades de alojamiento (pabellones). Vinculado a esto, se plantea establecer un debate profundo respecto de la construcción de establecimientos penitenciarios como respuesta a la inflación de la población de personas privadas de libertad, dados los altos costos económicos que implican y el diferimiento de su finalización frente a una problemática vigente.
- c) Tratamiento: la permanencia en los establecimientos penitenciarios debe estar integrada por un conjunto de acciones significativas y constructivas en las diversas trayectorias del encierro. Para ello, deben utilizarse y disponerse todos los recursos, incluso de la comunidad científica, para que la transformación sea aprehendida y compartida por las personas privadas de la libertad sujetas al

régimen federal (Ministerio de Justicia de la Nación, 1995, p. 25). Se sugiere, además, «efectuar relevamientos sociales regulares y sistemáticos, no solo cuantitativos sino y fundamentalmente cualitativos, evitando transpolar modelos investigativos diseñados en el marco de otros contextos carcelarios y pensados desde los países centrales» (Ojeda y Di Próspero, 2019, párr. 7). De este modo, se espera perfeccionar las evidencias empíricas y los datos oficiales sobre salud, adicciones y prácticas religiosas, para así alcanzar diagnósticos más ajustados a estas problemáticas en un contexto dinámico y heterogéneo de la composición de la población privada de libertad en Argentina.

- d) Integración sectorial: esta debe lograrse a través de la vinculación y el fortalecimiento de las relaciones con organizaciones de la sociedad civil, organismos de control y agencias científicas y técnicas. En los últimos años, los investigadores del Conicet vimos interrumpidas nuestras líneas de investigación porque se nos impidió el ingreso a los establecimientos penitenciarios. Se debe implementar una política democrática de acceso a la comunidad científica, exenta de las arbitrariedades y la discrecionalidad de las autoridades de turno. Asimismo, «retomar el diálogo tanto con organismos de control como con distintas agrupaciones orientadas a la defensa de los derechos de las personas detenidas como agrupaciones de familiares, organismos de derechos humanos, y otras, es parte de esta idea de vinculación» (Ojeda y Di Próspero, 2019, párr. 7). En este caso, deberían preverse la recepción de representantes de cada uno de ellos, a fin de transmitir la intención de «establecer una política de apertura a través de una mesa de diálogo donde se discuta la modalidad de acceso a la información que cumpla con la normativa vigente al tiempo que atienda la ética y la complejidad del espacio carcelario» (Ojeda y Di Próspero, 2019, párr. 7).

6. CONCLUSIONES

Como plantean Lombraña y Pepe, «las transformaciones sociales y las crisis económicas cíclicas del capitalismo, junto con las racionalidades gubernamentales de corte neoliberal, impactan sobre todo en aquellos sectores de la población que se ubican y son producidos en los márgenes de la ciudadanía» (2018, p. 90). En efecto, en nuestro país, el deterioro del sistema público de los últimos años ha ido en detrimento del acceso a la inclusión social de

los hombres y las mujeres [...] que han transitado por instancias de detención penal, [donde] adquiere especial significancia el modo en el cual el Estado interviene en sus procesos de (re)vinculación comunitaria y en la disminución de sus niveles de vulnerabilidad [dentro de la prisión y] [...] en el período inmediatamente posterior a la recuperación de la libertad ambulatoria (Lombraña y Pepe, 2018, p. 90).

REFERENCIAS

- Campagnoli, M. (2019, 17 de julio). ¿La pena siempre debe ser la prisión? *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/opinion/la-pena-siempre-debe-ser-prision-nid2268616/>
- Centro Universitario San Martín (Cusam) (2019, 14 de agosto). Emergencia penitenciaria y criminalidad política: un debate urgente. *Noticias Unsam*. <http://noticias.unsam.edu.ar/2019/08/14/emergencia-penitenciaria-y-criminalidad-politica-un-debate-urgente/>
- Fish, S. (1980). Demonstration vs. Persuasion: Two Models of Critical Activity. In Fish, S., *Is There a Text in this Class? The Authority of Interpretive Communities* (pp. 356-371). Harvard University Press.

- Instituto de Criminología del Servicio Penitenciario Federal (2017). *Revista de Criminología*, (3), 47.
- Lombraña, A. (2015). El caso de Luis: Moralidades, emociones y dispositivo penal de «perdón». *Dilemas. Revista de Estudios de Conflicto e Controle Social*, 8(2), 329-356. <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/viewFile/7296/5875>
- Lombraña, A. y Ojeda, N. (2019). Etnografías del encierro: estudios contemporáneos del campo penitenciario. *Etnografías Contemporáneas. Revista del Centro de Estudios en Antropología*, 5(8), 7-12. <http://revistasacademicas.unsam.edu.ar/index.php/etnocontemp/article/view/480/449>
- Lombraña, A., Ojeda, N., Di Próspero, C. y Pepe, M. B. (2020a, 7 de mayo). El enemigo visible: poblaciones de riesgo en cárceles de la Argentina. *Noticias Unsam*. <http://noticias.unsam.edu.ar/2020/05/06/el-enemigo-visible-poblaciones-de-riesgo-en-carceles-de-la-argentina/>
- Lombraña, A., Ojeda, N., Di Próspero, C. y Pepe, M. B. (2020b). Entre la redención y la ruta de la inclusión. Intervenciones tratamentales de actores no estatales en cárceles bonaerenses. *Revista CS*, (32), 131-161. https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/revista_cs/article/view/4026/4064
- Lombraña, A. y Pepe, M. B. (2018). Políticas públicas orientadas a la salud mental y la inclusión social en la experiencia del programa sanitario Casa S. I. S. *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, (56), 73-92. <https://theoria.eu/nomadas/56.2018.E/lombrana-pepe.pdf>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (2016). Plan Estratégico del Servicio Penitenciario Federal 2016/2020. <https://docplayer.es/75638037-Plan-estrategico-servicio-peniten-ciario-federal.html>

- Ministerio de Justicia de la Nación (1995, 4 de abril). Decreto n.º 426/95. Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 3-27. https://ia803202.us.archive.org/16/items/Boletin_Oficial_Republica_Argentina_1ra_seccion_1995-04-04/1995-04-04.pdf
- Ojeda, N. y Di Próspero, C. (2019, 24 de noviembre). Una política penitenciaria nacional. Una contribución para la discusión urgente del sistema penitenciario y la superpoblación. *El Cohete a la Luna*. <https://www.elcohetelaluna.com/una-politica-penitenciaria-nacional/>
- 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, en abril de 2018, Quito-Ecuador].
- Romero, N. (2019, 20 de noviembre). Un encuentro para humanizar las cárceles. *Página 12*. <https://www.pagina12.com.ar/231969-un-encuentro-para-humanizar-las-carceles>



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. 2, n.º 2, enero-junio, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (online)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2.8>

El acceso a la justicia administrativa de los presos en el derecho francés

The access to administrative justice for prisoners under French law

JACQUES PETIT

Universidad de Rennes 1
(Rennes, Francia)

Contacto: jacques.petit@univ-rennes1.fr
<https://orcid.org/0000-0002-7852-5988>

RESUMEN

Este estudio se centra en el acceso de los detenidos a la justicia administrativa francesa; a propósito de ello, se evalúa la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues juega un rol determinante, especialmente cuando ejecuta las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre los derechos y las libertades de los presos, quienes deben ser detenidos en condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana. El dualismo jurisdiccional francés (judicial y administrativo) influye en la designación del juez competente que conocerá los recursos ejercitados por los detenidos para impugnar la legalidad de las medidas adoptadas en su contra u obtener una indemnización por el daño sufrido. La distribución de competencias entre los jueces administrativos y judiciales genera, regularmente, obstáculos para que

los detenidos accedan a remedios eficaces. En ese sentido, se postula que la unificación y la institución de una jurisdicción especializada en conflictos penitenciarios permitiría un mejor acceso de los detenidos a la justicia en Francia.

Palabras clave: acceso a la justicia administrativa; presos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Convención Europea de Derechos Humanos; Francia.

ABSTRACT

This study focuses on the access of detainees to French administrative justice; in this regard, the jurisprudence of the European Court of Human Rights is evaluated, as it plays a decisive role, especially when enforcing the provisions of the European Convention on Human Rights on the rights and freedoms of prisoners, who must be detained in conditions compatible with respect for human dignity. The French jurisdictional dualism (judicial and administrative) influences the designation of the competent judge to hear appeals brought by detainees to challenge the legality of the measures taken against them or to obtain compensation for the damage suffered. The distribution of competences between administrative and judicial judges regularly creates obstacles for detainees' access to effective remedies. In this regard, it is postulated that the unification and institution of a specialized jurisdiction for prison disputes would allow detainees better access to justice in France.

Key words: access to administrative justice; prisoners; European Court of Human Rights; European Convention on Human Rights; France.

Recibido: 10/01/2021 Aceptado: 15/05/2021

1. INTRODUCCIÓN

«La justicia no puede detenerse a las puertas de las cárceles», afirma solemnemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹ y, por supuesto, tiene toda la razón; no obstante, para ejercitarla, hay que hacer justicia. Para que no se detenga en las puertas de las cárceles, es necesario que los detenidos y las organizaciones que defiendan sus intereses tengan acceso a un juez. Centraremos este estudio en dicho acceso, pero no pretendemos dar una revisión completa a la problemática; al contrario, admitimos ciertos límites de alcance que indicamos a continuación.

En primer lugar, trataremos el tema desde el punto de vista del derecho francés. Sobre ello, son pertinentes dos aclaraciones: a) las cuestiones planteadas respecto del acceso de los detenidos a la justicia en Francia son, en gran medida, de alcance general en el sentido de que pueden presentarse en cualquier sistema jurídico; y b) no es posible abordar este asunto desde una perspectiva exclusivamente francesa, porque, en este ámbito, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) juega un rol cada vez más importante. En efecto, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, también conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), «no consagra en sí mismo un derecho a tener condiciones específicas de detención» (Sudre, Milano y Surrel, 2019, p. 321). En ese sentido, se diferencia de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), cuyo artículo 5.2 establece que «Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano»².

1 TEDH, 28 de junio de 1984, *Campbell c. Royaume-Uni*, A 80, § 69.

2 Cabe destacar que el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) contiene una disposición idéntica.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal ha llegado a un resultado similar al interpretar el artículo 3 de la CEDH, el cual prohíbe la tortura y las penas o los tratos inhumanos o degradantes, defendiendo el derecho de todo preso a ser detenido «en condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana»³.

Además, de manera directamente ligada a la temática de este estudio, el artículo 13⁴ de la CEDH sanciona que, para la defensa de los derechos y las libertades que se desprenden de la Convención, el preso, como cualquier otra persona, tiene un recurso efectivo ante una autoridad nacional. El desconocimiento de esta disposición, en materia penitenciaria, recientemente le ha valido a Francia una rotunda condena⁵, hecho que da fe de la relevancia que ha adquirido la CEDH en este ámbito.

Una segunda limitación del alcance de este estudio se vincula a la propia noción de «detenido». De acuerdo con su acepción habitual, designa exclusivamente a la persona recluida en un establecimiento penal. Por lo tanto, no incorpora otras categorías de personas que también son objeto de medidas de privación de libertad y que podrían incluirse en el concepto de detenido, si este fuera ampliamente comprendido.

En el derecho francés, esto afecta a los pacientes mentales hospitalizados sin su consentimiento y a los extranjeros ilegales recluidos en centros de detención. Su acceso al juez plantea problemas específicos que no consideraremos en este trabajo, pues nos limitaremos a los detenidos *stricto sensu*. Subrayamos que estos últimos se dividen en dos categorías muy diferentes, según la base jurídica de su detención: la primera (poco más de 2/3 de la población carcelaria) agrupa a las

3 TEDH, Grande Chambre, 26 de octubre de 2000, Kudla c. Polonia, n.º 3210/96, § 94.

4 El artículo 25 de la CADH realiza una sanción similar.

5 TEDH, 30 de enero de 2020, J. M. B. c. Francia, n.º 9671/15.

personas declaradas culpables de un delito y condenadas a prisión, por lo que están encarceladas en «establecimientos penitenciarios». La segunda categoría (algo menos de 1/3 de los detenidos) incluye a las personas que aún no han sido sentenciadas (y, por tanto, se presumen inocentes), pero que, por decisión de un juez o razones de seguridad, han sido puestas en prisión preventiva con el fin de investigar su caso; ellas son recluidas en «centros de prisión preventiva».

En suma, discutiremos únicamente el acceso de los detenidos a la justicia administrativa. Esto requiere algunas aclaraciones. Por razones históricas que no señalaremos, la organización de la justicia en Francia se establece sobre la distinción de dos tipos de jurisdicción: la de los tribunales judiciales, que se encarga de las disputas entre particulares y ejerce la represión penal, y la de los tribunales administrativos, que conoce de los litigios que involucran a la administración. El Consejo de Estado es el órgano supremo, pero también incluye tribunales administrativos (jueces de primera instancia) y tribunales administrativos de apelación.

Este dualismo jurisdiccional tiene importantes consecuencias para la designación del juez competente que va a conocer de los recursos ejercitados por los detenidos con el fin de impugnar la legalidad de las medidas adoptadas en su contra u obtener una indemnización por el daño sufrido. En la mayoría de los casos, la competencia recae en el juez administrativo, porque las medidas o los daños en cuestión están vinculados al funcionamiento del servicio público penitenciario, un servicio puramente administrativo, incluso si está, por definición, relacionado con la justicia penal. Sin embargo, determinadas medidas relativas a los detenidos son de la competencia del juez judicial por el vínculo directo que tienen con la ejecución de la condena o la investigación penal. Este es el caso, por ejemplo, de la decisión por la cual un juez de instrucción suspende o retira el permiso que

ha otorgado a una persona para que pueda visitar a su acompañante, quien se encuentra en prisión preventiva (Consejo de Estado, 2011, p. 165).

Esta distribución de competencias genera ciertas problemáticas, las cuales constituyen, sin duda alguna, un obstáculo para acceder a un juez de manera debida. Desde este punto de vista, al parecer, en las circunstancias específicas de un caso, el TEDH consideró que «la extrema complejidad de las reglas de competencia» (Moreau, 1980, p. 260) privó al interesado de un remedio eficaz. Esta hipótesis no se puede descartar, puesto que el Tribunal se ha pronunciado en este sentido respecto a la internación forzosa de enfermos mentales⁶ cuyo control judicial fue tradicionalmente compartido entre los dos niveles de competencia. Esta decisión del Tribunal también ha conducido al Legislador francés a unificar este conflicto en beneficio del juez judicial (Ley del 5 de julio de 2011).

En materia de conflicto penitenciario, tanto dicha unificación como la institución de una jurisdicción especializada en estos conflictos (que existe en determinados Estados europeos⁷) posibilitarían que los detenidos tengan un mejor acceso al juez. Pese a que ello se ha sugerido dentro del propio Consejo de Estado (Frydman, citado en Cassin y Waline, 2019, pp. 875-877), nunca se ha llevado a cabo una reforma de este tipo en Francia, lo cual es una lástima.

6 TEDH, 18 de noviembre de 2010, n.º 35903/35, Balduino c. Francia, §108: «El Tribunal llega a la conclusión de que, en las circunstancias muy específicas del caso, la articulación entre la competencia del juez judicial y la del juez administrativo en cuanto a los recursos ofrecidos [en materia de hospitalización forzosa de enfermos mentales] no permitió al demandante obtener una decisión de un tribunal que pudiera pronunciarse sobre la legalidad de su detención y ordenar su liberación si la detención es ilegal», como lo exige el artículo 5, § 4, de la CEDH.

7 Por ejemplo, en España, las impugnaciones de las medidas adoptadas en relación con los detenidos son, en principio, responsabilidad del juez de vigilancia de la prisión (juez de vigilancia penitenciaria). Esta jurisdicción, establecida por la Ley Orgánica General Penitenciaria del 26 de septiembre de 1979 (Título V), forma parte del sistema de justicia penal.

Ahora bien, luego de determinar el alcance de nuestro estudio, es fundamental especificar en qué circunstancia concreta surge en Francia el problema del acceso de los detenidos a los jueces administrativos. Este contexto se reconduce a la deplorable situación de las cárceles francesas, las cuales han sufrido un hacinamiento crónico durante muchos años.

Según cifras facilitadas por la Dirección de Administración Penitenciaria del Ministerio de Justicia, el 1 de enero de 2020, en las cárceles francesas fueron detenidas 70 651 personas para 61 080 puestos operativos. Como resultado, la tasa de ocupación de los centros penitenciarios fue del 116 % (138 % en los centros de prisión preventiva). Tal situación significa que dos, tres o a veces más personas tienen que compartir celdas de 9 m², mientras que más de 1600 personas duermen cada noche en colchones colocados en el suelo. A ello se suma, para muchos establecimientos, el estado ruinoso, sucio e insalubre del local, actividades insuficientes, mala higiene, ruido permanente y dificultades para acceder a la atención. En efecto, hay diversos factores de tensión y violencia. No es exagerado afirmar que algunos establecimientos son un verdadero infierno⁸. En estas condiciones, no es de extrañar que el TEDH haya condenado en múltiples ocasiones a Francia por sus condiciones de detención, pues violaban el artículo 3 de la CEDH.

Evidentemente, este contexto revela que la tutela judicial efectiva de los derechos de los detenidos, sobre todo de sus derechos fundamentales, es especialmente necesaria. A propósito de ello, nos interesan dos problemáticas: la primera alude a la existencia de recursos disponibles para los presos ante los tribunales administrativos, mientras que la segunda se refiere a si estos recursos garantizan efectivamente los derechos fundamentales de las personas en prisión.

8 Véase la descripción alucinante de las condiciones de vida en el centro penitenciario de Ducos (Martinica) en la sentencia de la TEDH del 30 de enero de 2020, J. M. B. y otros contra Francia, antes citada, §16.

2. EL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA DE LOS DETENIDOS

En este primer campo, la situación ha cambiado drásticamente desde finales del siglo XX: hasta ese momento, el acceso de los internos al juez administrativo era, si no inexistente, al menos muy limitado; parafraseando la frase del TEDH citada al comienzo de este estudio, la justicia administrativa se detuvo a las puertas de las cárceles. Desde la década de 1990, por el contrario, ha ido entrando cada vez más en el mundo carcelario. Estos dos puntos merecen ser retomados sucesivamente para aclarar por qué y cómo ocurrió tal cambio y medir su magnitud.

2.1. La tradicional debilidad del acceso de los reclusos a los jueces administrativos

Por idénticas razones, pero según distintas modalidades legales, esta debilidad se refería a las posibilidades de impugnar la legalidad de las medidas tomadas por la Administración penitenciaria en relación con los reclusos y obtener una indemnización por los daños a causa del mal funcionamiento del servicio público penitenciario.

2.1.1. La débil posibilidad de impugnar la legalidad de las medidas adoptadas por la Administración penitenciaria en relación con los presos

Según la jurisprudencia de larga data del Consejo de Estado, los actos de la Administración que constituyan «medidas internas» no son susceptibles de recurso por abuso de poder. Por tanto, es imposible impugnar su legalidad ante el juez administrativo. La calificación jurídica de «orden interno» excluye, por ende, cualquier acceso a este juez, al menos en el ámbito de los conflictos de legalidad.

Las razones de la falta de justificabilidad de esta categoría de medidas administrativas surgen de la definición clásica planteada por

Raymond Odent (2007, p. 982, t. I), la cual no es unánime dentro de la doctrina francesa; en realidad, la teoría jurídica del orden interno da lugar a controversias. Sin embargo, dicha definición merece tenerse en cuenta, principalmente por la calidad profesional de su autor, quien fue presidente de la sección procesal del Consejo de Estado, ejerció cierta influencia en su jurisprudencia y la sintetizó en la definición aludida. Según esta última, las medidas internas son medidas individuales que tienen tres características: a) son exclusivamente internas de la administración que las implementa; b) no tienen algún efecto sobre la situación jurídica de sus destinatarios y c) se subordinan al poder discrecional de la Administración.

Junto con el ejército y la escuela, la prisión ha sido históricamente uno de los campos de elección para la noción de «orden interno». En otras palabras, desde hace mucho tiempo se considera que las medidas de la Administración penitenciaria con respecto a los presos satisfacen plenamente los tres criterios de este concepto. Primero, son aplicadas por los jefes de los establecimientos penitenciarios (o sus delegados) para asegurar el orden dentro de ellos. Esta idea fue expresada mediante la Ordenanza Real del 23 de diciembre de 1832 sobre las penitenciarías militares; dicho documento presentó estas penas como «medios de orden y policía interna». Luego, durante un largo período, las leyes y los reglamentos limitaron muy poco la actividad de los centros penitenciarios. De ello se derivaron dos consecuencias: un amplio poder discrecional en beneficio del jefe del establecimiento y la falta de una verdadera personalidad jurídica del detenido, hecho que llevó a considerar que las medidas tomadas respecto de su persona no afectaron de forma alguna su situación jurídica.

En estas condiciones, no parece nada extraño que el Consejo de Estado haya dictaminado que la sanción⁹, la prohibición de la

9 CE, 28 de julio de 1932, *Sieur Brunaux*, *Compil.*, p. 816; CE, sect., 4 de mayo de 1979, *Comité de Acción de Prisioneros*, *Compil.*, p. 182.

correspondencia con determinadas personas¹⁰ o incluso el traslado de un interno de un establecimiento a otro¹¹ no fueran decisiones apelables. Esta posición aún se mantuvo en 1984¹² en lo que se refiere a la ubicación de un detenido en un «distrito de mayor seguridad», hecho que ocasionó un aislamiento casi total y se realizó de una manera contundente: la sentencia fue dictada por el más alto nivel del Consejo de Estado (la Asamblea del Contencioso), mientras el comisionado de Gobierno había fallado a favor de la admisibilidad del recurso por exceso de poder.

Por supuesto, como todas las categorías jurídicas, aquella de «medida interna» está «impulsada ideológicamente» (Bienvenu, 1985, p. 158), al igual que su aplicación a la prisión. Esta sustancia ideológica comprende tres componentes vinculados: la concepción global del derecho administrativo, la idea del juez sobre la misión de la Administración penitenciaria y la representación social dominante del preso.

En la tradición francesa, el objetivo prioritario del derecho administrativo (y del juez administrativo que, en gran medida, ha desarrollado esta ley y supervisa su cumplimiento) no es tanto limitar las prerrogativas del Gobierno para proteger los derechos individuales, sino, más bien, que posibilite a la Administración ejercer eficazmente los deberes de interés general que le competen. Por tanto, el régimen jurídico y el control judicial aplicable a la Administración penitenciaria dependen, principalmente, del modo en el cual el juez concibe el deber de esta última. Este diseño se puede presentar, a grandes rasgos, de la siguiente manera: debido a su peligrosidad,

10 CE, 2 de marzo de 1938, Abet, Compil., p. 224.

11 CE, 8 de diciembre de 1967, Kayanakis, Compil., p. 475.

12 CE, ass., 27 de enero de 1984, Caillol, concl. B. Genevois, Compil., p. 28, RDP, 1984, p. 483 et s.

los detenidos han sido apartados de la sociedad civil y sus reglas, de modo que conforman una comunidad separada.

De acuerdo con lo anterior, el papel de la Administración penitenciaria es, fundamentalmente, garantizar la disciplina dentro de las cárceles para que el orden y la seguridad sean respetados. En ese sentido, el director está en una posición mucho mejor que el juez para evaluar lo que se debe hacer con este fin; por ello, es imprescindible dejarle una gran libertad de acción sin obstaculizarlo ni por un marco jurídico preciso de sus competencias, ni por la consagración de derechos en beneficio de los detenidos (que, además, no podrían beneficiarse de los derechos reconocidos a los miembros de la sociedad civil de la que ya no son parte), ni permitir impugnaciones legales a sus decisiones. Dicho control corre el riesgo de socavar su autoridad.

Así, la inmunidad jurisdiccional frente a los actos de la Administración penitenciaria fue consagrada por el Consejo de Estado porque le pareció «esencial para el mantenimiento del orden interno en los establecimientos penitenciarios» (Péchillon, 1998). Cabe recalcar que estas consideraciones también se encuentran en la base de la limitación de la responsabilidad de la Administración penitenciaria.

2.1.2. La débil posibilidad de obtener una indemnización del juez por los daños causados por el mal funcionamiento del servicio público penitenciario

En primer lugar, para evitar cualquier ambigüedad, conviene enfatizar que, en términos de responsabilidad, la limitación tradicional del acceso de los detenidos a los tribunales administrativos no se basa en el mismo fundamento jurídico de los conflictos de legalidad. A diferencia del recurso por exceso de poder, la acción de responsabilidad nunca ha sido considerada inadmisibles en materia penitenciaria, excepto cuando su objeto haya sido obtener una indemnización por los daños

ocasionados por una medida interna de la cual el demandante invocó el carácter ilegal y, por tanto, defectuoso¹³. No obstante, en el fondo, tenía muy pocas posibilidades de éxito, ya que las condiciones para responsabilizar al Estado por los daños causados por su actividad carcelaria eran muy estrictas. En otras palabras, se le habría de remitir al juez administrativo, pero, en la mayoría de los casos, cuando esto sucedió, esta remisión resultó ser un rechazo sobre el fondo.

Los fundamentos de esta limitación de la responsabilidad pública en materia penitenciaria son los mismos que los de la política jurisprudencial del Consejo de Estado sobre el orden interno. En lo que corresponde a la responsabilidad, la tradición francesa del derecho administrativo centrada en la administración sigue el criterio de que el régimen de responsabilidad sea aplicable a un servicio público con variación según su naturaleza y el equilibrio adecuado para equilibrar los «derechos del Estado» y los «derechos de los privados» con el fin de utilizar las fórmulas fundacionales de la sentencia Blanco¹⁴. ¿Qué aporta esta lógica cuando se aplica al servicio público penitenciario? Como hemos visto, en su concepción clásica, este último tiene como objetivo garantizar el orden y la seguridad en las cárceles. Se consideró que esta función tenía tres características: está vinculada a las atribuciones de soberanía del Estado (justicia y policía), responde a un interés social primario y, por último, es muy complejo de cumplir. Por ende, se trata de un ámbito donde es necesario ampliar los «derechos estatales», a los cuales difícilmente se pueden oponer los «derechos de los privados», ya que los detenidos no tienen un estatus jurídico que les garantice dichos derechos.

13 Véase CE, 10 de marzo de 1982, Taddei, ECR p. 534; CE, 20 de febrero de 1989, Mollaret, Dr. Adm. 1989, n.º 178. El Consejo de Estado pareció decidir lo contrario en su sentencia sobre Speyer (CE, sect., 9 de junio de 1978, ECR, p. 237), pero no se le dio seguimiento a esta.

14 Tribunal des Conflits, 8 de febrero de 1873, D. 1873, 3, 20, concl. David.

En estas condiciones, el régimen de responsabilidad aplicable al servicio público penitenciario solo podría ser muy restrictivo. Por supuesto, a partir de 1918, el Consejo de Estado renunció al principio de irresponsabilidad que había imperado hasta entonces, pero subordinó la responsabilidad así admitida a la existencia de «falta manifiesta y particularmente grave»¹⁵. Como era previsible, esta condición se ha cumplido en casos excepcionales (maltratos graves¹⁶ o ejecuciones sumarias de presos) cometidos por personas ajenas al servicio, bajo la vigilancia pasiva de sus agentes¹⁷. Desde mediados de la década de 1950, el Consejo de Estado suavizó un poco su posición, reemplazando el requisito de «falta manifiesta y particularmente grave» por el de «falta grave»¹⁸; no obstante, el compromiso de la responsabilidad estatal ha sido raro.

2.2. El desarrollo reciente del acceso de los reclusos a los jueces administrativos

Este desarrollo puede explicarse por los conflictos de legalidad y responsabilidad; sin embargo, no se manifiesta de la misma manera en estos dos ámbitos: en el primero, se perfila como la reducción del alcance del concepto de orden interno, mientras que en el segundo, como el abandono por negligencia grave.

2.2.1. Contencioso de legalidad: reducción del ámbito de aplicación de las medidas de orden interno

El punto de partida para cuestionar la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado que impidió a los detenidos acceder al juez

15 CE, 4 de enero de 2018, Mineur Zulemaro, Compil., p. 6; CE, 4 de enero de 2018, Mineur Duchesne, Compil., p. 8.

16 Véase CE, 9 de enero de 1953, demoiselle Courtieu, Compil., p. 11.

17 Por ejemplo, véase CE, 10 de noviembre de 1950, Dame veuve Desjardins, Compil., p. 549.

18 CE, sect., 3 de noviembre de 1958, Rakotoarinovy, Compil., p. 470.

encargado de ver los recursos por exceso de poder, al calificar las medidas adoptadas en su contra como medidas de orden interno, se encuentra en la sentencia Marie, dictada por la Asamblea del Contencioso el 17 de febrero de 1995¹⁹. Es necesario precisar el significado y el alcance de la jurisprudencia que se ha desarrollado a partir de esta decisión de principio. La noción de «medidas de orden interno» no ha desaparecido del derecho administrativo francés en general, ni del régimen jurídico del servicio público penitenciario en particular. No obstante, su ámbito de aplicación se ha reducido considerablemente, lo que significa que cada vez más decisiones tomadas por la Administración penitenciaria han sido consideradas susceptibles de apelación por exceso de poder; correlativamente, en cuanto a sus actos, se han redefinido los criterios que permiten distinguir las medidas de orden interno y las decisiones objeto de recursos.

A continuación, se especificarán las razones de este desarrollo jurídico; luego, explicaremos cómo surgió.

a) Las razones de la reducción del alcance de las medidas de orden interno

Como se ha evidenciado, el estado del debate jurídico anterior a la sentencia Marie (1995) fue parte de una política jurisprudencial contraria a la intervención del juez administrativo en materia penitenciaria; a partir de ello se concluye que todas las medidas administrativas tomadas en este ámbito presentan características que justifican su injusticiabilidad (objetos puramente internos, ausencia de efectos sobre la situación jurídica y poder discrecional). Esta política jurisprudencial incluía tres elementos estrechamente vinculados, propios de la concepción global del derecho administrativo, el papel de la prisión y la situación del recluso.

19 CE, ass., 17 de febrero de 1995, *Compil.*, p. 82, concl. P. Frydman.

Dos acontecimientos jurídicos y políticos han imposibilitado que esta tradicional reticencia del Consejo de Estado «ingrese en el mundo carcelario» (Guyomar, 2009, p. 471). El primero, muy global, radica en la dinámica del desarrollo de los derechos individuales y, en particular, de los derechos fundamentales. En el derecho administrativo, esto se traduce de dos maneras: en principio, tiende a cambiar la concepción general del derecho administrativo sustantivo, ya que el centro de gravedad de este último está pasando de las prerrogativas administrativas a los derechos de los ciudadanos. Por otro lado, en el ámbito contencioso, la exigencia de una garantía efectiva de derechos conlleva una ampliación del control judicial de la acción administrativa. La pérdida generalizada de valor de las medidas de orden interno no solo se manifiesta en materia penitenciaria, sino también en el ejército y las instituciones educativas.

A este cambio se suma uno segundo, que se refiere a la naturaleza de la institución penitenciaria y su rol, así como a la representación social dominante del recluso. En general, se ha cuestionado la idea de que la prisión sea una institución ajena a la sociedad y su ordenamiento jurídico. Este desarrollo incluye varios elementos. A una primera concepción según la cual el recluso, por su peligrosidad, debe estar sujeto al poder de la Administración penitenciaria y no puede reclamar el beneficio de los derechos de los miembros de la sociedad que lo excluyó le sucede una nueva concepción, muy diferente, la cual sostiene que el preso, con excepción de la libertad de ir y venir, conserva todos los derechos inherentes a la calidad de persona humana. Esta posición se encuentra en la base de la jurisprudencia del TEDH en materia penitenciaria.

Naturalmente, esto implica que los detenidos puedan ejercer los recursos jurisdiccionales necesarios para proteger sus derechos fundamentales. Esta concepción de un «ciudadano-preso» ha dado lugar a un marco jurídico creciente de las competencias de la Administración

penitenciaria, que incluye un desarrollo de las garantías y los derechos ofrecidos a los presos. En estas circunstancias, ya no es posible argumentar que las medidas adoptadas puedan ser totalmente discrecionales.

El desarrollo aquí descrito también ha motivado un cambio en la concepción del papel de la Administración penitenciaria. En el estado actual del debate jurídico, la misión de esta última está definida en el artículo 1 de la Ley de Prisiones del 24 de noviembre de 2009, según el cual:

El servicio público penitenciario participa en la ejecución de las decisiones penales. Contribuye a la integración o reintegración de las personas que le encomiende la autoridad judicial, a la prevención de la reincidencia y a la seguridad pública, respetando los intereses de la sociedad, los derechos de las víctimas y de las personas detenidas. Esto es organizado de tal manera que se asegure la individualización y adecuación de las penas de los condenados.

Esta definición muestra claramente que el servicio público penitenciario debe conciliar los fines de interés general que se persiguen con el respeto a los derechos de los presos. Este requisito es desarrollado en el artículo 22 de la misma ley, el cual establece que

la Administración penitenciaria garantiza a todas las personas detenidas el respeto a su dignidad y sus derechos. El ejercicio de estas potestades no podrá estar sujeto a restricciones distintas de las derivadas de las limitaciones inherentes a la detención, el mantenimiento de la seguridad y el buen orden de los establecimientos, la prevención de la reincidencia y la protección de los intereses de las víctimas. Estas restricciones tienen en cuenta la edad, el estado de salud, la discapacidad y la personalidad del detenido.

Cabe destacar que estas fórmulas se inspiran directamente en la jurisprudencia de la Corte. Este último ha sido un factor esencial en

el cambio de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Por lo tanto, merece ser considerado, sobre todo porque se ha ido incrementando su influencia en la determinación de los recursos judiciales que deben estar disponibles para los detenidos.

Subrayamos que los detenidos son, en principio, titulares de los derechos establecidos por la CEDH y, en especial, del derecho a la vida (artículo 2) y el derecho a no ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 3). El TEDH adopta una concepción amplia de las obligaciones que estos dos derechos conllevan para los Estados. Así, el derecho a la vida les impone no solo la obligación negativa de abstenerse de matar «intencionalmente» o mediante un «uso de la fuerza» (artículo 2 de la CEDH), sino también la obligación positiva de implementar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas bajo su jurisdicción, incluso frente a riesgos o conductas que no les sean imputables.

En el mismo sentido, en virtud del artículo 3, el Estado tiene el deber de no someter a las personas a los tratamientos prohibidos por este texto y aplicar todas las medidas para cumplir efectivamente esta prohibición, inclusive en las relaciones entre particulares. Este concepto amplio se implementa de manera específica con respecto a los detenidos, porque, según las fórmulas constantes de la jurisprudencia del TEDH, ellos están «enteramente bajo el control de las autoridades» y, «dada su vulnerabilidad», estas tienen «el deber de protegerlos».

Advertimos la completa inversión de perspectiva de tal representación del preso, en comparación con la concepción tradicional del derecho francés, dado que el Estado de derecho protege a la sociedad del preso, pero él es también una persona vulnerable que debe ser protegida. De esta forma se refuerzan las obligaciones positivas de este último. En el campo del derecho a la vida, el Tribunal requiere que el Estado proteja a las personas vulnerables tanto de las acciones

de otros (especialmente, las de los codetenidos) como de las de ellas mismas, evitando sus suicidios²⁰. Con respecto al artículo 3, la Corte lo interpretó en el sentido de exigir al Estado

asegurar que todo preso sea detenido en condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana, que los métodos de ejecución de la medida no sometan a la persona en cuestión a angustias o penurias de una intensidad que supere el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención y que, habida cuenta de los requisitos prácticos de encarcelamiento, salud y bienestar del preso, están adecuadamente asegurados, en particular mediante la administración de la atención médica requerida²¹.

En el concepto de orden interno, el impacto de reconocer a los detenidos como titulares de derechos garantizados por la CEDH se deriva del artículo 13 de la misma. Según esta disposición, «toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en la Convención hayan sido violados tiene derecho a un recurso efectivo ante un organismo nacional». Cabe señalar que son estos recursos internos efectivos los que deben agotarse antes que cualquier remisión a la Corte (artículo 35 §1 de la CEDH). Por supuesto, el foro al que se refiere el artículo 13 no tiene por qué ser un tribunal, pero lo es en la mayoría de casos.

Ahora bien, en sus conclusiones sobre la sentencia Marie (1995), Frydman, el comisionado del Gobierno, señaló que todo preso que sostenga de manera plausible que una medida adoptada por la Administración penitenciaria ha violado sus derechos convencionales debe poder impugnar su validez, en la práctica, ante un juez. Así, incluso después de la revocación de la jurisprudencia provocada por la sentencia Marie²², Francia fue condenada por ignorar el artículo 13,

20 Véase TEDH, 16 de noviembre de 2000, Tanribilir c. Turquía, § 70.

21 TEDH, Grande Chambre, 26 de octubre de 2000, Kudla c. Polonia, n.º 3210/96, § 94.

22 *Compil.*, p. 91.

la calificación de determinadas medidas susceptibles de infringir el artículo 3²³ o el 8²⁴ de la Convención (derecho al respeto de la vida privada y familiar) como medidas internas. Esto significa que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ejerce una presión constante sobre el alcance de este concepto y la definición de sus criterios.

b) Las modalidades de reducción del alcance de las medidas internas

En el estado actual del debate jurídico, según se desprende de la sentencia Marie, aclarada en el 2007²⁵, el juez, para determinar si una medida constituye o no una medida interna, considera dos elementos: la gravedad de sus efectos tanto en la situación jurídica (vulneración de derechos y libertades) como en la situación material del detenido y la «naturaleza» de la medida, que incluye su objeto, su calificación jurídica (sanción disciplinaria o medida adoptada en interés del servicio, por ejemplo) y el grado de precisión de su marco jurídico. La implementación de estos criterios ha tenido como resultado un claro declive en el alcance de la noción de «medidas de orden interno».

Además, con el objetivo de que las soluciones de la jurisprudencia sean más seguras y previsibles, sobre todo para los detenidos y sus abogados, el juez, sobre la base de los dos criterios, trata de determinar las categorías de actos que son siempre susceptibles de apelación. Este es el caso, por ejemplo, de las decisiones de aislar a un recluso con fines disciplinarios²⁶ o preventivos²⁷; las medidas para el traslado de un recluso de una institución penitenciaria a un centro de prisión

23 TEDH, 27 de enero de 2005, Ramírez Sánchez c. Francia.

24 TEDH, 12 de junio de 2007, Frérot c. Francia.

25 CE, ass., 14 de diciembre de 2007, *Ministre de la Justice c. Boussouar*, *Compil.*, p. 495, RFDA, 2008, p. 87, concl. M. Guyomar.

26 CE, 30 de julio de 2003, *Ministre de la Justice c. Remli*, *Compil.*, p. 366.

27 CE, 17 de diciembre de 2008, sección francesa de l'Observatoire international des prisons, JCP 2009.II.10049.

preventiva, donde las condiciones de detención son más estrictas²⁸; o las decisiones por las cuales el titular de un centro penitenciario establece las modalidades esenciales para la organización de las visitas a los detenidos²⁹.

Por el contrario, la jurisprudencia identifica categorías de actos que, normalmente, son medidas internas no sujetas a un recurso de apelación, como los cambios en la asignación de un interno entre establecimientos de la misma naturaleza que, *a priori*, no modifican las condiciones de detención³⁰. Sin embargo, una medida que pertenezca a dicha categoría puede eludir la calificación de medida interna si, tras un análisis en concreto, parece que conduce, en las circunstancias del caso, a un cuestionamiento de los derechos y las libertades fundamentales de los detenidos³¹.

2.2.2. Contencioso de responsabilidad: abandono por negligencia grave

En este ámbito, las posibilidades de éxito de un recurso judicial, minimizadas por el requisito de negligencia grave, se han mejorado al abandonar este último en favor de cualquier falta. Esta evolución es el resultado de una serie de sentencias dictadas a partir de 2003. En cuanto al suicidio de los detenidos por las condiciones de detención o la falta de supervisión, el Consejo de Estado ha aceptado asumir la responsabilidad del Estado por una sucesión de faltas que, aisladamente, no eran de especial gravedad³² y, luego, a razón de una falta simple³³. Esta solución no se limitó al supremo daño máxime que es la muerte

28 CE, ass., 14 de diciembre de 2007, *Ministre de la Justice c. Boussouar*, préc.

29 CE, 26 de noviembre de 2010, *Ministre de la Justice c. Bompard*, AJDA 2010, p. 678.

30 CE, ass., 14 de diciembre de 2007, *Boussouar*, préc.

31 Por ejemplo, véase CE, 9 de abril de 2008, *Rogier*, *Compil.*, p. 800.

32 CE, 23 de mayo de 2003, *Mme Chabba*, n.º 244663, *Compil.*, p. 240.

33 CE, 9 de julio de 2007, *M. Calude D*, n.º 281205.

del recluso; más bien, se amplió incluso a los daños a la propiedad de los detenidos; por consiguiente, su alcance es general.

Las causas de este cambio muy afortunado en el estado del debate jurídico son dos: en primer lugar, las razones que explican la reducción del alcance del concepto de orden interno también justifican el abandono de la negligencia grave y, en segundo lugar, este abandono forma parte de un movimiento para reducir el ámbito de aplicación de este requisito, pues el Consejo de Estado también ha renunciado a la negligencia grave en actividades que, como la de la gestión penitenciaria, se consideraban difíciles y presentaban un carácter regio (policía administrativa y servicio público fiscal).

Cabe recalcar que este desarrollo jurisprudencial no significa que la consideración de las características del servicio público y la búsqueda del equilibrio entre las prerrogativas del Estado y los derechos de los particulares haya desaparecido del ámbito penitenciario.

El juez tiene en cuenta las «condiciones especiales para el desempeño de las funciones de la Administración penitenciaria» (Conseil d'Etat, 2017, p. 9) para determinar si la conducta de esta última fue o no culpable. Por ejemplo, en un caso juzgado el 2008³⁴, un centro penitenciario implementó un método de detención consistente en dejar las celdas abiertas durante el día para promover un clima de relajación. En este contexto, se robaron los bienes que un detenido guardaba en su celda. Este solicitó una reparación al Estado invocando la culpa que habría cometido la Administración al no poner en marcha medidas especiales de protección a los bienes de los detenidos (solo se habían realizado patrullajes en el edificio donde se encontraba la celda del interesado). La sentencia se niega a ver en este hecho una falta, argumentando que «dadas las limitaciones que pesan sobre el

34 CE, 9 de julio de 2008, *Ministre de la Justice c. M. miloud B*, n.º 306666.

servicio público penitenciario, la organización de métodos de detención consistente en dejar las celdas abiertas durante el día [...] no podía subordinarse a la asignación permanente de supervisores a cada piso».

El juez también analiza la situación específica de los detenidos y sus derechos. La jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado por las condiciones de detención que atentan contra la dignidad humana ofrece un buen ejemplo. Se trata tanto de la culpa como del daño; la culpa existe cuando se establece un atentado contra la dignidad humana. Esta situación traslada la problemática a los criterios para evaluar tal infracción. En primer lugar, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, esta valoración se basa en «la situación de total dependencia de las personas detenidas frente a la Administración penitenciaria»³⁵.

Sobre esta base, al determinar si las condiciones de detención son incompatibles con la dignidad humana, el juez considera dos conjuntos de factores: los primeros se refieren a la vulnerabilidad del preso a causa de su edad, su estado de salud, su personalidad, y su posible minusvalía; mientras que los segundos, a la naturaleza y la gravedad de los incumplimientos cometidos, puesto que deben ser condiciones de encarcelamiento respetuosas con la dignidad (por ejemplo, el área de las celdas en relación con el número de personas que las ocupan, las condiciones higiénicas, la ventilación y la iluminación, etc.). Para valorar estas deficiencias, el juez también tiene en cuenta, en concordancia con la lógica del equilibrio imperante en materia de responsabilidad, «las limitaciones que implica el mantenimiento de la seguridad y el orden en los establecimientos penitenciarios»³⁶. En definitiva, «estos propósitos tan amplios permiten [...] al juez, casuísticamente, llegar a limitar la responsabilidad del

35 CE, sect., 3 de diciembre de 2018, n.º 412010, AJDA 2019, p. 279.

36 CE, sect., 3 de diciembre de 2018, op. cit.

Estado»³⁷; sin embargo, en el ámbito del daño, el compromiso de esta responsabilidad es facilitado por la solución jurisprudencial según la cual un atentado a la dignidad genera «por sí mismo, un daño moral a la persona víctima»³⁸. Esto significa que no hay razón para exigirle «elementos que demuestren el alcance y la realidad del daño [...]». Dichos elementos solo podrían ser los mismos que se tomaron en cuenta para valorar y establecer»³⁹ un atentado a la dignidad; en otras palabras, el daño se fusiona con la culpa.

Como veremos ahora, esta jurisprudencia fue considerada por el TEDH para determinar si la acción de responsabilidad iniciada por la ley francesa era, con vistas a la protección del artículo 3 de la CEDH, un recurso efectivo en el sentido del artículo 13 de esta convención.

3. LA EFECTIVIDAD DEL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA DE LOS DETENIDOS

La problemática central aquí es si los recursos disponibles para los detenidos por el derecho francés, ante el juez administrativo, posibilitan la protección efectiva de sus derechos fundamentales, sobre todo en lo que respecta a la forma bajo la cual el TEDH considera la efectividad del recurso requerido por el artículo 13 de la CEDH.

Esta cuestión, que puede parecer puramente técnica en un litigio, es, en primer lugar, política: depende de la concepción de la función del juez administrativo y la relación de este con el Parlamento, el Gobierno y la Administración; es decir, como siempre sucede en el derecho, las soluciones de la técnica jurídica nunca son neutrales y reflejan opciones ideológicas.

37 Schmitz, J. «Responsabilité de l'Etat en raison de conditions de détention», AJDA 2017, p. 637.

38 CE, sect., 3 de diciembre de 2018, op. cit.

39 Concl. E. Bokdam-Tognetti sur CE, 5 de junio de 2015, n.º 370896.

Desde esta perspectiva y tratando de no separar los datos técnicos de su sustrato político, se examinará la cuestión de la eficacia de los remedios. Es indiscutible que, en este ámbito, se han realizado importantes avances, estrechamente ligados a un cambio profundo en el modelo francés de justicia administrativa; no obstante, a los ojos del Tribunal, siguen siendo insuficientes respecto a la garantía del derecho de los presos a no pasar por condiciones de detención incompatibles con la dignidad.

3.1. Progresos en la efectividad

Las respuestas clásicas a las problemáticas políticas expuestas anteriormente (función del juez administrativo, relación de este último con los poderes Legislativo y Ejecutivo) fundaron el modelo francés de justicia administrativa, el cual se desarrolló hasta fines del siglo XX. Con este se vincula la organización técnica de un sistema de denuncias que, a pesar de sus méritos, reveló graves deficiencias en la protección de los derechos fundamentales, al menos en lo que respecta a requisitos contemporáneos.

Desde finales del siglo XX, los poderes públicos y el Consejo de Estado han querido remediar esta situación, estableciendo nuevos recursos legales y ampliando las competencias del juez. Las reformas técnicas que tuvieron lugar son inseparables de una nueva concepción de la función del juez y su relación con el poder político y administrativo. De esta forma, demuestran el establecimiento de un nuevo modelo de justicia administrativa, aunque la profundidad del cambio está abierta a discusión.

3.1.1. Las deficiencias de los remedios tradicionales

Los remedios clásicos en cuestión son los antes mencionados: remedios por exceso de poder y responsabilidad. Desde el punto de vista de la protección efectiva de los derechos fundamentales y de los

detenidos, sus deficiencias no se deben al azar, sino que simplemente no fueron diseñados para este propósito.

Así como en la tradición francesa el derecho administrativo sustantivo se centra en la administración, en el modelo clásico francés de justicia administrativa, la función de esta última no es principalmente proteger los derechos y las libertades, sino regular la actuación de la administración en el interés público. Por ello, el juez administrativo, aunque distinto e independiente del Gobierno, está relacionado con él (sobre todo a través de la función consultiva del Consejo de Estado): este vínculo es la garantía de que el juez cumplirá correctamente su función reguladora.

El recurso judicial imprescindible al servicio de esta función es el recurso por exceso de poder. En una frase célebre, Gaston Jèze (1929) lo presentó como «el arma más eficaz, más económica y más práctica que existe en el mundo para defender las libertades individuales» (p. 180). Este entusiasmo delata un error de perspectiva. Según su concepción clásica, implementada a principios del siglo XX, durante el establecimiento de la Tercera República, el recurso al exceso de poder no es una institución liberal, destinada específicamente a defender las libertades de los individuos; más bien, constituye una vía de derecho de espíritu republicano, es decir, un instrumento puesto a disposición de los ciudadanos para asegurar, en el interés general, el sometimiento de la administración a la ley. De hecho, solo de forma indirecta, a partir de la Tercera República y, en especial, debido a que el Legislador consagró las libertades, el remedio por exceso de poder consiguió una protección de estas libertades; sin embargo, ya que este instituto no fue diseñado para tal finalidad, generó deficiencias importantes.

En efecto, el remedio por exceso de poder permite obtener la nulidad de una decisión administrativa que hace ilícita la expectativa de

un derecho fundamental, pero no es suspensivo y, dados los plazos para la sentencia, la anulación se realiza mucho después de que la decisión se haya ejecutado en su totalidad; por consiguiente, es frecuente que se produzca una violación irreversible de un derecho fundamental. Al respecto, resulta muy revelador que un argumento comúnmente esgrimido a favor del mantenimiento de la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado, en materia de medidas internas, consistiera en decir que, teniendo en cuenta el momento en que se interviene, el control de legalidad difícilmente sería útil de todos modos. En el caso de Marie, la demandante apeló contra una decisión del 29 de junio de 1987 que impuso la sanción de prisión por un período de ocho días. El juzgado administrativo, en primera instancia, había fallado el 29 de febrero de 1988 y el Consejo de Estado pronunció la nulidad varios años más tarde, el 17 de febrero de 1995.

No obstante, en materia penitenciaria, el recurso de abuso de poder no es del todo inútil por tres razones, que detallamos: en primer lugar, puede tener una virtud educativa y disuasoria en la medida en que

cuando se dicta una decisión judicial y parece apuntar a una disfunción de la Administración penitenciaria, la decisión se difunde a través de la jerarquía interna a todos los establecimientos, acompañada de una nota que explique las disposiciones a implementar (Bouju, 2005, p. 605).

En segundo lugar, la escasa eficacia del remedio por exceso de poder se debe a medidas individuales. Por el contrario, de acuerdo con su naturaleza «objetiva», el remedio por exceso resulta útil para impugnar las medidas regulatorias relativas a la organización y el funcionamiento del servicio público penitenciario. Ello se debe a que la concepción muy amplia del interés de actuar en el litigio de la extralimitación de poder facilita que las organizaciones que defienden los intereses colectivos de los presos actúen de esta manera contra este

tipo de medidas. Esto es lo que hace habitualmente la sección francesa del Observatorio Internacional de las Prisiones⁴⁰.

Por último, en términos de decisiones individuales, la determinación, incluso tardía, de una ilegalidad por parte del juez de exceso de poder puede invocarse en apoyo de una acción de responsabilidad y dar lugar a una indemnización para el interesado, especialmente porque este hallazgo tiene la autoridad absoluta de cosa juzgada y, por lo tanto, requiere un juez de responsabilidad.

Esto conduce al segundo recurso «clásico»: el recurso de responsabilidad. Por supuesto, no es inútil en la medida en que posibilita compensar los efectos nocivos de una vulneración de los derechos fundamentales, pero impide prevenir o finalizar un ataque en curso. También encontraremos la cuestión sobre recursos efectivos en términos de condiciones indignas de detención.

Cabe añadir que los procedimientos de emergencia, que habrían permitido proteger los derechos fundamentales a la espera de que el juez se pronunciara sobre el fondo, resultaron ineficaces. Este fue el caso, en especial, de la suspensión de la ejecución, la cual faculta al juez por exceso de poder para suspender la ejecución de la decisión impugnada ante él. Sujeto a condiciones estrictas, esta suspensión se concedió muy raramente.

Las autoridades públicas y el juez estaban motivados por la preocupación de no debilitar las prerrogativas administrativas. Esta preocupación contribuyó a explicar una segunda insuficiencia del recurso por exceso de poder, la cual se derivó de la negativa del juez a reconocer un poder de medida cautelar para asegurar la ejecución de las nulidades dictadas. Ahora bien, este rechazo fue coherente con la función, principalmente asignada al recurso por exceso de poder,

40 Véase, por ejemplo, CE, 12 de diciembre de 2018, n.º 417244.

de defender la legalidad objetiva, ya que, para restablecerla, basta con aniquilar aquello que es ilegal. Sin embargo, desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales, puede ser muy útil prescribir positivamente las medidas que implica la cancelación, cuando son necesarias para la realización de estos derechos. En esa línea, el otorgamiento al juez administrativo de la medida cautelar fue una de las reformas destinadas a hacer más efectivos los recursos interpuestos ante los tribunales administrativos.

3.1.2. El establecimiento de los remedios más eficaces

El modelo clásico de justicia administrativa francesa ha sufrido un cambio profundo desde finales del siglo XX. Las razones son bien conocidas: una demanda social de mayor protección de los derechos individuales, transmitida por los derechos europeos, especialmente la ley de la CEDH (la exigencia del derecho a un recurso efectivo es central), y por la jurisprudencia del Consejo Constitucional. Asimismo, otros motivos fueron la competencia del juez jurisdiccional y, en reacción, la voluntad del Consejo de Estado de asegurar la sostenibilidad de la jurisdicción administrativa, dotándola de los medios para cumplir con aquello que puede aparecer como un nuevo criterio de legitimidad del juez, esto es, su capacidad para garantizar la protección de las libertades fundamentales.

Estos factores han provocado un cambio en la concepción de la función del juez administrativo y su relación con otros poderes, sobre todo con el Gobierno y la Administración. En síntesis, de una «justicia objetiva», preocupada únicamente por regular la acción administrativa y asegurar su sometimiento a la ley, se pasa a una «justicia subjetiva» cuyo objetivo es garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales. Este nuevo juez administrativo tiene un control mucho más directo y fuerte sobre la acción administrativa.

El contenido técnico de la mutación incluye dos elementos principales. En primer lugar, la ley del 8 de febrero de 1995 (artículos L. 911-1 y siguientes del Código de Justicia Administrativa, CJA) otorgó al juez administrativo la potestad de utilizar la medida cautelar para asegurar la ejecución de sus decisiones. Así, en su mayoría, los tribunales administrativos pueden ordenar a la Administración (previa solicitud o, desde la ley del 23 de marzo de 2019, de oficio) tomar las medidas necesariamente implícitas en las sentencias que dicten.

La ley del 30 de junio de 2000 otorgó a la justicia administrativa dos procedimientos de emergencia efectivos. El primero de ellos es el procedimiento de suspensión sumaria (artículo L. 521-1, CJA), según el cual quien ejercita un recurso de apelación que busca la nulidad o la reforma de una decisión administrativa puede solicitar al juez de procedimiento sumario suspender la ejecución de esta decisión, a más tardar, hasta que se adopte una decisión sobre el recurso principal. Esta suspensión se concede bajo dos condiciones: existen serias dudas sobre la legalidad de la decisión; la urgencia justifica la suspensión, que presupone que la ejecución de la decisión impugnada puede ocasionar un perjuicio suficientemente grave e inmediato para el interés público, la situación del demandante o los intereses que se propone defender. La innovación más importante de la ley del 30 de junio de 2000 es la creación del procedimiento sumario (artículo L. 521-2 de la CJA), el cual permite remitir el asunto al juez sumario cuando la Administración infringe grave y manifiestamente de manera ilícita una libertad fundamental que debe ser detenida con urgencia. Entonces, el juez, dentro de las 48 horas, puede tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar la libertad no reconocida. A tal efecto, tiene la facultad de suspender la ejecución de decisiones administrativas y dictar mandamientos judiciales a la Administración.

3.1.3. ¿Cómo se están aplicando estos nuevos procedimientos en materia penitenciaria?

A primera vista, es probable que atribuir al juez una facultad de medida cautelar y establecer un procedimiento sumario refuercen la eficacia del recurso por exceso de poder, ya que estas reformas remedian las dos principales debilidades de este último. En primer lugar, cabe señalar que el juez que conoce de la solicitud de medidas cautelares tarda, en promedio, unas dos semanas en tomar una decisión; por consiguiente, actualmente es mucho más fácil obtener la suspensión de la ejecución de la decisión impugnada. En segundo lugar, si el juez de exceso de poder considera que la decisión impugnada es ilícita, tras anularla, puede ordenar a la Administración que adopte las medidas que implica dicha anulación.

No obstante, a pesar de estos progresos, el recurso por exceso de poder es poco utilizado en los contenciosos penitenciarios con respecto a las medidas individuales; en contraste, todavía es empleado para impugnar medidas generales y es seguro que este último desafío se haya vuelto más efectivo. Por ejemplo, en un caso reciente, un municipio, en cuyo territorio se ubica un centro penitenciario (esto le da interés en actuar), había solicitado al ministro de Justicia que se aperture el estacionamiento del establecimiento (reservado para el personal y los funcionarios judiciales) a las familias y los visitantes de los detenidos. El ministro se negó. El municipio pudo, por consiguiente, presentar tres solicitudes al juez: nulidad de la decisión de denegación por su ilegalidad; suspensión de esta decisión en espera de la sentencia del juez sobre este punto y, para asegurar la ejecución de la suspensión, una orden de reapertura del estacionamiento⁴¹.

41 CE, 6 de noviembre de 2019, n.º 432937.

Lo más espectacular de todo esto es el desarrollo, a partir de 2012⁴², de la utilización del sistema de *référé-liberté*⁴³ para poner fin rápidamente a las infracciones graves e ilegales de las libertades fundamentales de los detenidos. Esta evolución se debe a la utilización de este procedimiento por la sección francesa del Observatorio Internacional de Prisiones (OIP). En efecto, el interés de actuar, en lo que respecta a los procedimientos sumarios, no está reservado al interesado por una medida que atente contra sus libertades; se reconoce, además, a determinados terceros y, en particular, a las organizaciones de defensa de los derechos fundamentales. Esto es especialmente importante en los asuntos penitenciarios, ya que, por muchas razones (sobre todo la falta de educación y el miedo a las represalias), el entorno penitenciario dificulta a los reclusos el ejercicio de los recursos que les ofrece el derecho.

El recurso de *référé-liberté* se refiere a la vulneración que las condiciones de detención pueden acarrear al derecho al respeto a la vida (artículo 2 de la CEDH) y al derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 de la CEDH). En este ámbito, el punto de partida de la jurisprudencia del Consejo de Estado puede encontrarse en una orden provisional emitida, a petición de la sección francesa de la OIP, relativa al Centro Penitenciario de Baumettes en Marsella⁴⁴.

De dicha jurisprudencia surgen varios elementos. En principio, los dos derechos mencionados constituyen libertades fundamentales que entran dentro del alcance del *référé-liberté*. En segundo lugar, el Consejo de Estado respalda la jurisprudencia europea sobre las

42 CE, 22 de diciembre de 2012, sección francesa de l'OIP et autres, n.º 364584.

43 Nota del traductor: El *référé-liberté*, creado mediante la ley del 30 de junio de 2000, «es un procedimiento de urgencia que permite poner fin a una medida administrativa susceptible de interferir gravemente en el ejercicio de una libertad fundamental» (Lefebvre Dalloz, 2020).

44 CE, 22 de diciembre de 2012, sección francesa de l'OIP et autres, n.º 364584.

obligaciones positivas derivadas de estos derechos, apoyándose en el artículo 22 de la Ley penitenciaria del 24 de noviembre de 2009 que, como hemos visto, dispone que «la Administración penitenciaria garantiza a todos los detenidos el respeto a su dignidad y derechos». En esa línea, considera que por «la vulnerabilidad de los detenidos y [de] su situación de total dependencia de la administración, le corresponde [a la Administración penitenciaria] tomar las medidas oportunas para proteger sus vidas y prevenirlos de cualquier trato inhumano o degradante».

En tercer lugar, el juez precisó las condiciones en las que el incumplimiento de esta obligación positiva conlleva una vulneración grave y manifiestamente ilícita de los derechos en cuestión. Ello sucede, por ejemplo, «cuando la falta de autoridad pública crea un peligro marcado e inminente para la vida de las personas o las expone a ser sometidas, de manera marcada, a tratos inhumanos o degradantes». En este caso, tan pronto como exista urgencia y «la situación permita tomar medidas cautelares útiles en un plazo de 48 horas, el juez sumario podrá [...] prescribir todas las medidas susceptibles de poner fin a la situación resultante de esta deficiencia».

Así, en la ordenanza del 22 de diciembre de 2012, el Consejo de Estado consideró que la proliferación de roedores e insectos, así como la presencia de numerosos cadáveres de ratas, en las instalaciones de la prisión de Baumettes (áreas comunes y celdas) evidenciaba una situación que «afecta la dignidad de los detenidos y puede generar un riesgo para la salud de todas las personas que asisten al establecimiento, constituyendo así una injerencia grave y manifiestamente ilegal en una libertad fundamental». Por tanto, el juez ordenó a la Administración que realizara una operación a gran escala para atender el control de los roedores y la desinsectación de todo el Centro Penitenciario de Baumettes. Pese a todo ello, este progreso innegable no está exento de límites, como observaremos a continuación.

3.2. Los límites de la efectividad del derecho a condiciones de detención compatibles con la dignidad

Para comprender plenamente estos límites y las cuestiones que plantean, conviene distinguir dos tipos de incumplimientos del artículo 3 de la CEDH, los cuales, lógicamente, corresponden a las dos categorías de obligaciones que esta estipulación impone a los Estados. En cada uno de estos dos casos, el papel del juez es muy diferente. En primer lugar, un Estado puede hacer caso omiso a su deber negativo de no someter a los detenidos a tratos inhumanos o degradantes mediante una acción que, precisamente, les imponga ese trato. Por ejemplo, un establecimiento penitenciario que practica registros completos sistemáticos de detenidos que no están justificados por imperativos de seguridad. En este caso, para que el juez pueda proteger eficazmente los derechos del detenido, es suficiente que tenga la facultad de detener la acción en cuestión⁴⁵. La intervención del juez limita, entonces, la acción pública en nombre del respeto de los derechos individuales. Forma parte de una perspectiva liberal clásica, la cual convierte al juez en un órgano que limita el poder que ejerce el Gobierno y la Administración que depende de él. Sin embargo, reiteramos que un Estado también puede desconocer las obligaciones positivas contenidas en el artículo 3 de la CEDH cuando no toma las medidas (legales o materiales) que posibiliten garantizar a los detenidos condiciones de detención compatibles con la dignidad. No se trata de una acción de la que se culpa al Estado, sino la inacción, una deficiencia.

En concordancia con lo anterior, la tutela judicial efectiva significa que el juez ordena al Estado realizar lo que no ha hecho cuando debería

45 Para un caso de este tipo, véase, por ejemplo, CE, 6 de junio de 2013, sección francesa de la OIP, n.º 368816 (suspensión urgente por el juez de procedimiento sumario de la aplicación de un régimen de registros que atente contra la dignidad de los detenidos).

haberlo hecho. Ya no se trata de limitar la acción pública, sino de participar en ella y determinar lo que debe ser. En este caso, se hace particularmente delicado encontrar un equilibrio entre el poder del juez, por un lado, y el del Gobierno (y el Parlamento), por otro. En otras palabras, la revisión judicial de la acción pública y la revisión judicial de la inacción pública son dos cuestiones profundamente diferentes.

Dicho esto, cabe señalar que, para determinar qué es, en el sentido del artículo 13 de la CEDH (y, por ende para la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos establecida en el párrafo 1 del artículo 35), un recurso interno que permita efectivamente impugnar las condiciones de detención incompatibles con el respeto de la dignidad humana, el TEDH identifica si la detención de la persona de quien se trate ha cesado o no en el momento de la presentación de la solicitud.

En el primer caso, es necesario y suficiente que el interesado disponga de un recurso compensatorio a través del cual pueda obtener una indemnización por el daño que le ha causado la violación del artículo 3 de la CEDH. De hecho, ya no hay alguna razón para poner fin a esta violación y, por lo tanto, solo es posible (y necesario) compensar sus efectos. En lo que respecta a Francia, desde su sentencia Lienhardt⁴⁶, el TEDH ha dictaminado que la acción de responsabilidad interpuesta ante los tribunales administrativos en el caso en cuestión es efectiva. La razón es que está disponible tanto en la ley como en la práctica y es adecuada, es decir, ofrece posibilidades razonables de éxito. Esto es una consecuencia de la evolución del régimen de responsabilidad aplicable al servicio penitenciario público descrito anteriormente.

46 TEDH, 13 de septiembre de 2011, n.º 12139/10, Lienhardt c. Francia.

El tratamiento es diferente para una persona cuya detención, contrariamente al artículo 3 de la CEDH, continúa así en el momento en que presenta la situación ante el juez. Es cierto que, en lo que respecta a los efectos nocivos de esta situación en el pasado, debe disponer de un recurso compensatorio, lo cual, como acabamos de ver, sucede efectivamente en el derecho francés. Pero, ante todo, debe tener la posibilidad de ejercer un «recurso preventivo» para «impedir la continuación de la presunta violación del artículo 3 o permitir una mejora de las condiciones materiales de detención»⁴⁷. Esta «reparación adecuada» de la situación del detenido debe tener lugar con la suficiente rapidez y debe estar en conformidad «con los principios generales establecidos en la jurisprudencia del Tribunal en el ámbito del artículo 3». Sobre todo, puede,

según la naturaleza del problema en cuestión, consistir en medidas que afecten únicamente al detenido en cuestión o, cuando exista hacinamiento, en medidas generales para hacer frente a los problemas de violaciones masivas y simultáneas de los derechos de los detenidos como consecuencia de las malas condiciones de detención.

A la luz de estos criterios, el TEDH considera que la legislación francesa no ofrece a los detenidos un recurso preventivo eficaz. Este es el caso de un recurso por exceso de poder, aunque vaya acompañado de una solicitud de suspensión en un procedimiento sumario; no obstante, respecto a este punto, el Tribunal, en sus sentencias Lienhardt⁴⁸ y Yengo c. Francia⁴⁹, se basa únicamente en el hecho de que el Gobierno no ha presentado alguna jurisprudencia que lo convenza

47 TEDH, 10 de enero de 2012, Ananyev et autres c. Russie, n.ºs 42525/07 y 60800/08, § 93-98; TEDH, 30 de enero de 2020, J. M. B. c. Francia, cit. §§ 207-208.

48 TEDH, 13 de septiembre de 2011, n.º 12139/10, cit.

49 TEDH, 21 de mayo de 2015, n.º 50494/12, § 67.

de la eficacia del recurso por exceso de poder. Esto es consecuencia del uso limitado de este último recurso en dicha materia.

Es interesante que la jurisdicción de Estrasburgo haya tomado la misma posición sobre el procedimiento sumario. Afirmada muy brevemente en la sentencia Lienhardt⁵⁰ y reafirmada, con una motivación más desarrollada, en el caso Yengo c. Francia⁵¹, esta solución se confirma solemnemente, con una motivación más detallada, en la decisión J. M. B. c. Francia⁵². El gran interés de esta decisión consiste en dejar claro que, a la luz del hacinamiento crónico de las prisiones francesas, los *référé-liberté*, dados los límites de la labor del juez que se ocupa de este recurso jurídico, no pueden considerarse como un recurso preventivo eficaz.

El razonamiento del TEDH es, esencialmente, el siguiente: en el contexto francés, la existencia, a gran escala, de condiciones de detención contrarias a las exigencias del artículo 3 de la CEDH se debe al hacinamiento en las cárceles. Por consiguiente, la única forma real de poner fin a esta situación es remediar este hacinamiento a través de medidas estructurales; sin embargo, el juez de procedimiento sumario no puede hacerlo. Ello se debe a su propio cargo, que consiste en «ordenar medidas de emergencia [...] de tal naturaleza que salvaguarden, en un plazo de 48 horas, la libertad fundamental que se está infringiendo de manera grave y manifiestamente ilícita»⁵³.

De lo anterior se desprende que el juez encargado del procedimiento sumario solo puede adoptar medidas que puedan aplicarse con rapidez, de modo que su efecto protector sea inmediato o se produzca a corto plazo. Por el contrario, no puede prescribir «medidas de

50 TEDH, 13 de septiembre de 2011, n.º 12139/10, préc.

51 TEDH, 21 de mayo de 2015, n.º 50494/12, § 68-69.

52 TEDH, 30 de enero de 2020, J. M. B. c. Francia, cit. §§ 212-221.

53 CE, 30 de julio 2015, n.º 392043.

carácter estructural basadas en opciones de política pública que no es probable que se apliquen y, por lo tanto, que surtan efecto en un período de tiempo muy corto»⁵⁴. Esto significa que no puede «exigir la realización de trabajos a una escala suficiente para poner fin a las consecuencias del hacinamiento en las cárceles, que afecta negativamente a los derechos de los reclusos establecidos en el artículo 3 de la Convención»⁵⁵.

La sentencia así decidida contra nuestro país en el juicio de J. M. B. c. Francia deja un sentimiento ambivalente. Por una parte, nos sentimos inclinados a acoger con satisfacción la presión ejercida de este modo sobre las autoridades francesas para que se decidan a tomar, por fin, las medidas necesarias para remediar la superpoblación carcelaria. Por otra parte, nos preguntamos cuál es el alcance del papel que el Tribunal de Estrasburgo otorga al juez en la solución de este problema.

4. CONCLUSIÓN

Dado que la reparación de la situación de los reclusos víctimas de condiciones de detención indignas causadas por el hacinamiento en las cárceles solo puede lograrse mediante medidas generales, el recurso efectivo que posibilitaría dicha reparación debe, necesariamente, facultar al juez para ordenar a las autoridades públicas competentes que adopten tales medidas; no obstante, estas forman parte de la política penal y penitenciaria del Estado.

Entonces queda claro cómo el enriquecimiento de las obligaciones positivas de los Estados, unido a una concepción muy exigente de la eficacia del remedio que permite garantizar el respeto de sus obligaciones, hace que el juez se convierta no solo en un órgano limitador

54 CE, 28 de julio 2017, n.º 41067.

55 TEDH, 30 de enero de 2020, J. M. B. c. France, cit. § 217.

de la acción de las autoridades políticas, sino también en un órgano determinante de lo que debe ser esa acción. Cabe preguntarse, entonces, si corresponde al Poder Legislativo y al Gobierno democráticamente designados, y no al juez, tomar decisiones de política pública y arbitrar entre los intereses en juego. Esto, por supuesto, se enmarca en el actual y crucial debate sobre el equilibrio entre la democracia y la garantía de los derechos fundamentales.

REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Bienvenu, J. J. (1985). Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif. *Droits*, (1), 153-ss.
- Bouju, D. (2005). Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur. *Reveu du Droit Public*, (3), 597-634.
- Cassin, R. y Waline, M. (2019). Medidas de orden interno. Consejo de Estado As., 17 de febrero de 1995, Hardouin y Marie. En *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado francés* (pp. 871-882). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-86_2
- Conseil d'Etat (2017, 15 avril). Le juge administratif et l'administration pénitentiaire. *Conseil d'Etat*. https://www.conseil-etat.fr/content/download/145811/document/Le%20juge%20administratif%20et%20l%27administration%20p%C3%A9nitentiaire_maj250417.pdf

- Guyomar, M. (2009). Le juge administratif, juge pénitentiaire. Au Titium, P., Hostiou, R., Vigoroux, C. et Cassia, P., *Mélanges offerts en l'honneur d'Yves Jegouzo. Terres du droit* (pp. 471-ss.). Dalloz.
- Jèze, G. (1929). Les libertés individuelles. Rapport. *Annuaire de l'institut international de droit public*, 162-189. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9756894k/f10.item.texteImage.zoom>
- Lefebvre Dalloz (2020). Référé-liberté (Contentieux administratif). *Lefebvre Dalloz*. <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=DZ%2FOASIS%2F000876>
- Moreau, J. (1980). La responsabilité de l'Etat à raison du fonctionnement des établissements pénitentiaires. Au Bouzat, P., *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat* (pp. 205-216). Pedone.
- Odent, R. (2007). *Contentieux administratif* (t. I). Dalloz.
- Péchillon, É. (1998). *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*. LGDJ.
- Sudre, F., Milano, L. y Surrel, H. (2019). *Droit européen et international des droits de l'homme*. PUF.



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. 2, n.º 2, enero-junio, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (online)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2.9>

La protección de las personas vulnerables a través de la justicia transicional: la acreditación de las víctimas en el procedimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz

The protection of vulnerable persons through transitional justice:
the accreditation of victims in the Special Jurisdiction for Peace
proceedings

ANA MARÍA IDÁRRAGA MARTÍNEZ

Universidad de La Sabana
(Cundinamarca, Colombia)

Contacto: ana.idarraga@unisabana.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-0033-0822>

RESUMEN

Este trabajo analiza el trámite de acreditación de víctimas en el procedimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), de acuerdo con los requerimientos de las 100 Reglas de Brasilia. Para ello, se estudiará el concepto de «víctima» tanto en las 100 Reglas de Brasilia como en la JEP, además de sus consecuencias en la protección de la población vulnerable. Luego, se abordará el trámite de acreditación de las víctimas del conflicto armado colombiano ante la JEP, así como sus avances y sus desafíos en relación con los derechos de la población vulnerable, especialmente su acceso a la

justicia. Las conclusiones se enfocarán en los avances, los retos y las recomendaciones que surgen del análisis expuesto.

Palabras clave: acreditación de víctimas; conflicto armado; justicia transicional; Jurisdicción Especial para la Paz; Reglas de Brasilia.

ABSTRACT

This paper analyzes the process of accreditation of victims in the Special Jurisdiction for Peace (JEP) procedure, in accordance with the requirements of the 100 Brasilia Rules. To this end, it will study the concept of «victim» in both the 100 Brasilia Rules and the SJP, as well as its consequences for the protection of vulnerable populations. Then, it will address the process of accreditation of the victims of the Colombian armed conflict before the JEP, as well as its progress and challenges concerning the rights of the vulnerable population, especially their access to justice. The conclusions will focus on the progress, challenges, and recommendations that emerge from the above analysis.

Key words: accreditation of victims; armed conflict; transitional justice; Special Jurisdiction for Peace; Brasilia Rules.

Recibido: 15/03/2021 Aceptado: 15/05/2021

1. INTRODUCCIÓN

Colombia ha estado inmersa en un conflicto de más de sesenta años que se ha intentado terminar a través de esfuerzos políticos y militares. Aunque se trata de un conflicto con múltiples actores, uno de los más importantes fue la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP). El 24 de noviembre de 2016 se firmó

entre esta y el gobierno nacional el Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, a través del cual se pactaron las reglas para dejar las armas, pero también se diseñó un sistema encaminado a garantizar los derechos de las víctimas y el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Dentro de este sistema se encuentra la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), encargada de llevar a cabo el componente de justicia del modelo transicional.

La JEP tiene un importante reto en relación con el acceso a la justicia de las víctimas del conflicto, que según el Registro Único de Víctimas ascienden a 8 944 137 personas¹. Esta gran cantidad, más las dificultades en la investigación, el juzgamiento y la sanción de hechos ocurridos en un conflicto armado de tan larga duración imponen a la JEP retos enormes que requerirán del apoyo de la academia, la comunidad internacional y la ciudadanía en general. Uno de los principales será garantizar el acceso a la justicia de las víctimas del conflicto armado. Por lo tanto, aunque parece un asunto meramente procesal, resulta fundamental comprender, analizar y, de ser posible, mejorar el trámite de acreditación de víctimas en la JEP. Este supone la puerta de entrada de una de las poblaciones más vulnerables en Colombia, las víctimas del conflicto armado, a un sistema de justicia que está diseñado para atender a sus necesidades. Por esta razón, el presente trabajo se propone analizar el trámite de acreditación de las víctimas de la JEP a la luz de los requerimientos de las 100 Reglas de Brasilia, entendiendo que dicha jurisdicción está diseñada especialmente para atender a población vulnerable.

Para realizar este análisis, en primer lugar se abordará los conceptos de víctima en las 100 Reglas de Brasilia y en la JEP, y las consecuencias

1 Revisar <https://cifras.unidadvictimas.gov.co/>

de estos en la protección de la población vulnerable. En segundo lugar, se abordará el trámite de acreditación de víctimas ante la JEP, y los avances y desafíos que este tiene en relación con el acceso a la justicia de la población vulnerable. Finalmente, se compartirán algunas conclusiones enfocadas en los avances, los retos y las recomendaciones que surgen del análisis del trámite de acreditación de víctimas en la JEP.

2. LAS VÍCTIMAS COMO POBLACIÓN VULNERABLE EN EL CENTRO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

Uno de los grandes avances del Acuerdo Final, y en especial del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), es la consideración de que los derechos de las víctimas están en el centro del sistema, y del procedimiento de la JEP. Este punto es quizá uno de los más novedosos y genera un especial desarrollo en relación con las 100 Reglas de Brasilia. Así, vale la pena recordar que estas tienen como último objetivo posibilitar el acceso a la justicia de la población vulnerable (Burgos, 2013; Reglas de Brasilia, 2018). Por lo tanto, dichas reglas no están enfocadas en la protección sustancial de los derechos y las libertades de la población vulnerable, sino en su protección adjetiva o procesal (Reglas de Brasilia, 2018).

Gráfico n.º 1

Ámbito de aplicación de las 100 Reglas de Brasilia



Fuente: Elaboración propia.

En tal sentido, para abordar esta cuestión del texto se desarrollarán los conceptos de víctima en las 100 Reglas de Brasilia y la JEP, la relación entre el concepto y la protección de las víctimas en esta jurisdicción, y el acceso a la justicia protegido por dichas reglas.

2.1. La condición de víctima a la luz de las Reglas de Brasilia

Según la regla 3 de Brasilia, las personas vulnerables y, por tanto, beneficiarias de estas reglas son aquellas que tienen condiciones especiales; por ejemplo, de edad, género, orientación sexual, circunstancias sociales, entre otras; y que por esa o esas condiciones encuentran dificultades para ejercer con plenitud sus derechos ante el sistema de justicia (Reglas de Brasilia, 2018).

Ahora bien, estas mismas reglas definen diferentes grupos poblacionales que tienen aquella vulnerabilidad especial, entre los cuales se encuentran las víctimas. En las reglas 10, 11 y 12 se establecen los parámetros para que una persona sea considerada víctima. Se

considera como tal a toda persona o grupo de personas que hayan sufrido un daño por una infracción al ordenamiento jurídico (Reglas de Brasilia, 2018). Asimismo, se considera que la víctima se encuentra en condición de vulnerabilidad cuando

por el resultado de la infracción del ordenamiento jurídico, tenga una relevante limitación para prevenir, evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de dicha infracción o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización (Reglas de Brasilia, 2018, regla 11).

Por otro lado, en la regla 12 se establece que las medidas a ser tomadas deben atender a los diferentes momentos y efectos de la victimización. Así, para atender a la victimización primaria se deben tomar medidas para mitigar los efectos negativos de la infracción al ordenamiento jurídico. Mientras que, con la finalidad de evitar una victimización secundaria, se deben tomar medidas que no revictimicen a estas personas, en el marco del ejercicio de sus derechos procesales.

Finalmente, resulta importante resaltar que tanto las reglas como algunos doctrinantes han resaltado la importancia de comprender que muchas personas en condición de victimización son además vulnerables por otros factores como la pobreza, el desplazamiento forzado, el género o la edad. Por lo tanto, esta múltiple condición de vulnerabilidad genera la necesidad de tomar medidas especiales, diferenciadas y reforzadas (Reglas de Brasilia, 2018; Ribotta, 2012).

2.2. ¿Quién es víctima en la Jurisdicción Especial para la Paz?

Como se ha dicho, Colombia tiene un importante número de víctimas como consecuencia del conflicto armado de carácter no internacional por el que atraviesa hace más de sesenta años. En ese sentido, todas las entidades públicas han hecho frente al tema de la atención de las

necesidades de las víctimas y han intentado definir qué se entiende por víctima en el ordenamiento jurídico interno. En esa línea, la Corte Constitucional de Colombia, en una sentencia reciente que estudió la constitucionalidad de la ley estatutaria de administración de justicia de la JEP, estableció que una víctima es

toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término «víctima» también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización (Corte Constitucional de Colombia, 2018b).

Como se evidencia, esta definición mantiene una estrecha relación con el concepto de víctima de las 100 Reglas de Brasilia, en el entendido de que abarca a las personas que han sufrido daños por una violación al ordenamiento jurídico. Sin embargo, la Corte Constitucional restringe esa violación al derecho internacional humanitario o a los derechos humanos, entendiendo que esta definición de víctima ha sido desarrollada en el marco de la justicia transicional colombiana.

Así, esta es la definición de víctima que se aplica al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, el sistema que abarca los diferentes componentes de la justicia transicional en Colombia, a saber: Jurisdicción Especial para la Paz, Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas y el programa administrativo de reparaciones (Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 2016; Congreso de la República, 2017; Corte Constitucional de Colombia, 2017).

Aunque este sistema debe entenderse de forma integral, para el objeto de estudio del presente trabajo se enfatizará en la JEP como el componente de justicia del mencionado sistema. En tal sentido, en el marco jurídico que rige la actuación de la JEP no se identifica un concepto propio de víctima. Sin embargo, en un glosario desarrollado por esta entidad se dispuso que víctimas son «aquellos que, individual o colectivamente, sufrieron daños como consecuencia de las acciones u omisiones presentadas en el marco del conflicto armado» (Jurisdicción Especial para la Paz, s. f.). Así, de la definición desarrollada por la propia jurisdicción se pueden identificar los siguientes elementos: persona o colectividad que sufrió un daño como consecuencia de las acciones u omisiones en el marco del conflicto armado.

Si bien es una definición más restringida que la establecida en las 100 Reglas de Brasilia, por cuanto abarca solo a las víctimas del conflicto armado, esto se explica porque se trata de una jurisdicción transicional llamada a abordar las violaciones que ocurrieron en dicho conflicto². No obstante, está describiendo a un grupo de personas que en los términos de las 100 Reglas son víctimas y que, en muchos casos, están en condición de vulnerabilidad. Por lo tanto, hablamos de mismos beneficiarios.

2.3. Relación entre el concepto de víctima, su centralidad en el modelo de la Jurisdicción Especial para la Paz y su relación con el acceso a la justicia protegido por las 100 Reglas de Brasilia

Luego de abordar el concepto de víctima en las 100 Reglas de Brasilia y en el marco normativo de la JEP, resulta pertinente analizar cuál es papel de las víctimas en esta jurisdicción y qué impacto tiene en las disposiciones de las 100 Reglas. Así, debemos mencionar que desde

2 Para efectos de la competencia de la JEP, se dispuso en el Acto legislativo n.º 01 de 2017 y las demás leyes de implementación del Acuerdo Final que su competencia temporal abarcará los hechos ocurridos antes del 1 de diciembre de 2016.

el Acuerdo Final, suscrito el 24 de noviembre de 2016, se estableció que las víctimas eran el centro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Con posterioridad, en las leyes de implementación y las sentencias de la Corte Constitucional, donde se estudió la constitucionalidad de estas leyes, se dispuso lo mismo (Congreso de la República, 2016 y 2017; Corte Constitucional de Colombia, 2017, 2018a y 2018b).

En concreto, en relación con la JEP, el artículo 13 de la Ley n.º 1957 de 2019 dispuso que en el centro del procedimiento ante dicha jurisdicción estarían los derechos de las víctimas. Este artículo dispone que toda actuación debe estar guiada por los derechos de las víctimas y que, en ese sentido, esta justicia tiene un carácter restaurativo y no únicamente retributivo, como la justicia penal tradicional (Congreso de la República, 2019). Por su parte, las reglas de procedimiento de la JEP, contenidas en el título primero de la Ley n.º 1922 de 2018, disponen la centralidad de los derechos de las víctimas, sus garantías dentro del procedimiento y ciertas regulaciones sobre sus representantes (Congreso de la República, 2018). La centralidad de sus derechos ha sido bien recibida por la academia, precisamente por ese enfoque restaurativo y dialógico de la participación de las víctimas (Ceron, 2019).

De esta manera, la JEP no es un modelo de justicia tradicional que tiene reglas generales y reglas especiales que desarrollan los derechos de la población vulnerable. Desde los pilares que fundamentaron su diseño se pensó que se trataba de una jurisdicción diseñada por una población especialmente vulnerable y dirigida hacia ella, es decir, las víctimas del conflicto armado de carácter no internacional en Colombia. Esta fue una apuesta novedosa, incluso para los sistemas diseñados con el objetivo de imponer justicia luego de conflictos armados, si se analizan experiencias como el Tribunal Penal Internacional para

la antigua Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda o incluso el Tribunal Militar de Núremberg, modelos de justicia que mantuvieron su centro en el perpetrador y no en la víctima (Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 1993 y 1994; Goldstein, 2004).

Esta apuesta novedosa por construir una jurisdicción que no solo reconozca las especiales necesidades de una población vulnerable, sino que esté diseñada para satisfacerlas, representa un gran avance en el acceso a la justicia de estas víctimas, pero además trae consigo grandes desafíos, ya que cada procedimiento, cada diligencia judicial y cada una de las decisiones que se tomen estarán impregnadas por esta centralidad de los derechos de las víctimas. Sin embargo, por tratarse de una jurisdicción penal, no puede perder de vista los derechos del procesado, que sin duda siguen siendo tan estrictos como en las jurisdicciones penales tradicionales. Por lo tanto, se tratará de lograr un balance entre el ambicioso plan que se ha propuesto la JEP y el modelo transicional en su conjunto para satisfacer los derechos de las víctimas sin perder de vista el garantismo penal que caracteriza a los estados de derecho.

3. LA ACREDITACIÓN DE VÍCTIMAS EN LA JEP: ENTRE LA FLEXIBILIZACIÓN Y LAS DIFICULTADES DE LA PUESTA EN MARCHA

Uno de los asuntos más procesales de la JEP, que ha sido seleccionado en este trabajo por tener un impacto directo en el derecho de acceso a la justicia de las víctimas del conflicto armado es la acreditación de víctimas ante la JEP. A continuación, se hará una breve descripción de dicho proceso, se profundizará en la puesta en marcha de la acreditación y se realizará una reflexión sobre si el diseño de la acreditación y su desarrollo han significado un avance en la flexibilización o generan dificultades importantes en la práctica judicial.

3.1. Trámite de acreditación de víctimas en la Jurisdicción Especial para la Paz y consecuencias de la acreditación

En primer lugar, para entender el trámite de la acreditación de víctimas se debe entender cómo está compuesta la JEP a nivel orgánico. Cuenta con tres salas de justicia³, el Tribunal para la Paz⁴ y la Unidad de Investigación y Acusación⁵ (Congreso de la República, 2019; ObservaJEP, s. f.). Dentro de aquellas salas de justicia, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas se encarga de abrir los casos en la JEP. Después, estos serán conocidos por el Tribunal para la Paz, el cual determinará la responsabilidad penal de los presuntos responsables (Congreso de la República, 2019).

Ahora bien, el trámite para la acreditación de víctimas fue establecido en la ley de procedimiento de dicha jurisdicción y se dispuso que empieza cuando la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas recibe un caso o un grupo de casos. Respecto de estos, una persona o un grupo de personas pueden manifestar su voluntad de ser acreditadas como víctimas, para lo que deberán presentar un relato de los hechos que contenga como mínimo fecha y lugar, y una prueba sumaria⁶ de su victimización. Una vez realizadas las solicitudes de acreditación, la sala o sección del Tribunal para la Paz que conozca el asunto decidirá si la persona es acreditada como víctima (Congreso de la

3 Sala de Amnistía e Indulto, Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas.

4 Está compuesto por cuatro secciones: Sección de Primera Instancia con Reconocimiento de Responsabilidad, Sección de Primera Instancia sin Reconocimiento de Responsabilidad, Sección de Apelación y Sección de Revisión.

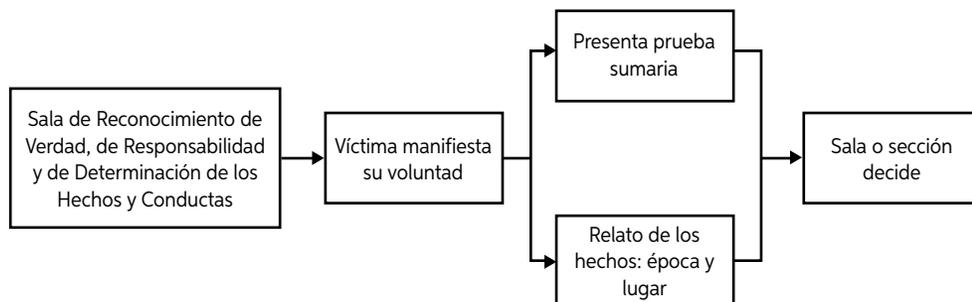
5 Órgano encargado de realizar la investigación y acusar en los casos de procedimientos adversariales.

6 Por prueba sumaria se entiende aquella que previamente no debió ser controvertida en juicio.

República, 2018, art. 3). Con el fin de aclarar mejor el procedimiento, a continuación se presenta un flujograma:

Gráfico n.º 2

Trámite de acreditación



Fuente: Elaboración propia.

Respecto del trámite de acreditación, dos asuntos deben ser considerados a profundidad. En primer lugar, la Ley n.º 1922 estableció que a aquellas personas que fueron inscritas en el Registro Único de Víctimas, un registro creado principalmente para adelantar el proceso de reparación administrativa de víctimas en el país (Congreso de la República, 2011), no se les puede controvertir su condición de víctimas. Esto, con el fin de evitar contradicciones en el propio modelo transicional, pero también de evitar dobles trámites para las víctimas del conflicto armado.

En segundo lugar, el Tribunal para la Paz de la JEP, mediante la Sección de Apelación, ha desarrollado con más profundidad algunas reglas para acreditar víctimas de forma colectiva. Las ha desarrollado desde su primera sentencia interpretativa, con lo cual busca unificar criterios para dotar de seguridad jurídica a los sujetos procesales de la JEP. En esa sentencia, partió de la base de que, ante el trámite transicional al que se enfrenta dicha jurisdicción, la participación

colectiva de víctimas es deseable. Sin embargo, resaltó que estas no pueden ser obligadas a participar de forma colectiva (Jurisdicción Especial para la Paz, 2019d).

En consecuencia, el trámite de acreditación de víctimas ante la JEP es bastante flexible desde su marco normativo, ya que si una persona ya ha sido acreditada como víctima en el Registro Único de Víctimas, no se le puede controvertir esta condición; para probar la victimización se requiere una prueba sumaria y un relato de los hechos; y las víctimas pueden acreditarse individual o colectivamente sin requisitos adicionales. La acreditación ante la JEP es muy relevante porque se trata del procedimiento mediante el cual se garantiza la participación de las víctimas en calidad de intervinientes en el trámite ante dicha jurisdicción, permitiéndoles participar en audiencias, presentar observaciones a diferentes actuaciones de otros sujetos procesales y recurrir a decisiones judiciales (Congreso de la República, 2018).

3.2. ¿Cómo ha funcionado en la práctica este trámite de acreditación?

Si bien el diseño normativo del trámite de acreditación es bastante flexible, en la práctica parece haberse flexibilizado aún más. Para desarrollar este punto, resulta importante resaltar que a la fecha la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas ha priorizado siete macrocasos, y en estos se ha adelantado un importante proceso de acreditación de víctimas (Jurisdicción Especial para la Paz, 2020a). La apertura de estos obedece a la estrategia de la JEP de investigación por contextos y no caso a caso. Así, cada macrocaso prioriza un asunto o un territorio especialmente afectado por el conflicto para investigar en conjunto las victimizaciones relacionadas con la temática o la región priorizada (Jurisdicción Especial para la Paz, 2018a, 2018b, 2019a y 2019b).

En primer lugar, vale la pena subrayar que la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas ha diseñado diferentes formularios con los que busca facilitar a aquellas víctimas que quieran acreditar su efectiva participación en la JEP. Estos se dividen por caso y por calidad de la víctima (individual, colectiva étnica y colectiva no étnica). Los formatos se encuentran disponibles para toda la población en la página web de la jurisdicción y, una vez diligenciados, pueden ser remitidos por muy variados canales a esta última.

En segundo lugar, hasta el 31 de diciembre de 2019⁷ se habían acreditado un gran número de víctimas en los macrocasos que adelanta la Jurisdicción Especial para la Paz (2020a):

Macrocaso 001. Retenciones ilegales: 1732 víctimas individuales.

Macrocaso 002. Situación en Nariño: 4 sujetos colectivos que cuentan con 48 712 víctimas individuales.

Macrocaso 003. Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado: 373 víctimas individuales.

Macrocaso 004. Situación en Urabá: 15 víctimas individuales y 27 sujetos colectivos.

Macrocaso 005. Situación en Cauca: 60 víctimas individuales, 20 205 víctimas colectivas con pertenencia étnica negra, afrodescendiente, raizal o palenquera, y 23 382 individuos pertenecientes al sujeto colectivo indígena.

Macrocaso 006. Víctimas de la Unión Patriótica: 2 víctimas individuales.

Macrocaso 007. Reclutamiento ilegal: 38 víctimas individuales.

Además de lo reportado en el balance del año anterior, se conocieron dos acreditaciones masivas de víctimas y la acreditación de una persona jurídica o moral como víctima. En primer lugar, el 27 de febrero de 2020 la JEP dio a conocer que, en el marco del

7 Se toma esta fecha porque supuso el corte del último balance presentado por la JEP.

macrocaso 004, se acreditaron 11 762 víctimas pertenecientes a 69 comunidades indígenas (Jurisdicción Especial para la Paz, 2020c). Esta acreditación masiva se sumó a otras realizadas por dicha jurisdicción: en noviembre de 2019, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas acreditó a más de 5000 familias campesinas, en el macrocaso 002 (Jurisdicción Especial para la Paz, 2019c). Y, en enero de 2020, la JEP acreditó a más de 100 000 indígenas pertenecientes a 31 resguardos y cabildos, en el Caso 05 sobre la situación en Cauca (Jurisdicción Especial para la Paz, 2020b).

Por otro lado, en marzo de 2020, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas acreditó como víctima al partido político Unión Patriótica, en el marco del Caso 06 (Jurisdicción Especial para la Paz, 2020d). Esta acreditación de la persona jurídica, y no de sus integrantes, resulta muy interesante a la luz del concepto mismo de víctima, ya que no se está acreditando a un grupo de personas, sino al partido político, lo que generará interesantes debates sobre la vulnerabilidad de este sujeto, las capacidades que tendrán sus representantes para participar, ya que no representan a las víctimas asociadas al partido, entre otros temas.

Ahora bien, por la fase temprana en la que se encuentran los procedimientos ante la JEP, no se ha visto las consecuencias de estos trámites de acreditación ni las complicaciones prácticas que, por ejemplo, pueden tener en el trámite judicial las acreditaciones masivas. Por lo tanto, la práctica descrita se refiere al trámite de acreditación, el único sobre el que se tiene conocimiento hasta el momento, y no a la participación efectiva de las víctimas después de la acreditación.

3.3. Impactos y consecuencias de la flexibilización en el trámite de acreditación

Como se ha desarrollado en el texto, las 100 Reglas de Brasilia propenden a la protección al acceso a la justicia de las personas más vulnerables. En este caso, las víctimas del conflicto armado colombiano. No se trata de una tarea menor, dado que, en el caso de la JEP, la protección al acceso a la justicia presupone la protección al derecho a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y crímenes internacionales, ampliamente desarrollados por la doctrina (Acosta-López y Espitia, 2017; Acosta-López e Idárraga, 2020; Josi, 2017; Orentlicher, 1991; Weiner, 2016) y por instrumentos de derecho internacional y tribunales internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1988, 2012 y 2018; Corte Penal Internacional, 1998)⁸.

Por lo tanto, la protección del acceso a la justicia no es un asunto sin importancia, especialmente en los escenarios de justicia transicional. En ese sentido, todos los esfuerzos que se puedan implementar para proteger dicho acceso, como la implementación de las 100 Reglas de Brasilia, redundarán en una mayor protección de los derechos de las víctimas, sujetos especialmente vulnerables en escenarios de conflicto armado, como el colombiano.

En este sentido, se evidencia que las 100 Reglas promueven la mejoría de una cultura jurídica, la asistencia legal y defensa pública, las medidas procesales, las medidas de organización y la gestión judicial, entre otras variables (Reglas de Brasilia, 2018). Sin embargo, para promover estas acciones en provecho de la población vulnerable primero se debe garantizar su acceso al sistema judicial. Así,

8 Estos son solo unos ejemplos de los múltiples instrumentos de derecho internacional que protegen al derecho a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y crímenes internacionales.

ese primer momento de acceso o, en el caso de la JEP, de acreditación, permitirá profundizar en otras medidas.

Por lo anterior, el presente texto analiza con detalle el proceso de acreditación de víctimas en la JEP, además de cómo y bajo qué requisitos, como población vulnerable, pueden acceder a la jurisdicción creada. En un primer momento parece que el proceso de acreditación flexible de la JEP cumple con la regla 34 de las Reglas de Brasilia, que dispone:

Se propiciarán medidas para la **simplificación y divulgación** de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas [negritas añadidas] (Reglas de Brasilia, 2018).

Como se evidencia, esta regla propende a una simplificación en los trámites y una adecuada divulgación de los requisitos y procedimientos para ejercer acciones en la JEP. Por otro lado, en la regla 36 se establece que se debe promover la creación de formularios que estandaricen y faciliten el acceso a la población vulnerable. Se trata de otra práctica que ha sido adoptada por la JEP en relación con la acreditación, que, como se dijo, ha creado formularios específicos por cada uno de los macrocasos, que atienden a las características de las víctimas, es decir, si son colectivas o individuales, o si son sujetos colectivos étnicos. En el trámite judicial, esta práctica genera importantes impactos positivos en la garantía del acceso a la justicia de las víctimas del conflicto armado de carácter no internacional en Colombia.

No obstante, el acceso a la justicia no puede reducirse a la entrada formal a determinada jurisdicción. Especialmente, en relación con la JEP, una jurisdicción de carácter transicional que se enfrenta a las violaciones más graves a los derechos humanos, y cuyos beneficiarios

son víctimas por lo general excluidas del sistema judicial. En ese sentido, la acreditación de miles de víctimas, por sí sola, no genera su acceso a la justicia. Sin ir más lejos, las propias disposiciones de la ley de procedimiento de la JEP asignan a los intervinientes, en este caso las víctimas, diferentes derechos en el marco del procedimiento. Entre otros, presentar informes, ser oídas en las decisiones sobre priorización y selección de casos en la JEP, presentar observaciones, aportar pruebas y asistir a audiencias (Congreso de la República, 2018). Que la ley de procedimiento haya permitido a las víctimas realizar todas estas acciones no supone una casualidad, sino atiende precisamente al hecho de que mediante su participación efectiva se puede garantizar su derecho a la justicia, y no simplemente con la imposición de una pena al presunto responsable de su vulneración, como en un sistema penal tradicional.

Además de lo anterior, no se debe olvidar que el modelo de justicia de la JEP está guiado por la justicia restaurativa, que busca, mediante procedimientos dialógicos, restaurar el daño causado (Márquez, 2007; Corte Constitucional de Colombia, 2018b; Villarreal, 2013). Por lo tanto, si se parte de la base de que en el centro del procedimiento de dicha jurisdicción están los derechos de las víctimas, y de que este es un modelo restaurativo, resulta menester que el acceso a la justicia de las víctimas permita su participación en los actos procesales, su comprensión del procedimiento y la posibilidad de oponerse o realizar observaciones a las actuaciones de otros sujetos procesales.

En este sentido, aunque el diseño normativo del proceso de acreditación de víctimas en la JEP muestra importantes avances en relación con las disposiciones de las 100 Reglas de Brasilia, la puesta en práctica de acreditaciones masivas de víctimas, en especial en los casos territoriales (Nariño, Cauca y Urabá), puede generar graves dificultades en su acceso a la justicia. Así, será un reto lograr que las 5000

familias campesinas o los más de 100 000 indígenas puedan participar efectivamente en los procedimientos de la JEP, comprenderlos y presentar observaciones. En consecuencia, aquello que en un principio parece un avance importante en materia de flexibilización puede volver inmanejable la participación de víctimas, sobre todo porque no están muy claros los criterios con los que se evaluó la existencia de la victimización y la real manifestación de la voluntad de estas 5000 familias o los más de 100 000 indígenas.

En conclusión, como se mencionó, aunque las 100 Reglas de Brasilia son guías muy puntuales de la práctica procesal que buscan proteger esa dimensión objetiva de los derechos de las personas vulnerables, en este escenario de transición se está protegiendo el derecho mismo a la justicia de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y crímenes internacionales. Por lo tanto, la aplicación de estos criterios no puede convertirse en una protección formal y vacía de contenido. Así, el objetivo no consiste en lograr el mayor número de víctimas acreditadas, si no acceden efectivamente a la justicia, o si son reconocidas en un auto de la JEP pero en la práctica no tienen ningún papel en el procedimiento. Por esta razón, lo descrito puede evidenciar que hay importantes avances de la JEP en la protección de la población vulnerable, a través de su trámite de acreditación, pero dicha jurisdicción también enfrenta grandes retos de cara a etapas posteriores del procedimiento, con el fin de que se garantice el acceso a la justicia de esta población.

4. CONCLUSIONES: AVANCES, RETOS Y DESAFÍOS

La JEP es una apuesta novedosa por la justicia en un escenario retador como el posconflicto. En el diseño de esta jurisdicción, Colombia optó por crear un modelo de justicia transicional que no tuviera su foco en el perpetrador, sino en los derechos de las víctimas. Esto ha

implicado un importante avance en relación con el acceso a la justicia de la población vulnerable, ya que no se trata de un sistema de justicia tradicional con reglas especiales para proteger a los más vulnerables, sino que sus necesidades constituyen el centro del modelo.

Que Colombia haya optado por este modelo novedoso se debe a que atraviesa la especial situación de un escenario transicional y a la gran cantidad de víctimas que tiene su conflicto armado. Sin embargo, dicho modelo también tiene grandes desafíos. El primero será armonizar dos grandes paradigmas que le son aplicables. Por un lado, la centralidad del derecho de las víctimas. Por el otro, las garantías penales de los presuntos responsables. Sin un adecuado balance de estos paradigmas, el propio modelo puede terminar desprotegiendo a la población vulnerable.

Ahora bien, esta centralidad en el derecho de las víctimas ha implicado también el diseño de un trámite creativo y flexible de su acreditación, para que efectivamente puedan acceder a la protección judicial ofrecida por la JEP. Este trámite, con importantes avances en relación con disposiciones de las 100 Reglas de Brasilia como la simplificación, la adecuada divulgación y la creación de formularios, en la práctica ha generado grandes retos. Así, la acreditación masiva de víctimas, que se explica en parte por el exorbitante número de víctimas en el conflicto colombiano, puede generar al final un acceso a la JEP, pero una ausencia de acceso a la justicia. Esto debido a que la posibilidad de garantizar la participación de tal cantidad de víctimas, sin que se tenga tan claro cuál es el hecho victimizante, o si efectivamente están interesadas en ser parte de la JEP, convierte al proceso de acreditación en uno formal, pero que no tendrá como consecuencia el acceso efectivo a la justicia. Por lo tanto, el gran reto de dicha jurisdicción en relación con este asunto será materializar los derechos de las víctimas ya acreditadas, para que su acceso a la justicia no se quede en el papel y tengan efectivamente la posibilidad de participar en el trámite judicial.

Por último, al analizar un caso como el colombiano, y en específico revisar el modelo transicional, queda un gran reto para la academia y las organizaciones judiciales como la Cumbre Judicial. Consiste en discutir y, de ser posible, diseñar reglas que guíen buenas prácticas judiciales en relación con modelos transicionales, no con el objetivo de estandarizar la justicia transicional, sino más bien de guiar a los países que están diseñando o implementando sistemas de justicia transicional en la adopción de buenas prácticas judiciales, que sin duda tienen características diferentes frente a las prácticas judiciales en escenarios normales.

REFERENCIAS

- Acosta-López, J. I. y Espitia, C. (2017). Pasado, presente y futuro de la justicia transicional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *International Law*, 15(30), 9-40. doi: <https://doi.org/10.11144/javeriana.il15-30.ppfj>
- Acosta-López, J. I., y Idárraga, A. M. (2020). Alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en transiciones de conflicto armado a una paz negociada: convergencias entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional. *Revista Derecho del Estado*, (45), 55-99. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6329/8355>
- Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (2016). https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/Colombia%20Nuevo%20Acuerdo%20Final%2024%20Nov%202016_0.pdf
- Burgos, M. (2013). El acceso a la justicia de grupos en condición de vulnerabilidad y las Reglas de Brasilia. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, (5), 349-396.

- Ceron, J. (2019). *Participación dialógica y deliberativa de las víctimas en la Sala de Reconocimiento de la JEP y Racionalidad comunicativa* [tesis de maestría, Pontificia Universidad Javeriana Cali]. <http://vitela.javerianacali.edu.co/handle/11522/12369>
- Congreso de la República (2011). Ley n.º 1448. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Bogotá: 10 de junio de 2011.
- Congreso de la República (2016). Ley n.º 1820. Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. Bogotá: 30 de diciembre de 2016.
- Congreso de la República (2017). Acto legislativo n.º 01. Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf>
- Congreso de la República (2018). Ley n.º 1922. Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz. Bogotá: 18 de julio de 2018.
- Congreso de la República (2019). Ley n.º 1957. Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz. Bogotá: 6 de junio de 2019.
- Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (1993). Resolución 827. [https://undocs.org/es/S/RES/827%20\(1993\)](https://undocs.org/es/S/RES/827%20(1993))
- Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (1994). Resolución 955. [https://undocs.org/es/S/RES/955%20\(1994\)](https://undocs.org/es/S/RES/955%20(1994))

- Corte Constitucional de Colombia (2017). Sentencia C-674. Bogotá: 14 de noviembre de 2017. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-674-17.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (2018a). Sentencia C-007/18. Bogotá: 1 de marzo de 2018. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-007-18.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (2018b). Sentencia C-080/18. Bogotá: 15 de agosto de 2018. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/c-080-18.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Sentencia de 25 de octubre de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). Caso Herzog y otros vs. Brasil. Sentencia de 15 de marzo de 2018.
- Corte Penal Internacional (1998). Estatuto de Roma. http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/estatuto_roma_corte_penal_internacional.html
- Goldstein, M. (2004). Rwandan Gacaca: An Experiment in Transitional Justice. *Journal of Dispute Resolution*, 2004(2), 355-400.
- Josi, C. (2017). Accountability in the Colombian Peace Agreement: Are the Proposed Sanctions Contrary to Colombia's International Obligations? *Southwestern Law Review*, 46, 401-421.
- Jurisdicción Especial para la Paz (2018a). Auto n.º 078 de 2018. Bogotá: 8 de noviembre de 2018.
- Jurisdicción Especial para la Paz (2018b). Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones. <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>

Jurisdicción Especial para la Paz (2019a). Auto n.º 029. Bogotá: 1 de marzo de 2019.

Jurisdicción Especial para la Paz (2019b). Auto n.º 27. Bogotá: 26 de febrero de 2019.

Jurisdicción Especial para la Paz (2019c, 5 de noviembre). La JEP acredita como víctimas a más de 5 mil familias en el Caso 02, que prioriza la situación territorial de Tumaco, Barbacoas y Ricaurte (Nariño). <https://www.jep.gov.co:443/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-acredita-como-v%C3%ADctimas-a-m%C3%A1s-de-5-mil-familias-en-el-Caso-02.aspx>

Jurisdicción Especial para la Paz (2019d) Sentencia Interpretativa TP-SA-SENTIT 1. Bogotá: 3 de abril de 2019.

Jurisdicción Especial para la Paz (2020a). Balance 2019 - Proyección 2020. <https://www.jep.gov.co/Paginas/Transparencia/Planeacion/informes-de-gestion-2019.aspx>

Jurisdicción Especial para la Paz (2020b, 21 de enero). La JEP acredita a más de 100 mil víctimas de 31 resguardos y cabildos indígenas en el Caso 05. <https://www.jep.gov.co:443/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-acredita-a-m%C3%A1s-de-100-mil-v%C3%ADctimas-de-31-resguardos-y-cabildos-ind%C3%ADgenas-en-el-Caso-05.aspx>

Jurisdicción Especial para la Paz (2020c, 27 de febrero). La JEP acredita a más de 11 mil víctimas de 69 comunidades indígenas en el Caso 04, que prioriza la región de Urabá. <https://www.jep.gov.co:443/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-acredita-a-m%C3%A1s-de-11-mil-v%C3%ADctimas-de-69-comunidades-ind%C3%ADgenas-en-el-Caso-04,-que-prioriza-la-regi%C3%B3n-de-Urab%C3%A1.aspx>

- Jurisdicción Especial para la Paz (2020d, 17 de marzo). La JEP acreditó como víctima al partido Unión Patriótica. <https://www.jep.gov.co:443/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-acredit%C3%B3-como-v%C3%ADctima-al-partido-Uni%C3%B3n-Patri%C3%B3tica.aspx>
- Jurisdicción Especial para la Paz (s. f.). Glosario. <https://www.jep.gov.co:443/Paginas/Transparencia/Glosario.aspx>
- Márquez, Á. E. (2007). La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Prolegómenos*, 10(20), 201-212. <https://doi.org/10.18359/prole.2543>
- ObservaJEP. (s. f.). ¿Cómo funciona la JEP? <http://observajep.com/index.php?xid=8&xstr=abc-del-sivjrnr>
- Orentlicher, D. F. (1991). Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime. *The Yale Law Journal*, 100(8), 2537-2615. doi: <https://doi.org/10.2307/796903>
- 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, en abril de 2018, Quito-Ecuador]. <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilias/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilias/item/817-cien-reglas-de-brasilias-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito>
- 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), 77-14.

- Villarreal, K. (2013). La víctima, el victimario y la justicia restaurativa. *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 7(1), 43-57.
- Weiner, A. S. (2016). Ending Wars, Doing Justice: Colombia, Transitional Justice, and the International Criminal Court. *Stanford Journal of International Law*, 52(2), 211-242.

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. 2, n.º 2, enero-junio, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (*online*)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2>

NORMAS PARA AUTORES

1. Objetivo de *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*

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. Secciones de la revista

La revista *Llapanchikpaq: Justicia* incluye las siguientes secciones:

- Artículos de investigación
- Reseñas

3. Características para el envío de los artículos y las reseñas

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. Para las reseñas, la extensión máxima será de cuatro páginas y deberán tener los datos bibliográficos completos del material reseñado (autor, título, ciudad, editorial, año y número de páginas). Además, se deberá enviar la imagen de la portada del libro reseñado.

3.3. 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.

3.4. 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.

3.5. 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 autógrafo “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 citar 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-contr-la-criminalidad-organizada-en-el-Per%C3%BA_compressed.pdf?MOD=AJPERES

5.2. Cómo citar el capítulo de un libro

5.2.1. Capítulo de libro impreso

Apellido, iniciales de los nombres del autor (año). Título del artículo. En Apellido, iniciales de los nombres del editor (ed.), el compilador (comp.) o el coordinador (coord.), *Título del libro* (paginación del artículo). 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 artículo. En Apellido, iniciales de los nombres del editor (ed.), el compilador (comp.) o el coordinador (coord.), *Título del libro* (paginación del artículo). 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 citar 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 citar 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 citar 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 citar 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. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: 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. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: fecha de sentencia. 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. Cómo citar 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. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: 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. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: 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 citar 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. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: 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. Corte Superior de Justicia o Distrito Judicial: 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 citar 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 purpose 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. Sections of the review

Llapanchikpaq: Righteousness review is composed of the following sections:

- Research articles
- Preliminaries

3. Characteristics for submitting articles and preliminaries

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 italicize letters, with no quotation marks, bold or underlining.

3.2. For preliminaries, the maximum length is four pages and they must have complete bibliographic data of the reviewed material (author, title, city, publisher, year and number of pages). In addition, the image of the cover of the book under review must be sent.

3.3. 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.

3.4. 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.

3.5. 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 autógrafa "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 cite 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 cite a book chapter?

5.2.1. Printed book chapter

Surname, initials of the names of the author (year). Title of the article. In Surname, initials of the names of the publisher (ed.), the compiler (comp.) or the coordinator (coord.), *Title of the book* (article 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 article. In Surname, initials of the names of the publisher (ed.), the compiler (comp.) or the coordinator (coord.), *Title of the book* (article 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 cite 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 cite 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 cite 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 cite 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. Court of Appeals or Judicial District: 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. Court of Appeals or Judicial District: date of judgment. 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. How to cite 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. Court of Appeals or Judicial District: 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. Court of Appeals or Judicial District: 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. Citation of 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. Court of Appeals or Judicial District: 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. Court of Appeals or Judicial District: 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 cite 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

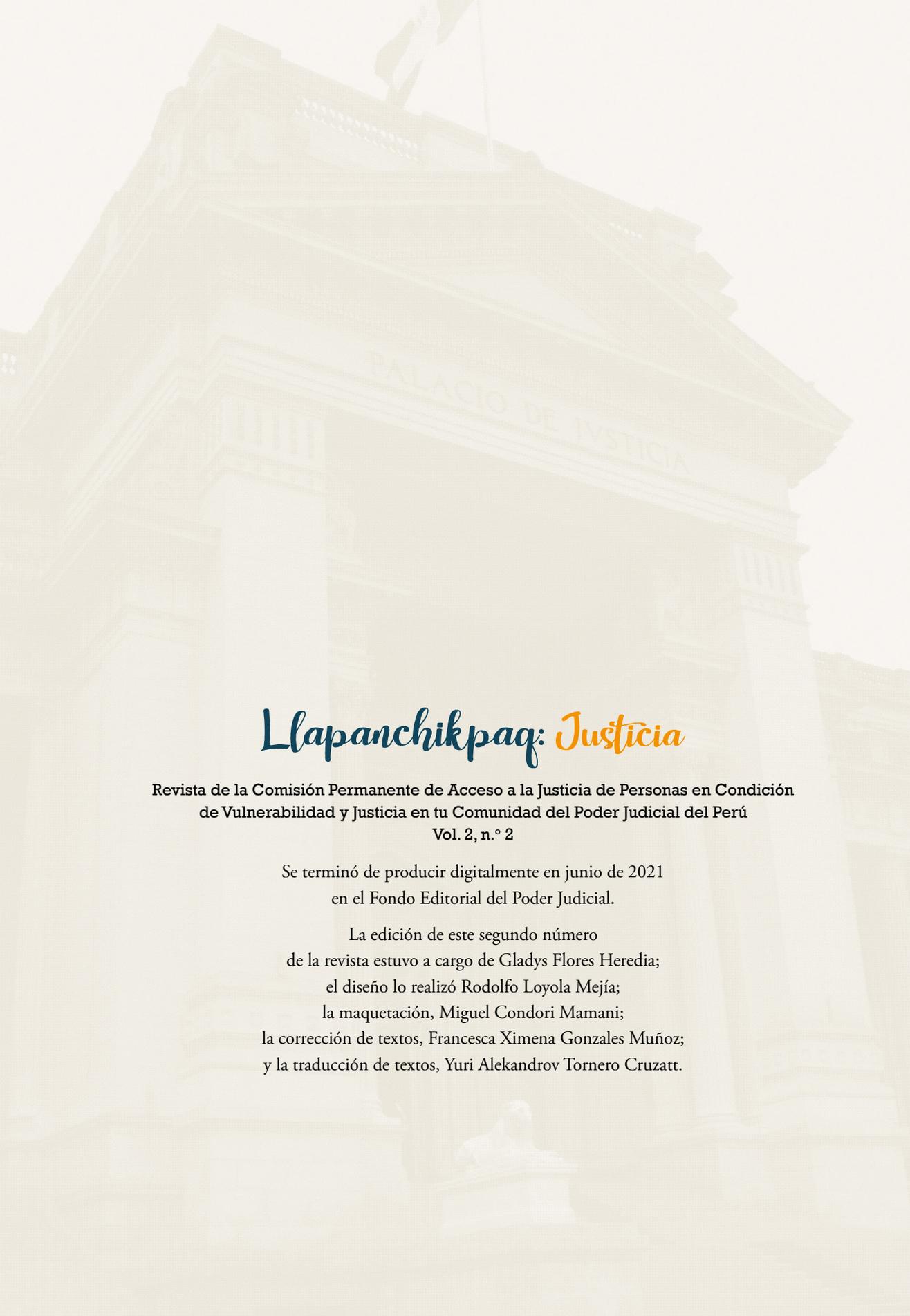
Surname, initials of the names of the producer (producer) (year, day and month). Title of the podcast [Audio in podcast]. In *Title of the program*. Broadcasting means. URL

Carvalho, F. (producer) (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. 2, n.º 2

Se terminó de producir digitalmente en junio de 2021
en el Fondo Editorial del Poder Judicial.

La edición de este segundo 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, Francesca Ximena Gonzales Muñoz;
y la traducción de textos, Yuri Alekandrov Tornero Cruzatt.

PRESENTACIÓN

JANET TELLO GILARDI

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

SARA GASPAR PACHECO Y WILLIAM HOMER FERNÁNDEZ ESPINOZA

Avances y desafíos del sistema de justicia peruano frente a la implementación del proceso virtual de pensión de alimentos para niñas, niños y adolescentes

CETTINA DI SALVO

El acceso a la justicia de las personas vulnerables en el sistema judicial italiano: los menores de edad y su participación en los procedimientos de familia

KARLA PAMELA JIMÉNEZ ERAZO

Responsabilidad parental efectiva para garantizar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes en los conflictos familiares

TERESA CÁRDENAS PUENTE

Garantías para la participación del niño, la niña y el adolescente en el proceso judicial

SANDRA CAMACHO RODRÍGUEZ, ANDREA JARAMILLO AGUIRRE, MARTHA BUSTOS RAMÍREZ, CLAUDIA GARCÍA MARROQUÍN

Recomendaciones de políticas públicas para la garantía de derechos y la prevención de la pérdida del cuidado parental de los hijos y las hijas menores de edad de las personas privadas de la libertad

ANDREA LOMBRAÑA, CAROLINA DI PRÓSPERO, NATALIA OJEDA

Acceso a la justicia y privación de la libertad en Argentina: las políticas penitenciarias a la luz de las Reglas de Brasilia

JACQUES PETIT

El acceso a la justicia administrativa de los presos en el derecho francés

ANA MARÍA IDÁRRAGA MARTÍNEZ

La protección de las personas vulnerables a través de la justicia transicional: la acreditación de las víctimas en el procedimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

COMISIÓN PERMANENTE



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