



# II Congreso Iberoamericano **Interdisciplinario** de la Familia e Infancia: *Violencia contra niños, niñas y adolescentes en colectivos vulnerables*

Concurso Internacional de Ponencias





II Congreso Iberoamericano  
**Interdisciplinario**  
de la Familia e Infancia:  
*Violencia contra niños, niñas y  
adolescentes en colectivos vulnerables*

Concurso Internacional de Ponencias



II Congreso Iberoamericano  
**Interdisciplinario**  
de la Familia e Infancia:  
*Violencia contra niños, niñas y  
adolescentes en colectivos vulnerables*  
Concurso Internacional de Ponencias

**Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)**

**Jefe del DAD**

Iván Meini Méndez

**Director del CICAJ-DAD**

David Lovatón Palacios

**Consejo directivo del CICAJ**

Leysser León Hilario

Betzabé Marciani Burgos

Iván Meini Méndez

**Equipo de trabajo**

Rita Del Pilar Zafra Ramos

Carlos Carbonell Rodríguez

Jackeline Fegale Polo

Ximena Vinatea Sifuentes

Enzo Dunayevich Morales

Larissa Donayre Serpa

Genesis Mendoza Lazo

*II Congreso Iberoamericano Interdisciplinario de la Familia e Infancia: Violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes en Colectivos Vulnerables. Concurso Internacional de Ponencias*

Imagen de cubierta: Segundo Pablo Mosquera Portal

Primera edición: Octubre 2019

Tiraje: 500 ejemplares

© Pontificia Universidad Católica del Perú  
Departamento Académico de Derecho  
Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica  
Facultad de Derecho

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú  
Teléfono: (511) 626-2000, anexo 4930 y 4901  
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa  
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña  
[tareagrafica@tareagrafica.com](mailto:tareagrafica@tareagrafica.com)  
Teléf.: (51-1) 332-3229  
Setiembre 2018

*Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso de los editores.*

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-13465

ISBN: 978-612-47151-5-0

Impreso en el Perú - Printed in Peru

# CONTENIDO

<b>PRESENTACIÓN</b>	9
<b>INTRODUCCIÓN</b>	11
<b>PRIMERA SECCIÓN: VIOLENCIA CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO</b>	
La actual situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes huérfanos por feminicidio <i>Becky Montesdeoca</i>	19
<b>SEGUNDA SECCIÓN: VIOLENCIA CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES QUE PERTENECEN A COLECTIVOS LGTBI</b>	
La terapia de deshomosexualización en menores de edad pertenecientes a la comunidad LGTB+: un tratamiento vulnerador de derechos humanos <i>Valeria Rosales Andrade</i>	37
¿Alto a la “normalización”! El control constitucional de las políticas de salud para intersexuales recién nacidos <i>Patricio Ato del Avellanal</i>	63
<b>TERCERA SECCIÓN: VIOLENCIA CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD</b>	
Todo niño tiene derecho a aprender en su lengua materna. El caso de la comunidad sorda en el Perú <i>Lucía León Pacheco y Olenka León Pacheco</i>	91
<b>CUARTA SECCIÓN: VIOLENCIA CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES QUE PERTENECEN A POBLACIONES INDÍGENAS</b>	
Violencia simbólica en la niñez educativa de la Comunidad de Pelapata y la ausencia de regulación normativa en el Perú. Una perspectiva socio-antropológica-jurídica-educativa <i>Ronny Sánchez Magallanes</i>	121

El difícil camino a la consolidación de la prohibición absoluta de la violencia en contra de los niños como norma de <i>ius cogens</i> . El caso de los niños mapuches <i>María Rossel Castagneto</i>	145
--	-----

**QUINTA SECCIÓN: VIOLENCIA CONTRA LA INFANCIA EN LA FAMILIA**

El daño moral producido por no ser reconocido jurídicamente por el padre biológico como hijo o por la no revelación de la identidad del padre biológico por parte de la madre <i>Ignacio Morales Galán</i>	169
---	-----

La aplicabilidad del control difuso en la evaluación del acta de conciliación sometida a proceso de ejecución, en caso se atenta contra los derechos de niños y adolescentes involucrados <i>Manuel Bermúdez Tapia</i>	187
---	-----

Participación de las organizaciones de infancia y rol del Estado: caso aprobación de la Ley 30403 <i>Lesly Díaz Aguilar, Shadia Najarro Laura y Carlos Sarango Valdez</i>	203
--	-----

**SEXTA SECCIÓN: MECANISMOS DE DENUNCIA CONTRA LA VIOLENCIA INFANTIL**

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones como nuevo mecanismo de denuncia frente a la violencia contra niñas, niños y adolescentes <i>Isaac Ravetllat Ballesté</i>	229
--	-----

Violencia contra niños/as en espacios privados no familiares: carencias y omisiones de la normativa peruana <i>Renata Bregaglio, Renato Constantino y Paula Camino</i>	253
---	-----

Sexo, drogas y reggaetón: la vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes del siglo XXI <i>Luis Torreblanca Gonzáles</i>	277
--	-----

**SÉTIMA SECCIÓN: VIOLENCIA CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONDICIÓN MIGRATORIA**

Vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes migrantes. El caso chileno <i>Rommy Álvarez Escudero</i>	299
---	-----

Las obligaciones internacionales de los Estados Unidos de América en materia de derechos humanos respecto de niños y niñas migrantes frente a la política de Trump <i>María Isabel Huamani</i>	317
---	-----

## PRESENTACIÓN

*Dra. Carmen Julia Cabello Matamala\**

Docente ordinaria principal de la Facultad de Derecho de la PUCP

En el marco de las celebraciones por el centenario de la Facultad de Derecho PUCP, por encargo de su decano, el equipo de profesores del curso de Derecho de Familia, en coordinación con las y los representantes de las Facultades de Educación, Ciencias Sociales, Trabajo Social y Psicología, nos integramos en un Comité Científico para organizar el II Congreso Iberoamericano Interdisciplinario de la Familia e Infancia, que abordará una temática particularmente sensible y de gran trascendencia social, como lo es la violencia contra niños, niñas y adolescentes miembros de colectivos vulnerables.

En el marco de dicho evento académico, a fin de propiciar la investigación y reflexión crítica respecto de dicha temática, la Facultad de Derecho, en alianza con el Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho, organizó el Concurso Internacional de Ponencias. Se realizó una convocatoria a nivel nacional e internacional con el significativo apoyo de universidades extranjeras y nacionales que organizaron precongresos dirigidos a nuestro evento por el centenario. Por la importante labor académica desplegada, expresamos nuestro agradecimiento a la Universidad de Barcelona (España), la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (México), la Universidad Católica del Norte (Chile), la Universidad Antonio Nariño (Colombia); a las casas de estudios integrantes de la Red Peruana de Universidades: la Universidad Nacional Hermilio Valdizán (Huánuco), la Universidad Nacional de Piura, la Universidad Nacional de Cajamarca, la Universidad Católica de Santa María de Arequipa; y a la Universidad Andina del Cusco y la Universidad Femenina del Sagrado Corazón - UNIFÉ.

El Concurso de Ponencias, conforme al enfoque interdisciplinario del Congreso, propuso como eje el abordaje de la violencia contra niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad desde distintos enfoques. Entre estos se encuentran la perspectiva de género, la pertenencia a colectivos LGTBI, la discapacidad, la pertenencia a poblaciones indígenas, la situación migratoria, y la pobreza y/o pobreza extrema.

La convocatoria se dirigió a tres categorías: docentes, profesionales del sector público y privado, y estudiantes. Las tres ponencias ganadoras y las once ponencias seleccionadas constituyen una importante contribución de la comunidad académica al esfuerzo reflexivo por abordar desde un enfoque interdisciplinario de la problemática de la violencia contra las infancias, particularmente aquellas en condición de múltiples vulnerabilidades, por lo que nos honra presentarlas en esta publicación arbitrada.

---

\* Presidenta del Comité Científico Organizador del II Congreso Iberoamericano Interdisciplinario de la Familia e Infancia, y de la Red Iberoamericana Interdisciplinaria de Docentes y Especialistas en Familia e Infancia

En la categoría *docentes*, la Dra. Rommy Álvarez Escudero, docente de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), presentó la ponencia “Vulnerabilidad de Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes. El caso chileno”. Dicho trabajo plantea la supraprotección de la niñez migrante, y el respeto por el ejercicio de las prerrogativas que le son inherentes y que aparecen especialmente incardinadas en los procesos migratorios que importan una doble situación de vulnerabilidad.

En la categoría *profesionales*, el abogado Ronny Sánchez Magallanes (Perú), egresado de la Facultad de Derecho PUCP, abordó la “Violencia simbólica en la niñez educativa de la Comunidad Pelapata y la ausencia de regulación normativa en el Perú”. El trabajo, cuya investigación de campo se realizó en la comunidad Pelapata, Huancavelica, busca demostrar el ejercicio de violencia simbólica de los padres hacia sus hijos menores de edad, el cual tiene la finalidad de naturalizar el castigo como lícito.

En la categoría *estudiantes*, las alumnas Lucía y Olenka León Pacheco (Perú), estudiantes de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, presentaron la ponencia titulada “Todo niño tiene derecho a aprender en su lengua materna: El caso de la comunidad sorda en el Perú”. A partir del enfoque de violencia estructural de las ciencias sociales, analizan la realidad de niños, niñas y adolescentes con discapacidad auditiva en el Perú, quienes tienen escasas posibilidades para acceder a la educación. Su estudio tiene como referente el modelo social de discapacidad y propone una alternativa que atiende a la satisfacción real de tales derechos: el modelo bilingüe.

Cabe destacar que el proceso de evaluación consideró aspectos metodológicos, de contenido y de valor de las propuestas presentadas, y a partir de este se seleccionaron además 11 ponencias elaboradas por docentes, profesionales y estudiantes de Perú, Ecuador, Chile y España, las mismas que se han incorporado al presente libro.

Este esfuerzo académico representa un significativo aporte para la discusión científica en las seis mesas de trabajo que serán parte del Congreso Iberoamericano Interdisciplinario de la Familia e Infancia, que reunirá a docentes y especialistas de universidades nacionales y extranjeras, entidades del Estado, organizaciones no gubernamentales y sociedad civil, con miras a establecer espacios de discusión académica a nivel nacional e internacional sobre la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes miembros de colectivos vulnerables, y fortalecer lazos de cooperación a través de la Red Iberoamericana Interdisciplinaria de Docentes y Especialistas en Familia e Infancia.

Finalmente, debemos agradecer al Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho PUCP por su invaluable apoyo al haber auditado la convocatoria para la investigación y selección de ponencias, así como por la publicación de este libro.

Lima, 13 de septiembre de 2019

## INTRODUCCIÓN

### REIVINDICACIONES INTERNACIONALES DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA POR SUS DERECHOS, Y CONTRA LA VIOLENCIA Y LA VULNERABILIDAD

*Prof. Dr. D. Carlos Villagrasa Alcaide*

Profesor titular de Derecho Civil y director del máster en Derecho de Familia e Infancia de la Universitat de Barcelona  
Presidente de ADDIA, Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia

Cuando, en el mes de febrero de 2018, desde el máster en Derecho de Familia e Infancia de la Universitat de Barcelona, organizamos el primer Congreso Iberoamericano Interdisciplinario de la Familia e Infancia, centrándonos en las respuestas a la violencia contra la infancia y la adolescencia LGTBIQ+, desde una perspectiva de género y de infancia, no imaginábamos, ni en nuestros mejores sueños, que tal iniciativa compartida tendría una continuidad tan extraordinaria como la que ha supuesto el segundo congreso, magistralmente dirigido desde Lima por la doctora Carmen Julia Cabello Matamala, con ocasión del primer centenario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Esta segunda edición ha supuesto un gran avance, pues se centra en la violencia que sufren los niños, niñas y adolescentes que forman parte de colectivos vulnerables.

Se han realizado precongresos internacionales en España, México, Chile y Colombia, así como precongresos nacionales en distintas ciudades de la República del Perú.

En el trigésimo aniversario de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, a partir de la reconsideración del menor como verdadero titular de sus derechos, universales e indivisibles, partimos de su necesaria reconfiguración como verdadero protagonista activo de su propia existencia, teniendo en cuenta su capacidad progresiva, y actuando con el correspondiente respeto general a su forma de pensar, sentir, comunicarse y expresarse, así como poniendo en relieve las reivindicaciones globales a las que, desde una perspectiva interdisciplinaria, debemos atender si creemos en la construcción de un mundo en el que es posible garantizar la justicia social.

A partir del debate constructivo, académico y profesional, nos unimos para analizar e impulsar aquellos temas que precisan de mayor promoción, directamente relacionados con los derechos humanos de la niñez y la adolescencia, especialmente en los ámbitos en que se desenvuelven cotidianamente: la familia, los centros educativos y la comunidad a la que pertenecen.

Sin duda es la pobreza, es decir, una condición socioeconómica, el principal factor que incide en la discriminación y exclusión de niños, niñas y adolescentes.

Existen algunas cuestiones actuales que son centrales en cuanto a la violencia a nivel global contra la infancia y la adolescencia. Una de ellas es la trata de personas, y otra los movimientos migratorios, ya sea provocados por catástrofes naturales, conflictos bélicos o carencias económicas. Ambos fenómenos requieren una reconsideración de la desigualdad a nivel mundial, así como del derecho a la supervivencia, de forma que sea posible atender a los derechos humanos de las personas despla-

zadas o en tránsito sin improvisar soluciones contingentes, tal como sucede actualmente. Ello precisa tomar en consideración el contexto climático, así como las premisas del refugio y del asilo frente a la migración forzada, en su mayoría estigmatizada por la consideración legal y administrativa de situación irregular, por lo que implica una alta incidencia de vulnerabilidad y de rechazo social.

La construcción de la ciudadanía desde la niñez requiere de una triple consideración: la convicción desde la infancia de la propia titularidad de derechos y de responsabilidades, el respeto a su autonomía progresiva y su pertenencia a la comunidad social. Por lo tanto, es crucial que desarrollen habilidades útiles para el ejercicio responsable de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes cívicos, así como que tengan conocimiento cabal de las vías que la justicia ofrece para exigir de la administración y del resto de la ciudadanía el respeto a sus derechos más fundamentales, así como la reacción pertinente frente a cualquier manifestación de violencia que los conculque.

En los *Objetivos de Desarrollo Sostenible* y las *Reglas de Brasilia* se destaca la obligación de promover la vigencia efectiva de los derechos de la niñez y la adolescencia, y de actuar contra la violencia, especialmente aquella que tiene lugar en los colectivos de mayor vulnerabilidad, dentro de la gran diversidad de situaciones en las que se encuentran.

La regla número 78 de las 100 *Reglas de Brasilia* se centra específicamente en el necesario acceso a la justicia para las personas en situaciones de vulnerabilidad, con especial atención a la infancia y sus derechos. Estas reglas, emitidas en 2008 como recomendaciones desde la Cumbre Judicial Iberoamericana, cuentan con una comisión de seguimiento formada por autoridades judiciales de España, Panamá, Argentina y Holanda, que es presidida en la actualidad por D. Juan Martínez Moya, vocal del Consejo General del Poder Judicial español, que nos ha dado buena cuenta de los avances y de las dificultades que limitan su plena realización.

Además de la discriminación etaria como expresión de violencia, se acentúa la desigualdad en aquellas situaciones que requieren una atención urgente y que despiertan una sensibilidad emergente, cada vez mayor: la diversidad LGTBIQ+, tema que ya fue el centro del primer congreso iberoamericano; el enfoque o la perspectiva de género; la diversidad funcional o de las distintas capacidades humanas; la pluralidad étnica y cultural; el origen sociogeográfico, en un mundo en tránsito; etc. Al respecto, urge garantizar y reforzar el sistema de los derechos de la niñez y la adolescencia, desde un replanteamiento profundo y teleológico de las normas jurídicas, y de las políticas sociales, replanteamiento que debe tener como guía los principios de igualdad, no discriminación, prioridad presupuestaria, corresponsabilidad administrativa-comunitaria y principio del interés superior de la infancia.

No basta, por tanto, con adecuar las legislaciones internas a los parámetros de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, sino que se precisa su adaptación al entorno y a la realidad actual, así como el establecimiento de garantías sobre su cumplimiento efectivo, en función del desarrollo integral de la personalidad durante la infancia y la adolescencia.

Aunque la *Convención sobre los Derechos del Niño* carece claramente de una perspectiva de género, pues no aborda factores de vulnerabilidad que afectan exclusivamente a niñas y adolescentes, este enfoque resulta imprescindible en la actualidad para hacer frente a la violencia sexista desde la infancia, en concordancia con las políticas de igualdad. Debe ponerse especial acento en la prevención, además de atender los mayores desafíos en clave de derechos humanos, como lo son, entre otros fenómenos, (i) los casos de matrimonios forzados o unio-

nes tempranas, que se conciertan entre los progenitores de niñas y preadolescentes en buena parte del mundo; (ii) la violencia de género ejercida durante la niñez, que tiene graves efectos negativos; y (iii) los elevados índices de orfandad provocada por feminicidios.

Desde la perspectiva sexista de la ley, el patriarcado también hunde sus garras de inequidad ante la diversidad por orientación sexual e identidad de género, especialmente durante la adolescencia; son frecuentes las situaciones de violencia homofóbica y transfóbica, que generan consecuencias inadmisibles de conculcación de derechos humanos, lo cual se refleja en el alto índice de suicidios de jóvenes que son víctimas de acoso y discriminación en sus espacios de socialización, como las escuelas o las comunidades en las que viven. La prevención debe encaminarse a romper el círculo recurrente de la violencia y a erradicar prácticas nocivas como las terapias de conversión, que consisten un verdadero atentado a los derechos humanos, a la libertad personal y a la igualdad.

En cuanto a las causas que inciden directamente en las amenazas o en las condiciones de vulnerabilidad, especialmente respecto de quienes son empujados a condiciones de exclusión y de pobreza, se hace preciso fortalecer los sistemas de administración de justicia, para asegurar desde ese ámbito el pleno ejercicio de los derechos humanos y de sus garantías, mediante la introducción de mecanismos claros y expeditivos de exigibilidad y de cumplimiento, así como a través de la definición de programas y de actuaciones que lo faciliten, sin detrimento de la asignación de los recursos necesarios para asegurar su eficiencia.

La premisa de erradicar las múltiples prácticas de violencia que afectan a los sujetos durante la infancia y la adolescencia, en sus espacios de relación interpersonal, en consonancia con la recta aplicación del principio de igualdad, debe dirigirse a la proscripción de cualquier índole de discriminación contra niños, niñas y adolescentes, por diversas sinrazones o causas atávicas que multiplican y acentúan la desigualdad de trato en el acceso a la justicia, y que son incompatibles con la recta realización de los derechos humanos.

Así, la discapacidad, o la diversidad funcional y sensorial, es todavía un factor que propicia situaciones de vulneración y de discriminación, en la escuela y en la comunidad, que resultan en la exclusión y la restricción efectiva del ejercicio de sus derechos subjetivos, pues no se cuenta con las condiciones apropiadas para ello, como son los espacios de facilitación, de comunicación y de adecuación para garantizar el desarrollo de sus capacidades, además de su participación activa en todo aquello que les compete.

El propio Comité de los Derechos del Niño, de la Organización de las Naciones Unidas, ha mostrado su preocupación por la efectividad del derecho de la niñez a ser oída, preocupación expresada en el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a un Procedimiento de Comunicaciones*, como nuevo mecanismo de denuncia, frente a la violencia contra niños, niñas y adolescentes en todo el planeta, en consonancia con la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

Así, la inclusión total se convierte en el principal mecanismo de prevención de la violencia que sufren los niños, niñas y adolescentes con diversidad funcional, especialmente en cuanto a su derecho a la educación inclusiva —no puede ser de otro modo la enseñanza de calidad—, adecuada a sus condiciones personales. Las infancias tienen derecho a aprender en su lengua materna; al respecto debe prestarse especial atención a la comunidad sorda y a otros sectores de la población poco visibilizados.

De manera similar, los niños, niñas y adolescentes indígenas, que representan nuestros orígenes culturales, consuetudinarios e identitarios, sufren marginación, discriminación y exclusión desde la infancia, por el peso del clasismo y el relativismo cultural. Incluso son víctimas de violencia ejercida desde los sistemas jurídicos que no consideran la interculturalidad, a pesar de que se tildan de democráticos. La ausencia de una regulación normativa adecuada favorece el ejercicio de violencia simbólica en la educación de la niñez procedente de comunidades indígenas.

No cabe duda de que la educación de calidad, si cuenta con recursos suficientes y se imparte desde esquemas pedagógicos inclusivos, sin estar sesgada por condiciones socioeconómicas, es la mejor herramienta para erradicar la violencia de las relaciones humanas, entendida como un derecho jurídicamente exigible.

La convivencia pacífica es consecuencia de la cultura de respeto a los derechos humanos desde la infancia, contra cualquier tipo de violencia y discriminación. Por ello resulta preciso incidir en la importancia de la promoción de competencias y habilidades realmente interiorizadas para canalizar las controversias y el contraste de las diferencias, en clave de igualdad, esto es, sin frustraciones y sin agresividad. En dicha tarea cobran una relevancia inquestionable, en la actualidad, los sistemas de mediación, de justicia restaurativa y de justicia terapéutica.

En la era de Internet, no se debe olvidar ese espacio de comunicación, que los niños, niñas y adolescentes habitan, por lo que se debe fomentar su uso responsable, incluso como vía de difusión de los derechos humanos, sin actitudes negativas ni denigrantes, sino mediante la afirmación de sus valores positivos e incidiendo en que reconozcan que los adultos se sienten orgullosos de sus actitudes participativas.

Es necesario incidir, sobre todo, durante las etapas cruciales de desarrollo de la personalidad, tanto en la primera infancia, como en la adolescencia, en especial en cuanto a las potencialidades y capacidades de los seres humanos, en contra de la violencia, y con la consideración precisa sobre los estímulos cognoscitivos y psicosociales adecuados.

Tras tres décadas de vigencia de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, a los niños, niñas y adolescentes aún no se les considera como agentes en los espacios de decisión sobre aquellos temas relacionados con su propia existencia. Su derecho a ser oído a menudo es simbólico o residual, porque realmente no son tenidos en cuenta: no se les facilita ni los espacios ni los medios adecuados para plantear sus opiniones y recibir la respuesta correspondiente. Ese bajo grado de integración es aún menor cuando los menores se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, en las cuales no basta con oírles, sino que es preciso atenderles a través de una escucha activa ajustada a sus condiciones personales, para que se sientan atendidos y entendidos, como protagonistas que son de sus propios derechos, en un claro ejemplo de ciudadanía participativa y de convivencia democrática desde la infancia.

Aunque, con optimismo, es posible constatar en la sociedad civil una sensibilidad creciente por la defensa de los derechos humanos, y por la mejora de las condiciones de bienestar de la niñez y la adolescencia, debido a la existencia de movimientos globales como el segundo Congreso Iberoamericano Interdisciplinario de la Familia e Infancia, que es un magnífico exponente del compromiso por la justicia social, mediante el planteamiento de propuestas, respuestas y buenas prácticas dirigidas a la forja de un mundo apropiado para la infancia y la adolescencia, aún queda mucho por avanzar.

Al respecto, es necesario seguir muy de cerca el trabajo que las organizaciones no lucrativas y las instituciones públicas, el cual desarrollan con alta profesionalidad, como ha sido podido constatar en dicho segundo congreso gracias a la feria de presentación de servicios a favor de los derechos de la infancia, que congregó a destacadas entidades que se dedican con firmeza y convicción a la promoción, y a la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia.

Desde esta iniciativa compartida, con el objetivo de aunar esfuerzos, tanto institucionales como personales, que contribuyan a la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, constituimos la Red Iberoamericana Interdisciplinaria de Docentes y Especialistas en Familia e Infancia, y actualmente nos encontramos, con firme compromiso, rumbo al tercer Congreso Iberoamericano, que se celebrará en México, el cual contará también con una serie de precongresos y encuentros preparatorios para construir esa plataforma de acción cuya labor está orientada a contrarrestar los diversos factores que aumentan la vulnerabilidad de la niñez y adolescencia, y lograr la plena realización de sus derechos.

Seguimos sumando.

En Lima, 4 de octubre de 2019



**PRIMERA SECCIÓN**

**VIOLENCIA CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y  
ADOLESCENTES DESDE LA PERSPECTIVA DE  
GÉNERO**



# LA ACTUAL SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES HUÉRFANOS POR FEMINICIDIO

*Becky Raquel Montesdeoca Molina*<sup>1</sup>  
Universidad San Francisco de Quito  
Categoría Estudiantes

## **Sumilla**

El presente ensayo es un acercamiento académico a una de las problemáticas más vigentes y una de las más ignoradas alrededor del mundo: la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes que quedan en condición de orfandad debido al feminicidio de sus madres. Este análisis se enfoca en la situación posterior al crimen y en las cifras globales relevantes, así como en las soluciones presentes en el derecho comparado para la situación de dichas víctimas, que luchan día a día con las secuelas del feminicidio de sus madres y con sus propios miedos, por lo que tienen particulares necesidades de contención y seguridad tanto por parte de sus tutores como del Estado. Así, el objetivo principal de este ensayo es destacar la vulnerabilidad de este grupo humano y las acciones pendientes desde el Estado para lograr su protección integral, tomando como caso de estudio a Ecuador, cuya realidad actual y ordenamiento jurídico en materia de protección a dichas víctimas inocentes es el objeto de análisis.

## **Planteamiento Jurídico del Problema**

Para un niño, niña o adolescente (NNA), existen pocas situaciones tan difíciles como el trauma generado por la pérdida de su madre a causa de un feminicidio (Hardesty et al., 2008). Dicha situación suele ser la cúspide de la violencia intrafamiliar, y ocurre frecuentemente que los NNA son expuestos a esta como víctimas. Este fenómeno social no ha sido estudiado ampliamente, por lo que la situación de los NNA que adquieren el estatus de orfandad total o parcial a causa de feminicidio resulta desconocida. Por ejemplo, en Italia una investigación concluyó que, a pesar de que en los últimos años los estudios sobre feminicidio se han incrementado, la situación de los NNA cuyas madres han sido asesinadas continúa siendo ignorada (Ferrara et al., 2015). Ante dicha carencia, el derecho no puede eludir la responsabilidad de brindar una solución a tales casos. Así, el objetivo del presente trabajo consiste en visibilizar la situación actual en torno a dicho fenómeno, el cual tiene el potencial de generar daños individuales y colectivos, y ofrecer posibles soluciones jurídicas.

Los NNA se presentan como un grupo especialmente vulnerable ante la dinámica de violencia contra la mujer, ya que la mayoría de víctimas de feminicidio se encuentra en el rango

---

<sup>1</sup> Estudiante de séptimo ciclo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito (Ecuador).

de edad fértil (Mohanty et al., 2004). Asimismo, el problema se agrava en aquellos casos en que el perpetrador del feminicidio se suicida después de haber cometido el crimen (Hardesty et al., 2008). Por lo tanto, los NNA que ya han perdido a sus madres violentamente no solo pierden a su otra figura parental cuando esta huye o es detenida por las autoridades, sino también cuando se suicida. Dicha situación es crítica y requiere de atención estatal especializada que proteja integralmente a los NNA que la atraviesan. No en todos los casos en los que un NNA queda en una situación de orfandad a causa de la muerte violenta de su madre debido a un feminicidio, la situación previamente descrita se configura como la más grave y traumática. Además, no se trata de una situación aislada, sino que se repite en mayor o menor medida en todos los países del mundo.

Al momento de plantear una solución jurídica exhaustiva se debe tomar en consideración tanto la situación previa como la posterior al suceso en cuestión. Es necesario considerar el estado físico y mental de los NNA, tomar en cuenta si fueron testigos presenciales del feminicidio, y evaluar su situación legal y de cuidado posterior, así como identificar todas las necesidades especiales que puedan presentar. Es trascendental evaluar el caso particular de cada NNA, en aras de obtener una solución óptima; también es importante que la legislación de cada país tome en cuenta dichos factores, puesto que omitir el tratamiento jurídico de alguna de estas variables puede resultar perjudicial y ocasionar un daño futuro muy difícil de revertir en los NNA. Es solo a través de leyes y una organización estatal apropiada que el Estado será capaz de cubrir sus necesidades, y conseguir que los acontecimientos traumáticos y los abusos sean superados, lo que eventualmente podría significar una reducción general de la violencia intrafamiliar y la incidencia de feminicidio, lo que rompería los ciclos de violencia.

### **Elementos Esenciales por Considerar al Momento de Plantear una Solución Jurídica Integral**

El siguiente análisis interdisciplinario demuestra que la solución jurídica óptima es aquella que valora íntegramente la situación de los NNA sobrevivientes pre y posfeminicidio. Así, el primer elemento a considerar debe ser el estado físico y psicológico de los NNA después del hecho, en el momento en que el Estado inicia su intervención. Es común la previa exposición de los NNA a violencia doméstica antes de la ocurrencia de un feminicidio, puesto que los detonantes más comunes que llevan a la muerte de la mujer por parte de una pareja o expareja son la decisión de esta de que exista separación actual o inminente entre ambos (Ferrara et al., 2015) y los celos (Grant, 2010). Al existir usualmente un agresor que emplea tácticas de dominación y agresión continuas y repetitivas, los NNA resultan ser víctimas directas o indirectas de estas. El feminicidio es el último escalón de dicha violencia, que finalmente los coloca en situaciones de extrema presión psicológica como presenciar el asesinato de su madre, y el suicidio o detención de su padre u otra una figura cercana a ellos.

El trauma puede ser mucho mayor en casos en los que los NNA han permanecido junto al cadáver de sus madres o han debido huir en busca de ayuda mientras el feminicidio ocurría (Ferrara et al., 2015). Que un NNA sufra consecuencias psicológicas severas debido a la situación que ha atravesado provoca que disminuya, en general, la calidad de vida de este; así, surge la obligación estatal de proveer tratamiento psicológico especializado. Sin embargo, ello solo será posible si existe una estructura de salud pública adecuada y preparada. Al respecto puede tomarse como ejemplo el caso de Suiza, cuyo sistema de salud dirigido a los NNA comprende

seis tipos de proveedores de salud específicos, entre los que se encuentran proveedores de salud mental en unidades psiquiátricas de base universitaria o cantonal, psicólogos y psiquiatras (Jenni & Senhauser, 2016). La terapia psicológica debe ser personalizada y enfocarse en alcanzar objetivos generales como, por ejemplo, aliviar el sufrimiento, devolver el equilibrio psicológico y minimizar tanto como sea posible los problemas psicológicos futuros que puedan manifestarse como consecuencia del trauma vivido (Zeanah & Burk, 1984).

Se ha determinado que existen síntomas psicológicos comunes generados por el trauma del feminicidio entre los hijos sobrevivientes; entre los más frecuentes se encuentran las sensaciones de miedo, los recuerdos intrusivos y los comportamientos agresivos (Zeanah & Burk, 1984). La situación posterior de los NNA y el modo en el que estos reaccionarán ante el suceso en su vida adulta dependerá de la terapia y el apoyo psicológico que se les ofrezca después de ocurrido el crimen. Se ha demostrado que un NNA que no recibe la atención psicológica adecuada podría llegar a justificar el feminicidio argumentando que existió una provocación suficiente por parte de la víctima (Eth & Pynoos, 1994). Así también, la situación física de los NNA debe ser evaluada de acuerdo a un protocolo, de manera profesional. Ello puede llevar a determinar si estos han sido violentados de alguna forma y, de existir un delito punible, el Estado deberá ejercer su función investigativa para determinar la responsabilidad.

La situación de salud física posterior generalmente comprende algunos problemas de salud menores que son crónicos y que se manifiestan en un alto número síntomas, como enfermedades respiratorias, fiebre o diarrea severa. Los NNA abusados tienen un 19 % más de posibilidad de sufrir de anemia o retraso en su crecimiento normal (Hernández, 2018), lo cual pone en riesgo su desarrollo normal. Al considerar la situación familiar vivida por estos NNA, resulta muy posible que sus madres se hayan encontrado en una posición que les impedía identificar las necesidades de sus hijos; ello ocurre en países como Perú (Hernández, 2018) y Uganda (Karamagi et al., 2007). Otra variable importante es el hecho de que el NNA pudo haber sido el único testigo del crimen, por lo que su testimonio puede ser requerido tanto en el proceso de investigación como durante el proceso judicial, lo que implica retos que deben ser legalmente superados.

Históricamente en el derecho se ha utilizado ampliamente el testimonio de los NNA en la resolución de casos penales y civiles (Zeanah & Burk, 1984). En el caso del feminicidio, sin importar el tipo penal que se utilice en la legislación de cada país para sancionarlo, el testimonio de los hijos de la víctima puede ser determinante en formar el convencimiento de la culpabilidad de un individuo más allá de toda duda razonable. Tomar en cuenta esta posición de testigo es relevante, ya que, de acuerdo con datos obtenidos a nivel global, en cuatro de las seis regiones del mundo, el hogar de la mujer es el lugar donde es más probable que ocurra el feminicidio (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2018). El testimonio proporcionado por un NNA se recoge de forma distinta en cada país, pero una solución jurídica integral debe tomar en cuenta que el haber presenciado una situación extremadamente traumática y estar obligado a describirla ante personas que no siempre poseen el conocimiento psicológico necesario puede revivir el trauma, y provocar un daño importante en el NNA. La situación de un NNA como testigo es aún más compleja cuando es el padre quien ha cometido el crimen.

A pesar de la posible relevancia de las declaraciones testimoniales, el objetivo principal debe ser siempre proteger a los NNA y no provocarles mayores traumas. Sin embargo, se

reconoce que su testimonio puede resultar fundamental para obtener una sentencia condenatoria. La relevancia de dichos testimonios ha sido probada: de acuerdo a un estudio basado en entrevistas a NNA que presenciaron el homicidio de sus padres, Eth y Pynoos (1994) concluyeron que en estos testigos existe un recuerdo altamente fiable e incluso detallado de los eventos. Esto se opone a lo que expertos en el análisis de la veracidad de las declaraciones dadas por testigos adultos que han presenciado crímenes (Loftus, 1979; Winograd & Nisser, 1992) aseveran: por ejemplo, que un testigo ocular de un crimen puede resultar poco veraz en su aporte por factores como el estrés que provocó presenciar el crimen, o el tiempo transcurrido entre el suceso y la declaración. En consecuencia, la utilidad de que la justicia utilice los testimonios de los NNA como prueba durante un proceso judicial es muy alta, por lo que la ley debe establecer métodos psicológicamente aprobados para obtenerlos.

Cuando ha ocurrido un feminicidio, desde que la policía llega a la escena del crimen hasta el momento de la adjudicación judicial de la custodia, los hijos de la víctima requieren de cuidados especiales, en especial cuando el feminicidio ha sido perpetrado por el cónyuge de la víctima, ya que requieren de un lugar donde vivir de manera inmediata (Eth & Pynoos, 1994). Es necesario que las personas que se hagan cargo de su cuidado puedan asumir tal responsabilidad, y apoyarlos durante el proceso de investigación y judicial, brindándoles apoyo emocional y protección. Resulta evidente que, dependiendo del estado físico y emocional de los NNA, se deben tomar decisiones urgentes que garanticen su integridad. Así, los jueces deberán determinar medidas específicas de seguridad y protección para cada caso. La situación de los NNA, inmediata y posterior al feminicidio, es compleja, por lo que legislar sobre su estado resulta un reto. La evaluación caso a caso es imperativa; sin embargo, existen cuestiones generales que deben ser resueltas, como determinar si el NNA presenta heridas físicas, si su vida corre peligro, cuál es su situación familiar y económica, etc.

Inicialmente, apenas haya ocurrido el hecho y el NNA se encuentre a salvo, este requerirá del cuidado de una persona adulta; por lo general, este cuidado lo asumirán miembros de su familia cercana, como abuelos, tíos o hermanos mayores (Ferrara et al., 2015). Sin embargo, aquella debería ser una situación temporal; es necesario que un juez tome decisiones que velen por el interés superior del NNA, y que se determine su situación en relación a la existencia o no de patria potestad, o de determinación de custodia a otro familiar, e incluso, en algunas situaciones, el ingreso a un sistema de adopción y de cuidado estatal. En la práctica, la decisión de quién asumirá la tarea del cuidado de los hijos de la víctima se toma de manera informal, sin que exista intervención judicial. Lo más común es que los NNA queden bajo la custodia de miembros de su familia, pero puede ocurrir también que el cuidado sea asumido por personas extrañas a su grupo familiar, como amigos o vecinos (Jini & Roby, 2011). El problema que ocasiona esta práctica es que produce una situación de informalidad que impide el monitoreo de la idoneidad del cuidado de parte de las autoridades competentes.

Una vez que el NNA se encuentra bajo el cuidado de un adulto resulta imperativo aclarar su situación jurídica, ya que al faltar la madre es el padre quien debería asumir el cuidado. Sin embargo, las estadísticas demuestran que es altamente probable que la figura paterna sea quien cometió el feminicidio (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2018) y, de estos, el 29 % se suicida luego del crimen (Dawson & Gartner, 1998). En el primer escenario podría llegar a ser necesario que se impongan medidas de protección especial ante posibles agresiones o represalias en caso de que la persona sospechosa de haber cometido el delito

se encuentre en libertad. Así, si el padre es encontrado culpable del delito de feminicidio, u otros análogos, como el de violencia intrafamiliar, la patria potestad sobre el NNA deberá ser revocada inmediatamente. En ese momento surge la obligación de determinar quién obtendrá la custodia, lo cual se rige bajo las leyes específicas de cada país. Lo fundamental respecto de tal decisión será siempre que se anteponga el interés superior del NNA tomando en cuenta la situación particular de cada familia.

A la situación previamente descrita se la conoce como *cuidado formal*, en la cual el ambiente familiar ulterior es determinado por la autoridad judicial competente, que así establece derechos y obligaciones correlativos entre tutores y NNA. El cuidado formal no solo ocurre dentro de un ámbito familiar; se considera que existe aun cuando un NNA se encuentra bajo el cuidado y responsabilidad de una institución gubernamental. Este tipo de organización con respecto al cuidado ayuda a monitorear el desarrollo de los NNA implicados y facilita que el Estado, a través de sus instituciones especializadas, identifique sus necesidades con facilidad. Asimismo, proporciona datos que ayudan al desarrollo de programas especiales y a establecer un presupuesto (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2009). De esta manera, el NNA y su progreso pueden ser monitoreados, y el acompañamiento estatal puede detectar casos de violencia o maltrato hacia este grupo especialmente vulnerable. La ley se encuentra obligada a disponer y organizar directrices que aseguren un manejo cuidadoso del futuro que tendrán estos NNA y que evitarán la revictimización que produce encontrarse en un ambiente perjudicial para su bienestar.

Tomando en cuenta que la situación planteada en el presente ensayo no ha sido analizada sistemáticamente, la falta de investigación acerca de la situación que atraviesan los miembros de la familia que deben hacerse cargo de los hijos de la víctima es aún mayor. Las personas que asumen el cuidado de estos NNA cumplen un rol fundamental en el proceso de duelo y de crecimiento futuro, por lo que requieren de una guía psicológica que los ayude a manejar la situación de manera óptima. Si no la obtuviesen, es probable que adopten una actitud poco adecuada, como ejercer presión para que el NNA olvide lo ocurrido, obligarlo a no hablar del suceso, e incluso hacer que niegue su versión de los hechos (Ferrara et al., 2015). La gran mayoría de estudios sobre el tema menciona muy brevemente la necesidad de cuidado posterior, pero realiza un análisis pormenorizado de todas las dificultades que esto conlleva. La capacidad de los adultos responsables de proveer un entorno seguro y comprensivo es crítica, y determina la adaptación futura de los NNA bajo su cuidado; además, se requiere el soporte de centros escolares y redes de apoyo amplias.

Hasta el año 2008 no existía estudio alguno que tratara la vivencia posfeminicidio en el ámbito familiar, y actualmente no es posible encontrar un análisis jurídico detallado sobre ello. Sin embargo, la revista especializada *Journal of Family Issues* publicó un estudio conducido dentro de Estados Unidos en el cual se analizó la situación ulterior de varias familias que habían tenido que atravesar la pérdida de una madre y un familiar a causa del feminicidio, los mecanismos de superación que han desarrollado y las dificultades presentadas (Hardesty et al., 2008). Aquel estudio fue realizado sobre la base de otros cuyo enfoque era la situación de personas adultas que eran familiares de una víctima de homicidio. Estos familiares se denominan *co-victims* y poseen una manera particular de responder ante el suceso, ya que sufren la pérdida de un miembro de su familia por causas menos comprensibles que un accidente o una enfermedad. Las cóvictimas resultan muy propensas a guardar sentimientos de ira o venganza,

lo cual no es un estado mental ideal para cuidar de un NNA que atraviesa una etapa de duelo y trauma.

Los problemas relacionados a la salud mental y al duelo no son los únicos relevantes para las covíctimas, ya que su situación involucra adaptarse a cambios bruscos relacionados a lo que implica convertirse en una nueva figura parental. Cuando el feminicidio es provocado por el padre de los NNA, se producen conflictos entre los grupos familiares de la víctima y del perpetrador, principalmente relacionados al cuidado y crianza de los hijos de la pareja, lo que resulta en otra posible fuente de estrés para el tutor. Otro factor para tomar en cuenta es cómo puede afectar al presupuesto de una persona o una familia el hacerse cargo de uno o más NNA que requieren de cuidados especializados, además del tiempo que debe dedicárseles. La situación, en general, cuando concurren estos elementos y otros que no han sido considerados, puede sobrepasar a las covíctimas y la responsabilidad que cae sobre ellos puede ser excesiva, lo que eventualmente podría llevar a que recurran a arreglos con otros miembros de la familia o amigos para que se encarguen del cuidado de los NNA involucrados, lo que los introduce a un sistema de cuidado informal, con todas las desventajas que ello implica.

En este contexto resulta pertinente analizar la Ley 27.452, también conocida como Ley Brisa, vigente en Argentina desde su promulgación el 5 de julio de 2018. Mediante esta norma se estableció un sistema de reparación económica a los NNA víctimas del feminicidio de su madre, entre otros supuestos, cuando este haya sido provocado por su progenitor o progenitor afín, es decir, el cónyuge o conviviente de su madre, de acuerdo a la definición que provee este cuerpo legal. Así se busca alivianar la carga económica de los tutores de los hijos de la víctima, quienes en este caso cuentan con una pensión equivalente a una jubilación mínima que pueden percibir hasta los 21 años, o incluso de por vida, en caso de padecer alguna discapacidad, la cual se obtiene de manera retroactiva al momento de ocurrido el feminicidio. Tal cuerpo legal ha sido criticado en algunos aspectos técnico-jurídicos que no fueron desarrollados de la manera más adecuada, dada la presión que existía para su aprobación en la Cámara de Diputados; sin embargo, reconoce la difícil situación económica que atraviesan los NNA como víctimas directas y sus tutores como víctimas indirectas.

Ejemplos como el de la Ley Brisa se pueden encontrar en otros países que han considerado esta problemática y han tomado decisiones jurídicas con intención de brindar apoyo a estas familias. Un antecedente importante es el caso de España, donde los hijos de la víctima reciben una pensión, recientemente aprobada, por un valor de 600 euros. Sin embargo, en ese país los esfuerzos por compensar a estos NNA se remontan a 2009, cuando se aprobó por primera vez la obligación de entregar una pensión compensatoria a los hijos de las mujeres víctimas de violencia. Así también, en 2011 Uruguay aprobó la Ley 18850, que establece la obligación de entregar “una pensión mensual cuyo monto” es el “equivalente al de [una] prestación asistencial no contributiva por vejez o invalidez”, además de “una asignación familiar especial” (Rodríguez & Pautassi, 2016, p. 8, nota al pie 5). Si bien el apoyo dentro del ámbito económico no garantiza la estabilidad en el interior de estas familias, resulta fundamental para que los NNA accedan a condiciones de vida dignas, que les permitan proyectarse hacia el futuro sin tener que sufrir enfermedades, desnutrición o la imposibilidad de educarse por falta de recursos.

Finalmente, un elemento fundamental en el proceso de retorno a una rutina normal para los NNA que han atravesado esta circunstancia está relacionado a su reingreso, o ingreso, al

sistema escolar. Muchos tutores manifiestan preocupación sobre el comportamiento que pueden presentar estos NNA al encontrarse con personas de su edad (Hardesty et al., 2008). La readaptación académica puede resultar difícil sin una guía adecuada. Por lo tanto, se presenta la necesidad de crear planes nacionales de educación, orientados a que el personal docente y los psicólogos escolares se encuentren preparados para afrontar estas situaciones, y se evite así la estigmatización o retraso en el progreso escolar de dichos NNA.

La normativa que cada país puede desarrollar corresponderá con la realidad particular de quienes permanecen en situación de vulnerabilidad luego de la pérdida de su madre a causa de un feminicidio. Los elementos indicados anteriormente son aquellos que se consideran fundamentales para asegurar, en la medida de lo posible, que las víctimas reciban una reparación integral. El objetivo principal es que estos NNA sean capaces de vivir de forma acorde a su edad, y que la violencia a la que fueron expuestos no condicione su futuro, ni sea normalizada y reproducida. Existen muchas otras posibles dificultades que pueden o no tomarse en cuenta al momento de crear leyes o reglamentarlas; sin embargo, la necesidad principal se mantiene: la creación de dicha normativa alrededor del mundo. Este grave escenario se repite para NNA de todas las edades, todas las regiones y todas las clases sociales, pero principalmente aquellos en situaciones de pobreza (Hardesty et al., 2008), lo que los coloca en una posición especial de indefensión.

### **Situación Actual de los NNA que Atraviesan dicho Escenario en Ecuador**

Se considera que un análisis de este problema en Ecuador es necesario, ya que los casos que influyeron directamente en la realización de la presente investigación y su enfoque en la especial vulnerabilidad de estos ocurrieron en dicho país. La gran mayoría de casos llegaron a mi conocimiento a través de medios de comunicación y redes sociales, pero, hasta el momento de la realización de este ensayo, no me era claro cuáles eran las medidas de protección que el Estado ecuatoriano provee a través de su ordenamiento jurídico a favor de dichos NNA. Así, la presente sección se enfocará en realizar un análisis cuantitativo de los casos que han tenido lugar en el país, del ordenamiento jurídico actual y las herramientas jurídicas a disposición de las víctimas, y, finalmente, de aquello que aún hace falta implementar a fin de que exista una verdadera protección a los NNA que viven la ausencia de su madre. Además, se mencionará el caso de tres familias ecuatorianas que han perdido a una mujer por feminicidio, y las dificultades que han debido atravesar los NNA y sus tutores, junto con la situación actual de su vida familiar.

De esta manera, la primera parte del análisis de la situación en Ecuador implica recurrir a datos y estadísticas oficiales provistas por las entidades estatales competentes, cifras con las que se puede obtener una visión general del problema. Es importante recalcar que en el país existen datos oficiales acerca del feminicidio únicamente a partir de 2014, cuando entró en vigencia el *Código Orgánico Integral Penal*, que derogó el anterior código penal e incluyó la tipificación de este delito:

Femicidio. - La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años. (art. 141)

Así, se diferenció este delito del de asesinato y de homicidio; esto implica que, a pesar de que muchas mujeres fueron asesinadas por su condición de género en Ecuador antes de 2014, no se

entendían estas muertes como consecuencia de la violencia de género. Por ello, tampoco existen datos relacionados a sus hijos, si los tenían, ni a la situación posterior de estos. A partir de esta sección del ensayo se utilizará el término *femicidio* a causa de esta peculiaridad normativa.

La Dirección Nacional de Delitos Contra la Vida, Muertes Violentas, Desapariciones, Extorsión y Secuestros (DINASED) realizó una publicación en 2018 acerca de los delitos de mayor relevancia en el país. De acuerdo con las estadísticas presentadas, que reúnen datos recolectados desde agosto de 2014 hasta junio de 2018, en ese periodo se reportaron 295 casos del delito de femicidio en Ecuador. De acuerdo con lo expuesto por esta misma entidad, 94 de un total de 109 víctimas registradas en 2017 fueron victimadas por problemas que califican como “sentimentales” o situaciones de maltrato en todas sus formas (DINASED, 2018). Estas cifras resultan alarmantes, ya que, según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), para 2017, en Ecuador cada tres días se producía un femicidio. Además de ello, el 37 % de las víctimas se encontraba en un rango de edad entre 25 y 34 años (INEC, 2018), lo cual, en un país donde la edad promedio en la que una mujer da a luz a su primer hijo es de 21 años (INEC, 2010), resulta un factor importante, ya que existe una alta probabilidad de que la mayoría de las mujeres víctimas de femicidio en Ecuador hayan sido madres.

Resulta relevante dentro de la presente investigación que al indagar sobre cifras oficiales acerca de la situación actual de los NNA ecuatorianos que han quedado en esta particular situación de orfandad, no haya sido posible encontrar información al respecto. Además, las cifras presentadas por la DINASED no coinciden con las expuestas por el INEC en el *Atlas de Género* (2018) al seleccionarse un rango de tiempo comparable entre ambas publicaciones (2014 a 2017, puesto que la publicación del INEC no contabiliza los casos registrados en 2018). Existen inconsistencias evidentes entre una publicación y otra, ya que la DINASED registra ocho casos más de femicidio que el INEC, que presentó 249 casos inscritos. Sin embargo, según diversas organizaciones sociales no gubernamentales, la realidad no se ve reflejada en las cifras oficiales. De acuerdo con el criterio del asesor jurídico de la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (CEDHU), el abogado César Duque, quien accedió a concederme una entrevista, esto se debe a que muchas veces el delito se procesa como una violación con resultado de muerte, un asesinato, un homicidio o incluso como un sicariato, cuando en realidad es un caso de femicidio.

Por lo tanto, organismos no gubernamentales como la CEDHU o el Taller de Comunicación Mujer se han abocado la tarea de llevar un registro más preciso de los delitos que reúnen las características necesarias para considerarse femicidio, pero que por cualquier motivo no son tratados como tal. Además de ello, en un análisis realizado por las dos ONG previamente mencionadas, con el apoyo de la Unión Europea, se examinó la respuesta judicial por parte del Ecuador ante el femicidio (Godoy & Tirira, 2016), el cual indica que en 2016 tuvieron lugar 119 femicidios a nivel nacional. Esa cifra representa una diferencia importante con respecto a los datos oficiales, que señalan solo 67 casos para el mismo año. Ello se debe a que el análisis en cuestión considera aspectos que las instituciones especializadas del Estado omiten: la metodología empleada consistió en tomar una muestra de 45 sentencias judiciales que permitió generar una matriz de variables que aportó datos relevantes, tales como situaciones particulares de vulnerabilidad de la víctima, características del agresor y, el aspecto más relevante para esta investigación, datos sobre NNA involucrados y sobre los familiares que han quedado a cargo de su cuidado.

Según los casos de muestra, en 2016 un total de 65 NNA pasaron a estado de orfandad a causa del femicidio de su madre. La mayor parte de estos se encontraba en un rango de edad entre 0 y 11 años, y el padre biológico fue el femicida en 25 ocasiones, es decir, en más de la mitad de los casos analizados. Adicionalmente, existieron casos en los que el agresor asesinó también a NNA además de a la mujer; en el año 2016 esto ocurrió en siete ocasiones. Por otro lado, si el hecho de que la madre sea asesinada ya genera un trauma, ser testigos de ello es aún más grave: al menos 25 NNA presenciaron el crimen como testigos oculares y otros 11 se encontraban en el mismo inmueble cuando se cometió el femicidio. En relación a las personas que asumen el cuidado de los NNA sobrevivientes, existe un amplio porcentaje (el 46 % de los casos) respecto de los cuales se carece de información (Godoy & Tirira, 2017). Esto resulta particularmente preocupante, ya que no existe control ni seguimiento a estas familias, lo que puede generar problemas propios del sistema de cuidado informal.

En relación al 54 % restante, en la mayoría de los casos es la abuela materna quien se hace cargo del cuidado de los NNA. Siguen, en orden de recurrencia, ambos abuelos maternos, los hermanos mayores de edad, el padre biológico, los tíos maternos y, finalmente, amigos de la madre (Godoy & Tirira, 2017). El estudio citado toma en cuenta las consideraciones que se han indicado a lo largo del presente ensayo, aunque de manera sucinta; se reconoce que en las sentencias dictadas no se hace referencia a los hijos de la víctima ni a las posibles condiciones de vulnerabilidad que pueden presentar las personas que tendrán la custodia de estos NNA. Situaciones como pobreza extrema, enfermedades catastróficas, vejez o discapacidad no son tomadas en cuenta, a pesar de que se busca que existan medidas de reparación integral hacia las víctimas indirectas de estos delitos. Otros datos aportados por este estudio se corresponden con los datos generales obtenidos en diversos países: en el 80 % de los casos existe alguna clase de relación sentimental entre la víctima y el agresor, en el 48 % de casos el delito se desarrolló en una vivienda, el método más recurrente de dar muerte a las víctimas es a través de apuñalamiento, etc. (Godoy & Tirira, 2017).

A pesar del esfuerzo realizado por estas organizaciones, es de vital importancia que las instituciones estatales manejen estadísticas fiables respecto de este problema tan ampliamente diseminado en el Ecuador. La falta de información oficial permite que se especule con el número de víctimas. En el caso específico de los NNA en situación de orfandad posfemicidio, un ejemplo es la nota de investigación periodística publicada por el diario *El Telégrafo*, donde se afirma que, desde 2014 hasta febrero de 2019, 877 NNA han atravesado esta situación (“El femicidio deja 877 niños en la orfandad”, 2019). La fuente de la cual se obtuvieron las cifras presentadas es la CEDHU; sin embargo, de acuerdo con lo manifestado por el asesor jurídico de aquella organización, se han registrado datos desde 2011 hasta mayo de 2019 sin diferenciar si los NNA ya habían alcanzado la mayoría de edad legal o no, la cual es de 18 años en Ecuador. De acuerdo con las cifras que fueron proporcionadas para el desarrollo de esta investigación, en el periodo de tiempo mencionado 1,383 hijos han perdido a su madre a causa de un femicidio. Cabe recalcar que los datos presentados por la CEDHU son recopilados principalmente a partir de lo presentado en medios de comunicación, además de fuentes oficiales.

En relación al ordenamiento jurídico actual, en Ecuador existen varias leyes, decretos y reglamentos que regulan el manejo que se debe tener de los NNA en cuestión, lo cual depende de su situación general y particular. Por ello, se procede a analizarlas con el fin de determinar qué es lo que aún falta por normar y qué se puede mejorar en la normativa vigente para

cumplir el objetivo final: protegerlos de la violencia y colaborar en su reintegración. Ya que la Constitución (2008) es la norma suprema en Ecuador, en tenor a lo expresado por esta, se considera a los NNA como parte de los grupos de atención prioritaria para el Estado (art. 5), y se garantiza su derecho a acceder a una asistencia humanitaria preferente y especializada (art. 42). Asimismo, se resalta la obligación compartida del “Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas” (art. 44). Todas estas disposiciones de la Constitución en referencia a los NNA se corresponden con lo dispuesto en tratados internacionales ratificados, los cuales, por mandato constitucional, prevalecen por sobre la Constitución en caso de reconocer derechos más favorables (art. 424).

La mención legal más relevante acerca de la situación particular de los NNA que son víctimas del femicidio de su madre se encuentra en el *Código Orgánico Integral Penal*, contenida en el artículo 142, donde se enumeran las circunstancias consideradas como agravantes de este crimen. Así, quien cometa el delito de femicidio en presencia de hijas, hijos o cualquier otro familiar de la víctima recibirá el máximo de la pena prevista, la cual corresponde a 26 años de pena privativa de libertad. Sin embargo, la involucración de NNA es mucho más que un agravante, y su situación particular posterior requiere ser definida judicialmente en el menor tiempo posible. Así lo establece el *Código de la Niñez y Adolescencia (2003)*, donde una de las medidas de protección que son aplicables a este caso particular se refiere a la posibilidad de encargar su custodia de emergencia a un hogar de familia o entidad de atención por un periodo máximo de 72 horas, tiempo en el cual una autoridad judicial deberá disponer de la medida de protección que corresponda. Asimismo, señala que existe responsabilidad por parte de las autoridades de darle seguimiento y evaluar periódicamente su efectividad (art. 219).

El *Código de la Niñez y Adolescencia (2003)* otorga también la posibilidad de privar permanentemente la patria potestad por vía judicial en casos en los que el femicidio ha sido perpetrado por el progenitor de los NNA. Si bien este código no menciona el femicidio de la madre como una de las causas por las cuales se pierde la patria potestad, el primer numeral del artículo 113 contempla esta posibilidad en caso de que haya existido maltrato físico o psicológico, grave o reiterado, hacia los NNA, lo cual en estos casos es altamente probable. No obstante, se considera importante incorporar al femicidio a las causales que determinan la pérdida definitiva de la patria potestad. Además, desde el 8 de marzo de 2019, a través del Decreto 696, se creó, “con el objetivo de contribuir en la mejora de sus condiciones de vida y subsistencia como sujetos de derechos”, el denominado *Bono para NNA en Situación de Orfandad por Femicidio*. Mediante dicho bono resultan beneficiados aquellos NNA entre 0 y 18 años que hayan atravesado esta situación, y que, además, se encuentren en situación de pobreza, de acuerdo a ciertos parámetros establecidos.

Uno de los parámetros que se considera clave es la existencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada en contra del victimario. Este requisito puede provocar que el bono no represente una posibilidad real de obtener apoyo estatal para todos los NNA que lo necesitan, ya que, de acuerdo con los requerimientos especificados en el Decreto 696 (2019), no se consideran, por ejemplo, los casos en los que el perpetrador del crimen se suicida, pues no puede desarrollarse ninguna acción penal en su contra. También quedan fuera de consideración aquellos casos en los que el perpetrador huye y no resulta aprehendido ni juzgado, aunque este haya sido denun-

ciado por varias organizaciones sociales. Ocurre asimismo que muchas veces, a pesar de que el delito reúne las características de un femicidio, el crimen no se juzga como tal, por lo que los NNA descendientes de la víctima quedan en situación de indefensión. Si bien los beneficiarios de esta bonificación son únicamente NNA de bajos recursos económicos, se considera que es necesario ampliar la posibilidad para que cualquier NNA que haya perdido a su madre en un femicidio comprobado como tal se encuentre en posibilidad de obtenerlo. De cualquier forma, a pesar de las fallas que esta iniciativa presenta, es un paso importante en el proceso de reconocimiento y atención especializada que estos NNA requieren de manera primordial.

Se considera relevante también analizar de manera breve el *Protocolo de Actuación Policial en Tentativas y Lesiones*, vigente en Ecuador desde 2016. En este se menciona a la Policía Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes, como “una unidad especializada encargada de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los NNA consagrados en la Constitución de la República y en los Convenios Internacionales” (Ministerio del Interior, 2016). Además, se puede encontrar una sección acerca de cómo debe ser la actuación policial en casos de flagrancia para los delitos de lesiones, tentativas de homicidio, femicidio, asesinato y sicariato; sin embargo, no se menciona el procedimiento a seguir en caso de que el femicidio se haya consumado y los NNA se encuentren en el lugar. A pesar de ello, se menciona que en los casos de violencia intrafamiliar en los que las víctimas sean menores de edad se solicitará la presencia de personal policial especializado de la Dirección Nacional de Policía Especializada para Niños, quienes serán los encargados de ubicar a los NNA encontrados en un hogar temporal o en una institución de acogida.

Pese a que se menciona al femicidio dentro de dicho protocolo, no se considera la posibilidad de que luego de ocurrido pueda encontrarse NNA en la escena del crimen, quienes pueden haber presenciado el femicidio de su madre y el suicidio de su padre, o pueden ser víctimas de violencia por parte del femicida de su madre, por lo que necesitan de intervención inmediata de la Unidad de Policía Especializada, así como ayuda psicológica y la seguridad de encontrarse con otros miembros de su familia en el menor tiempo posible. Por estas razones se considera necesario que se establezcan protocolos de actuación policial que contemplen estos casos. Además, sería de gran utilidad para la familia de las víctimas, la mujer que ha perdido la vida y los hijos sobrevivientes, que exista una guía pormenorizada acerca de cómo actuar y ante qué autoridades se puede acudir para proteger el interés superior de los NNA. Un documento como el indicado puede encontrarse en República Dominicana, en el cual se busca aclarar cuáles son los medios de intervención estatal en sus roles y funciones para abordar de forma coordinada su protección.

Los NNA y demás familiares de las mujeres víctimas de femicidio son más que cifras dentro de estadísticas oficiales y no oficiales, y los problemas y desafíos que deben atravesar en Ecuador para superar la pérdida violenta de un miembro de su familia son reales. Esta realidad se conoce principalmente porque los medios de comunicación, las organizaciones sociales y la población en general a través de redes sociales informa y comparte estos casos. Cada mujer asesinada por el simple hecho de serlo es una muestra de que no existe verdadera seguridad para más de la mitad de la población ecuatoriana (INEC, 2010), y que tampoco existe un programa estatal que asegure la protección y el cuidado especial que requieren los hijos de estas mujeres. Es por ese motivo que se considera significativo recordar sus historias, impedir que el olvido y la desidia permitan que estos ciclos de violencia se repitan y se deje en indefensión al

grupo de la población que más necesita de protección y cuidado especial. Los casos que siguen son reales y muestran la magnitud del problema, y se espera que sean un llamado para que las autoridades competentes alrededor del mundo comprendan su magnitud.

El primer caso referido ocurrió en la provincia del Azuay, en el sur de Ecuador, específicamente en el cantón Gualaceo, donde, el 24 de mayo de 2016, Ana perdió a su madre, quien fue golpeada y estrangulada por su padre en la casa que compartían, quien luego arrojó su cuerpo al río. Este crimen fue el primero de esta naturaleza en ser sentenciado como femicidio en esta provincia, y a pesar de que el femicida cumple con una condena de 26 años de reclusión mayor (Pazán, 2018), Ana vive con las consecuencias de lo sucedido cada día de su vida. El crimen ocurrió cuando tenía cuatro años y ahora es su abuela materna quien cuida de ella. Ruth, la madre de la niña, había sufrido de violencia intrafamiliar antes de su muerte, lo cual la niña recuerda. Para ella, “el malo de su padre” siempre la golpeaba. Ana tuvo que recibir ayuda psicológica especializada durante un año para poder asimilar lo ocurrido, ya que luego del crimen adquirió el hábito de pararse en medio de la carretera esperando que un vehículo la arrollase para poder morir y así reunirse con su madre. Zoila, la abuela de la niña, posee unos pocos cultivos y unas cuantas ovejas, que es lo único con lo que cuentan para mantenerse, mientras sufren la pérdida de la persona más importante de sus vidas.

El siguiente caso ocurrió en junio de 2017, en el cantón Daule, ubicado en la provincia del Guayas. Allí Geomara, de 27 años, fue degollada en su hogar por su conviviente frente a sus dos hijas. Las niñas tenían ocho y dos años al momento del crimen, el cual presenciaron por completo desde lo alto de una litera. Ahora Gloria, la abuela materna de las niñas, es quien se encarga de su cuidado a pesar de pertenecer a la tercera edad y encontrarse en situación de pobreza; para ella lo más difícil ha sido ver crecer a sus nietas con el trauma que implicó lo que vivieron. A pesar de que el autor del crimen fue capturado y sentenciado, la necesidad de ayuda se mantiene (“Conviviente dijo que mató a su pareja”, 2017).

Finalmente, uno de los casos más difundidos en el país fue el del femicidio de Paola Moromenacho, quien dejó en la orfandad a una niña menor de edad, cuyo nombre y edad al tiempo del crimen no se ha difundido. Este fue perpetrado por el exesposo de la víctima, de nacionalidad española, quien la había agredido en España a lo largo de su matrimonio. Paola, ante la violencia, decidió retornar al Ecuador junto con su hija y establecerse en el cantón Cayambe, provincia de Pichincha. En el caso de Paola, su familia tuvo que esperar casi dos años para que la sentencia fuese ejecutoriada contra el femicida, quien fue condenado a 34 años de pena privativa de libertad. Este tiempo fue determinado a causa de las circunstancias agravantes que incluyó el delito, puesto que Héctor M. aprovechó que realizaba una visita a la hija en común para acabar con la vida de Paola con 19 puñaladas, y posteriormente dejar su cadáver en un bosque cercano, dentro de un vehículo. Los tíos de la niña no descansaron en su lucha por obtener justicia, tanto para su hermana como para su sobrina; gracias a ello, se sentenció al hombre a entregar la cantidad de 30,000 dólares a la familia. Además, son ellos quienes han asumido el cuidado y crianza de la niña (“34 años de prisión para español por femicidio”, 2019). No obstante, es poco común que en estos casos se establezca una sanción económica que beneficie a la familia de la víctima (Godoy & Tirira, 2016). Este caso en específico arroja luz sobre otra materia importante: el potencial peligro que atraviesan las mujeres que tienen hijos menores de edad con alguien que las ha agredido previamente; ello se debe a que pueden ser víctimas de violencia más fácilmente cuando se ha establecido un régimen de visitas.

Ecuador, como muchos otros países de Latinoamérica y el mundo, se ve enfrentado a esta realidad de forma contundente: los casos se repiten día con día, así como sus características. La violencia generalizada solo genera mayor violencia, y los NNA que enfrentan estas situaciones requieren ayuda inmediata y eficaz. Se han dado pasos importantes en aras de impedir que el femicidio se incremente; a pesar de ello, muy poco se hace de manera práctica por proteger a todos los NNA que se ven abandonados, y en muchas ocasiones se ven enfrentados a la pobreza y la violencia después del femicidio. Se requiere una ley o reglamento especial que norme la materia, y se necesita tomar en cuenta los casos en los que no existen sentencias ejecutoriadas por femicidio, pero sí NNA desprotegidos y madres muertas. Se necesita que el apoyo estatal sea completo, lo cual requiere desde mayor eficiencia en la investigación y dictado de sentencias en menor tiempo, hasta apoyo psicológico estatal especializado. El femicidio es un problema estructural de la sociedad, y los NNA huérfanos que deja atrás son los menos tomados en cuenta, a pesar de ser las víctimas que sobreviven al delito.

Los protocolos policiales deben ser más específicos y las unidades de policía especializadas deben recibir capacitación constante para poder lidiar con tales situaciones sin provocar mayor daño. Se requiere llevar a cabo una reforma del *Código de la Niñez y Adolescencia* que tome en cuenta esta situación, y brinde lineamientos sobre cómo proceder con la custodia y el seguimiento posterior de estos NNA, así como de la responsabilidad posterior del padre, de ser este el femicida, aun cuando haya perdido la patria potestad sobre ellos. Capacitar al personal docente de centros educativos debe ser una prioridad, pues estos pueden contribuir a detectar si el NNA está siendo víctima de violencia y, en los casos en los que haya tenido lugar el femicidio de la madre, ayudarlos a una mejor adaptación y a detectar posibles signos alarmantes en su comportamiento. Los demás familiares, en especial quienes obtengan la custodia de estos NNA, requieren una guía psicológica adecuada, así como recursos económicos que les permitan darles sustento. Se considera fundamental que las estadísticas oficiales sean acordes a la realidad nacional, porque solo así podrá atenderse a cada NNA en tal escenario, así como planificar políticas públicas eficientes.

### Conclusiones

El presente ensayo plantea un problema real en términos de necesidades jurídicas; busca abordar la mayor cantidad de ángulos posibles al proveer datos globales y específicos para el caso de Ecuador. Estos abordan las condiciones físicas, mentales, de relación familiar, de dificultades legales y de adaptación posterior de los NNA que han adquirido estatus de orfandad a causa del femicidio de su madre. La idea surgió a partir de la observación de casos de femicidio ocurridos en Ecuador, que casi siempre involucraban a uno o más NNA, así como la grave situación de los familiares que asumen su cuidado. Es habitual que no exista un seguimiento posterior a estos NNA y sus familias. Bajo mi criterio es poco probable encontrarse en una situación más vulnerable que la de un NNA que ha presenciado el femicidio de su madre, posiblemente el suicidio o arresto de su padre u otra figura conocida, y que debe ser cuidado por otros miembros de la familia, o incluso por instituciones de cuidado, después de vivir aquello.

La importancia de la intervención desde el derecho es clara, ya que es a través de normas que se puede brindar apoyo legal, médico y económico en estos casos. La mayor dificultad está en la obtención de datos, un problema muy poco estudiado o reglamentado, ya que la

mayoría de los datos e investigaciones se centran en el feminicidio, mas no en las víctimas que sobreviven a tal. Otro problema recurrente es la terminología, ya que no todas las legislaciones poseen un tipo legal específico, ya sea feminicidio, femicidio o similares: la falta de unidad genera mayor dificultad para obtener la información requerida. Asimismo, la mayoría de los estudios publicados corresponden a la rama de la psicología; no se encontraron investigaciones jurídicas que abordasen la situación desde una visión legal, tan necesaria en tales circunstancias. Los NNA no son evaluados metódicamente, no existen datos a escala global sobre cómo se desarrolla su vida posterior cuando ha existido apoyo, cuando han carecido de este y cuando la situación familiar posterior es prácticamente desconocida.

Los tratados internacionales no toman en cuenta a estos NNA, así como tampoco lo hacen las leyes nacionales en la mayoría de los países investigados. A pesar de la gravedad de la situación, esta es ignorada, por lo que se espera que trabajos como este expongan la urgencia con la que se requiere acciones inmediatas. Además de la dificultad de encontrar información acerca de estos casos, la mayoría de recursos disponibles se encuentran en inglés y son accesibles solo para círculos académicos, pues se encuentran en publicaciones de revistas especializadas. Asimismo, dicha información no se traduce en en esfuerzos jurídicos orientados a encontrar soluciones legales de protección. Mientras cada Estado no comprenda que la protección de estos NNA es una prioridad, y que la falta de apoyo solo genera más víctimas y victimarios, no se hará justicia. Así, permanece vigente la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico de cada país para contar con leyes que contemplen cada posibilidad y tomen en cuenta cada uno de los elementos que componen estos casos, que permitan prevenir el feminicidio y, si este ha ocurrido, que los NNA involucrados no se vean aún más perjudicados.

## REFERENCIAS

- 34 años de prisión para español por femicidio de Paola Moromenacho. (2019, 24 de abril). *Vistazo*. Recuperado de <https://www.vistazo.com/seccion/pais/actualidad-nacional/34-anos-de-prision-para-espanol-por-femicidio-de-paola-moromenacho>
- Aguilera, P. (2018, 25 de noviembre). También son víctimas de la violencia de género: el desamparo de los hijos de mujeres asesinadas en femicidio. *El Desconcierto*. Recuperado de <https://www.eldesconcierto.cl/2018/11/25/tambien-son-victimas-de-la-violencia-de-genero-el-desamparo-de-los-hijos-de-mujeres-asesinadas-en-femicidio/>
- Código de la niñez y adolescencia*. (2003, 3 de enero).
- Código orgánico integral penal*. (2014, 10 de febrero).
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008, 20 de octubre).
- Conviviente dijo que mató a su pareja. (2017, 22 de junio). *El Universo*. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/noticias/2017/06/22/nota/6242191/conviviente-dijo-que-mato-su-pareja>
- Dawson, M., & Gartner, R. (1998). Differences in the characteristics of intimate femicides: the role of relationship state and relationship status. *Homicide studies*, 2(4), 378-399.
- Decreto presidencial 696*. (2019, 8 de marzo).
- Dirección Nacional de Delitos Contra la Vida, Muertes Violentas, Desapariciones, Extorsión y Secuestro. (2018, 2 de agosto). Femicidio en Ecuador. *DINASED*, 2, 11-13.
- El femicidio deja 877 niños en la orfandad desde 2014. (2019, 25 de febrero). *El Telégrafo*. Recuperado de <https://www.eltelgrafo.com.ec/noticias/judicial/12/femicidio-ninios-orfandad-ecuador>
- Eth, S. & Pynoos, R. S. (1994). Children who witness the homicide of a parent. *Psychiatry*, 57(4), 287-306.
- Ferrara, P. et al. (2015). Femicide and murdered women's children: which future for these children orphans of a living parent? *Italian Journal of Pediatrics*, 41(1), 1-6.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2009). *Manual for the measurement of indicators for children in formal care*. Nueva York: Better Care Network.
- Godoy, S. & Tirira, M. (2017). *La respuesta judicial del femicidio en Ecuador: análisis de sentencias relativas a muertes violentas de mujeres ocurridas en el año 2016* (Vol. 2). Quito, Ecuador: Comisión Ecuémica de Derechos Humanos, Taller de Comunicación Mujer.

- Grant, I. (2010). Intimate femicide: a study of sentencing trends for men who kill their intimate partners. *Alberta Law Review*, 47(3), 779.
- Hardesty, J. L.; Campbell, J. C.; McFarlane, J. M.; & Lewandowski, L. A. (2008). How children and their caregivers adjust after intimate partner femicide. *Journal of Family Issues*, 29(1), 100–124.
- Hernández, W. (2018). Violence with femicide risk: its effects on women and their children. *Journal of Interpersonal Violence*. <https://doi.org/10.1177/0886260518815133>.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos. (2010). *Población y demografía*. Quito, Ecuador: Ecuador en cifras.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos. (2017). *El perfil del femicidio: cifras para eliminarlo*. Quito, Ecuador: Ecuador en cifras.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos. (2018). *Atlas de género*. Quito, Ecuador: Ecuador en Cifras.
- Jenni, O. G., & Sennhauser, F. H. (2016). Child health care in Switzerland. *Journal of Pediatrics*, 177(Suppl.), S203-S212.
- Jini, L. & Roby, J.D. (2011). *Children in informal alternative care*. Nueva York: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.
- Karamagi, C. A.; Tumwine, J. K.; Tylleskar, T.; & Heggenhougen, K. (2007). Intimate partner violence and infant morbidity: evidence of an association from a population-based study in eastern Uganda in 2003. *BMC pediatrics*, 7(1), 34.
- Loftus, E. F. (1979). The malleability of human memory: information introduced after we view an incident can transform memory. *American Scientist*, 67(3), 312-320.
- Ministerio del Interior. (2016). Protocolo de actuación policial en tentativas y lesiones. Lima, Perú.
- Mohanty, M. K.; Panigrahi, M. K.; Mohanty, S.; & Das, S. K. (2004). Victimologic study of female homicide. *Legal Medicine*, 6(3), 151-156.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2018). *Global study on homicide: gender-related killing of women and girls*. Viena, Austria: Organización de las Naciones Unidas.
- Pazán, C. (2018, 10 de diciembre). El violento camino del femicidio. *El Telégrafo*. Recuperado de <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/femicidio-azuay-gualaceo>
- Rodríguez Enríquez, C., & Pautassi, L. C. (2016). *Violencia contra las mujeres y políticas públicas: Implicancias fiscales y socioeconómicas*. Santiago, Chile: Organización de las Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- Winograd, E., & Neisser, U. (Eds.). (2006). *Affect and accuracy in recall: Studies of 'flashbulb' memories* (Vol. 4). Nueva York: Cambridge University Press.
- Zeanah, C. H., & Burk, G. S. (1984). A young child who witnessed her mother's murder: Therapeutic and legal considerations. *American Journal of Psychotherapy*, 38(1), 132-145.

## **SEGUNDA SECCIÓN**

### **VIOLENCIA CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES QUE PERTENECEN A COLECTIVOS LGTBI**



## LA TERAPIA DE DESHOMOSEXUALIZACIÓN EN MENORES DE EDAD PERTENECIENTES A LA COMUNIDAD LGBT+: UN TRATAMIENTO VULNERADOR DE DERECHOS HUMANOS

*Valeria Rosales Andrade<sup>1</sup>*

Universidad San Francisco de Quito

Categoría Estudiantes

### **Sumilla**

La orientación sexual hacia personas del mismo sexo continúa siendo concebida por la sociedad como una anomalía que requiere ser curada. Como solución a esa supuesta desviación, surge la terapia de conversión, en la cual se emplean técnicas que generan graves consecuencias para la salud, y vulneran los derechos de los niños y adolescentes que son obligados a someterse a la misma. Sin embargo, en la mayoría de casos no existe normativa que la prohíba, y si la hay, es insuficiente. En tal virtud, en el presente artículo se realizará un análisis de la historia de la homosexualidad y su eliminación de la lista de enfermedades mentales; las terapias de conversión, los procedimientos que en ella se emplean y sus consecuencias; los derechos violentados por dicha práctica en niños y adolescentes; y la experiencia comparada entre Estados Unidos y Ecuador respecto de dicha práctica. Se finalizará con una serie de recomendaciones en cuanto al ámbito psicológico, familiar y legal de la terapia de conversión, en aras de crear conciencia respecto de sus efectos negativos, así como de la necesidad de elaborar regulación legal con el fin de erradicarla y sancionar a quienes la promueven.

La comunidad LGBT+ es un colectivo que se encuentra social y legalmente en posición de desventaja frente al resto de personas, por lo cual quienes la conforman merecen atención prioritaria y especial protección a sus derechos, particularmente los niños y adolescentes que la conforman, ya que se encuentran en una posición aún más vulnerable. Debido a que la homofobia y la concepción de la homosexualidad como una enfermedad se encuentran arraigadas en la sociedad, existen grupos de profesionales en materia psicológica y grupos religiosos que promueven terapias, tratamientos e incluso clínicas que ofertan el servicio de cambio de orientación sexual o “deshomosexualización”. El problema jurídico tratado en el presente artículo gira en torno a la insuficiencia y hasta cierto punto inexistencia de normativa legal que prohíba la realización de este tipo de terapias, las cuales vulneran los derechos humanos tanto de los niños como de los adolescentes miembros de la comunidad LGTB+.

---

1 Estudiante de Derecho de la Universidad San Francisco de Quito

### Historia de la Homosexualidad

Según Adelson (2012), las personas con orientación sexual hacia personas de su mismo sexo son susceptibles a experimentar estresores y desafíos de desarrollo únicos, a diferencia de quienes se identifican como heterosexuales. Dichos estresores y desafíos traen como consecuencia tasas de depresión, desórdenes de ansiedad, abuso de sustancias y suicidio más elevadas que las del resto de la población general. Lamentablemente, afirma Adelson (2012), los niños y adolescentes gay están más expuestos a actitudes negativas e intolerancia, manifestadas en forma de acoso, *bullying* o rechazo, incluso por parte de familiares y amigos. A pesar de que en la actualidad existe mayor aceptación respecto de personas con distinta identidad y orientación sexual de la que podría catalogarse como la norma, aún hay quienes consideran que la homosexualidad es una enfermedad.

Según Amnistía Internacional (s. f.), la homosexualidad puede ser considerada como “un pecado, una enfermedad, una desviación ideológica o una alevosía cultural” (p. 10). Por ello, en varias ocasiones se justifica el rechazo hacia los miembros de la comunidad LGTB+, mediante argumentos fundamentados en religión, cultura, moralidad o salud pública. Asimismo, existen líderes políticos que en vez de promover la tolerancia hacia grupos LGTB+ fomentan el odio; tal es el caso del expresidente de Zimbabue, Robert Mugabe, quien durante su presidencia realizó declaraciones refiriéndose a personas gays y lesbianas como “peores que cerdos y menos que humanos” (como se citó en Amnistía Internacional, s. f.). Tales afirmaciones pueden llegar a deshumanizar a las personas de dicho colectivo y crear concepciones erradas respecto de quienes pertenecen al mismo.

Antiguamente, la homosexualidad no era percibida de forma tan negativa; esta postura es producto de un conjunto de acontecimientos históricos. Las ideas homofóbicas se arraigaron con firmeza en los años 80, cuando tuvo lugar la epidemia del Sida, fenómeno crucial para la estigmatización de la homosexualidad, en virtud de las numerosas vidas que cobró (Brizuela, Brenes & Zúñiga, 2010). En el ámbito de las ciencias, es en el siglo XIX cuando se inician estudios entorno a la sexualidad; a partir de esa época esta se constituye como un ámbito de estudio dentro de la investigación científica, con lo cual se incluye a la orientación sexual en dicho campo. Por otro lado, se adjudicó el carácter de perversión a la orientación sexual hacia personas del mismo sexo, la cual fue condenada desde un punto de vista religioso, en específico la práctica de la sodomía, es decir, la práctica del coito anal (Astaíza, 2016). Así, la homosexualidad y las relaciones sexuales entre sujetos del mismo sexo, desde algunos puntos de vista, ha sido repudiada desde la religión, pues se le consideraba una práctica impura, con rango de pecado.

En 1870 la homosexualidad fue establecida como una categoría psicológica, psiquiátrica y médica, en un artículo publicado por Westphal. Como consecuencia de esta categorización, en esa misma década se empiezan a realizar intervenciones médicas en personas homosexuales, quienes fueron equiparadas con enfermos mentales, etapa que se conoce como el *boom* de la terapia de conversión (Astaíza, 2016). El fundamento de la terapia dependía de la percepción que se tenía de la homosexualidad, ya que existían dos perspectivas respecto de esta: como desviación psicológica y como orientación sexual. Quienes fomentaban dichas terapias se inclinaban por la primera, mientras que quienes consideraban la segunda perspectiva la tomaban como el resultado irreversible de un conflicto durante el desarrollo de la identidad sexual (García, 2013). A lo largo de la historia, la homosexualidad, a nivel internacional, ha

sido rechazada, tolerada e incluso aceptada por la sociedad; ello depende del lugar, la cultura, la postura de los líderes políticos, etc.

En Colombia, por ejemplo, las personas homosexuales y transexuales se convirtieron en el blanco de operaciones de “limpieza social”; tales prácticas de exterminio, al menos en la ciudad de Bolívar, se han llevado a cabo desde 1983 (Amnistía Internacional, s. f). En Brasil, el Consejo Federal de Psicología ha prohibido las terapias de conversión desde 1999; sin embargo, el actual presidente repudia a la comunidad gay (“Suspenden en Brasil la cura gay”, 2019). Bolsonaro, en una entrevista realizada por Ellen Page en 2018, realizó varias aseveraciones respecto a su posición sobre la homosexualidad: alegó que es una anormalidad e incluso hizo énfasis en su postura afirmando que prefería tener un hijo muerto antes que uno homosexual (National Geographic Latinoamérica, 2018). A partir de ello, se puede predecir que el futuro de la comunidad LGBT+ de Brasil no es alentador, a pesar de ser el país con la legislación más progresista en cuanto a igualdad (National Geographic Latinoamérica, 2018).

En Argentina, en 2010, el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner demostró apoyo hacia las personas homosexuales al aprobar el matrimonio igualitario, con lo cual se convirtió en el primer país latinoamericano en hacerlo (Smink, 2010). Se podría decir que Argentina es un país que busca promover la tolerancia e igualdad, y muestra de ello es la Ley 5261, Ley contra la Discriminación, expedida en 2015, que tiene como objeto la plena vigencia del principio de igualdad y no discriminación (“Ley contra la Discriminación”, 2015). En Chile, respecto a la terapia de conversión, el Colegio de Psicólogos demostró su posición de rechazo a las mismas, aduciendo que es inaceptable el apoyo otorgado por profesionales del gremio, así como que los mismos intenten convertir a una persona homosexual en heterosexual (Colegio de Psicólogos de Chile, 2015).

Tiempo atrás, la homosexualidad era sancionada con la muerte; a pesar de que ha sido erradicada dicha pena, aproximadamente en 75 países se le sigue considerando un delito (Azpilicueta, 2019). Sin embargo, existen Estados en los que se han promulgado leyes que la han legalizado: Perú en 1927, España en 1979, Israel en 1988 e India, uno de los más recientes, en 2018, entre otros (Azpilicueta, 2019). Ecuador, por su parte, la despenalizó mediante la sentencia 111-97-TC del Tribunal Constitucional el 25 de noviembre de 1997, mediante la cual declaró inconstitucional el primer inciso del artículo 516 del *Código Penal* (Benalcázar, 2017). Existen países, como España, en los que pese a que ya se ha despenalizado la homosexualidad e incluso se han configurado leyes como la Ley de Protección Integral contra la LGBTfobia, aún persisten adeptos a la terapia de conversión: uno de ellos es el propio obispado de Alcalá de Henares, en Madrid (Castro, 2019). Por ello, a pesar de que existen países en los cuales la homosexualidad continúa siendo penalizada, resulta evidente que poco a poco se está creando conciencia respecto de la peligrosidad de la terapia de conversión; como resultado, lugares como Puerto Rico la han prohibido de manera definitiva y total (Estañol, 2019).

### **La Eliminación de la Homosexualidad como Enfermedad Mental**

La orientación sexual hacia personas del mismo sexo ha sido un tema bastante discutido; numerosas teorías se han elaborado con el objetivo de explicar esta supuesta desviación. Empero, la Organización Panamericana de Salud (OPS) ha determinado que existe un consenso profesional, que se ha establecido que “la homosexualidad representa una variación natural de la sexualidad humana, sin ningún efecto intrínsecamente dañino para la salud de la personas o

sus allegados”, y que “en ninguna de sus manifestaciones individuales es un trastorno o enfermedad y por eso no requiere cura” (2012, p. 1). Cabe resaltar que la comunidad médica y de la salud mental se han posicionado en el argumento de que la homosexualidad no es una patología o enfermedad mental (Hernández & Toro-Alfonso, 2010, p. 138). Según Hernández y Toro-Alfonso (2010), existe incluso escasez de investigaciones de tipo objetivo que refuercen el paradigma de la homosexualidad como patología. Sin embargo, se continúa promoviendo su erradicación por medio de tratamientos.

Una investigación clave para la eliminación de la homosexualidad como enfermedad mental fue realizada por Evelyn Hooker, quien comparó grupos de hombres homosexuales y heterosexuales, a quienes sometió a diversas pruebas psicológicas estandarizadas (1956). Los resultados de su investigación demostraron que no había forma de determinar la orientación sexual de cada persona a partir de las pruebas psicológicas llevadas a cabo (Hooker, 1956). No obstante, existen teorías que pretenden explicar la orientación sexual hacia personas del mismo sexo a partir de factores biológicos, neuroendocrinos y genéticos. Por un lado, se ha explicado que hay factores biológicos que influyen en la organización del cerebro en el útero y generan patrones neuronales sexuales que se activan en la pubertad (Adelson, 2012). Para Adelson (2012), los factores neuroendocrinos determinan los niveles de la hormona prenatal sexual que influye en los roles de género y la orientación sexual en la adultez. Otras teorías basadas en investigaciones sobre familias, gemelos y moléculas señalan que existen factores genéticos que influyen en la orientación sexual en adultos (Adelson, 2012).

A pesar de que varias instituciones ya no consideran la homosexualidad una enfermedad mental, aún existen psiquiatras que defienden dicha posición. Entre ellos se encuentran Bieber y Socarides. Bieber, en 1962, realizó una investigación a partir de la cual se empezó a incorporar a la homosexualidad como una categoría clínica, mientras que Socarides (como se citó en Hernández & Toro-Alfonso, 2010) teorizó que la homosexualidad es consecuencia de una adaptación neurótica que podría ser resuelta a partir del psicoanálisis. Similar es el caso de Nicolosi, quien considera a la homosexualidad como un “síntoma de un problema emotivo, [que] representa necesidades emotivas insatisfechas desde la infancia, especialmente en la relación con el progenitor del mismo sexo” (Asociación Nacional para la Investigación y Terapia de la Homosexualidad [NARTH], 2008, p. 5). En tal virtud, las terapias reparativas, de reorientación sexual o de conversión de la homosexualidad son una especie de psicoterapia dirigida a eliminar deseos homosexuales (Asociación Estadounidense de Psicología [APA], 2002).

A partir de la concepción de la homosexualidad como un problema psicológico susceptible de reparo, se han creado varios centros que buscan cambiar la orientación sexual de personas gay empleando la terapia de conversión. Una fundación que realiza estas terapias es la NARTH, que tiene como objetivo, constituirse en una fuente de esperanza para quienes buscan dejar de ser homosexuales, empleando para ello técnicas que, desde una perspectiva legal, violentan los derechos (NARTH, 2008). Existen personas que aseveran que dichas terapias han modificado su orientación sexual: los autodenominados *exgays*. Los *exgays* llegaron a configurarse como un movimiento relevante, pero recibieron duras críticas cuando el mejor amigo de uno de los cofundadores decidió quitarse la vida debido a que no pudo cambiar su orientación sexual después de haberse sometido a las terapias de deshomosexualización (Hernández & Toro-Alfonso, 2010).

No existe evidencia de que la terapia de conversión pueda cambiar la orientación sexual de una persona, su identidad o expresión de género (Mallory, Brown & Conron, 2018). Adicionalmente, las teorías que soportan esta terapia tampoco han podido demostrar empíricamente su efectividad; y diversos estudios, que afirman que tanto gays como lesbianas empiezan a manifestar disconformidad de género en la niñez, no han logrado probar su relación con la homosexualidad en la adultez (Bradley & Zucker, 1998). Más bien, se ha comprobado que las terapias de conversión son peligrosas en el aspecto psicológico. Sin embargo, su empleo no ha menguado, y las leyes creadas para prohibirla son insuficientes (National Center for Lesbian Rights [NCLR] & Human Rights Campaign Foundation [HRC], 2017). Lo más grave es que la terapia de conversión, por lo general, toma como blanco a jóvenes y a sus familias, los cuales no saben cómo proceder frente a esta “irregularidad”, y por ello buscan ayuda en profesionales o guías espirituales (NCLR, 2018).

Debido a que la homosexualidad no es considerada una enfermedad mental y la terapia de conversión ha sido catalogada como inefectiva, no existe mayor información o estudios que aborden sus consecuencias. Empero, es imprescindible recabar información respecto de la experiencia de los sujetos que han sido tratados, puesto que el consentimiento y configuración legítima son un factor importante, especialmente en el caso de niños y adolescentes. Esto se debe a que estos se ven obligados a lidiar con una serie de factores al momento de tomar decisiones, como la presión por parte de sus padres u otras figuras que ejercen autoridad sobre ellos; la dependencia de los adultos para apoyo financiero y emocional; la falta de información sobre el impacto de las terapias en su salud y bienestar funcional; entre otros (Ryan, Toomey, Díaz & Russel, 2018). Ello implica que sea difícil afirmar la existencia de verdadera voluntad por parte de los menores.

Numerosas asociaciones del ámbito de la psicología ya han expresado su posición respecto a las terapias de conversión, y han configurado sus políticas en virtud de la misma, como los casos de la Academia Americana de Psiquiatría Infantil y Adolescente (AACAP's, por sus siglas en inglés) y la Academia Americana de Pediatría (AAP). La AACAP's (2018) ha alegado que existe evidencia que indica que el sometimiento a dicho tratamiento es perjudicial, razón por la cual no debe formar parte de ningún método de salud. En cambio, la AAP ha afirmado que “la confusión sobre la orientación sexual no es inusual en la adolescencia” (APA, s/f, párr. 16), por lo que se podría recibir asesoría; no obstante, la terapia para cambiar de orientación está contraindicada, puesto que puede generar, entre otras consecuencias graves, culpa y ansiedad (Committee on Adolescence, 1993).

### **La Terapia de Conversión**

La terapia de conversión, terapia exgay, terapia reparativa o terapia de cambio de orientación sexual consiste en una serie de prácticas, peligrosas y desacreditadas por organizaciones de psicología y la academia en general, las cuales se caracterizan por tener como objetivo la modificación de la orientación sexual o identidad de género de una persona (NCLR, 2018). Debido a la peligrosidad de sus métodos, que pueden llegar a ser objeto de denuncia por violación de derechos humanos, suele camuflarse en forma de clínicas, hospitales psiquiátricos o centros terapéuticos que tratan adicciones (INREDH, 2012). Asimismo, estas terapias son llevadas a cabo en lugares insólitos, como iglesias, campamentos de verano e incluso en la oficina de profesionales en salud mental (NCLR, 2018). Dicha terapia incluye varias técnicas, que pueden

consistir en intervenciones psicológicas, métodos direccionados al comportamiento e incluso acercamientos de carácter psicoanalítico (Haldeman, 2002). Sin embargo, los procedimientos que se empleen para llevarla a cabo dependen totalmente del lugar en el que se practique.

Antiguamente, se tomaban medidas extremas con el objetivo de conseguir su efectividad, mediante técnicas como castración, terapia de shock electroconvulsiva e incluso lobotomías (NLCR, 2018). Según la NLCR (2018), las técnicas podían incluir el uso de la vergüenza para crear antipatía a la atracción hacia personas del mismo sexo, el control de la masturbación para crear un cambio en las motivaciones sexuales, terapias de aversión, entre otras. La terapia aversiva tenía como premisa que la homosexualidad era resultado de experiencias de aprendizaje, por lo que sus respuestas podían ser condicionadas a estímulos en el sexo opuesto (Soriano, 2002). La terapia de aversión, según Soriano (2002), consistía en indicar imágenes eróticas de carácter homosexual, mientras que a la vez se realizaba estimulación de carácter negativo, ya sea mediante el uso de fármacos inductores del vómito o descargas eléctricas. En la actualidad, se ha reducido el empleo de métodos de carácter extremo, pero no se ha erradicado (NLCR, 2018).

Las prácticas que son utilizadas comúnmente incluyen una serie de técnicas cognitivas, por ejemplo, el empleo de hipnosis para redirigir deseos, la enseñanza de características y actitudes heterosexuales, y el entrenamiento para actuar conforme a las normas de género (Haldeman, 2002). Todas estas pueden ser, en apariencia, de menor riesgo; sin embargo, no dejan de ser peligrosas. Tal es el caso de la hipnosis, que además de ser perniciosa carece de validación científica (NLCR, 2018). Un reporte reciente de Human Rights Watch reportó que en China las prácticas consisten en administración forzada de medicamentos, tratamiento de electrochoques y asociación del dolor con la excitación ante estímulos homoeróticos (Griffiths, 2017). Igualmente, se emplean regresiones a vidas pasadas con el objeto de buscar el pecado que en teoría llevó a la constitución de las personas en homosexuales; la desensibilización y reprocesamiento por movimientos oculares, normalmente empleado para reducir síntomas del trastorno de estrés postraumático; y la hipnoterapia (Day, 2019).

Uno de los primeros estudios realizados sobre el impacto de las terapias de conversión realizadas durante la adolescencia en la adultez tuvo como participantes a 245 personas miembros de la comunidad LGBT+, entre los que se contó con latinos y blancos entre las edades de 21 y 25 años. El estudio pretendía determinar la relación de la terapia de conversión a la que estas personas se sometieron de adolescentes, con su salud mental y ajuste de vida en la adultez (Ryan et al., 2018). Como resultado se obtuvo que, quienes durante la adolescencia fueron víctimas de dicha terapia tienen más problemas psicológicos, son más propensos a tener pensamientos suicidas, y reportan más intentos de suicidio y altos niveles de depresión. Por otro lado, el estudio determinó también que la terapia estaba ligada a baja autoestima, menor cantidad de ingresos semanales y menos logros académicos (Ryan et al., 2018).

Otros estudios también han demostrado que los adolescentes que han experimentado conductas de rechazo y han sido sujetos de terapia de conversión son 8.4 veces más propensos a tener intentos suicidas, 5.9 veces más propensos a reportar altos niveles de depresión, 3.4 veces más propensos a emplear drogas ilegales y 3.4 veces más propensos a tener relaciones sexuales sin protección que el resto de jóvenes (Ryan, Huebner, Díaz & Sánchez, 2009). De igual manera, Gonsiorek (1988) determinó que el haber experimentado esta terapia durante la adolescencia puede contribuir al desarrollo de problemas de salud mental y autoestima ne-

gativa en la adultez. Considerando la gravedad de sus efectos, que implican la vulneración de derechos y consecuencias graves para la vida, es sorprendente que su aplicación en adolescentes e incluso niños no sea objeto de estudio, análisis o motivo de creación de normativa legal con el fin de prohibir su realización.

Las consecuencias de estas prácticas son más que las señaladas en los estudios indicados previamente. Según Haldeman (2002), quienes recibieron terapia por parte de especialistas que emplearon descargas eléctricas y drogas, experimentaron un aumento en los sentimientos de culpabilidad y limitación de su expresión libre de la sexualidad. Mientras tanto, los que se sometieron a esta terapia en programas religiosos sienten vergüenza y depresión, por lo que se aíslan y en su adultez tienen poca intimidad sexual (Haldeman, 2002). De manera general, según la APA, los efectos de esta terapia involucran disminución en la autoestima, incremento de odio a uno mismo, percepción negativa de la homosexualidad, depresión, culpa, falta de esperanza, vergüenza, suicidio, molestia, sentimientos, aumento de abuso de sustancias, deshumanización, disfunción sexual, entre otros (2009).

Las críticas a esta terapia y sus métodos se centran en el hecho de que buscan devaluar a la comunidad gay, además de que refuerzan prejuicios, deshumanizan a las personas e inciden sobre la concepción de desorden mental que ya había sido eliminada (Astaíza, 2016). Drescher (como se citó en Hernández & Toro-Alfonso, 2010) también ha atacado el empleo de la terapia y sus implicaciones éticas, las cuales incluyen el irrespeto a los pacientes, el daño generado por los traumas ocasionados, la conformidad social y las dudas sobre el consentimiento informado. Por lo tanto, el llevar a cabo este tipo de terapia, además de demostrar la falta de ética de varios especialistas y la falta de consenso de parte de los pacientes, y de desprestigiar a la carrera psicológica, representa una amenaza hacia los derechos de las personas y a sus vidas, puesto que sus consecuencias pueden llevar, en el peor de los casos, a la muerte.

Irónicamente, en el caso de los menores de edad, quienes los obligan a someterse a la misma son sus propios padres o familiares. Los padres que someten a sus hijos a la terapia consideran a la homosexualidad como negativa, y creen que la orientación sexual puede ser cambiada mediante actitudes de rechazo, intentos de lograr que el niño este conforme a sus convicciones religiosas o cumpla con sus expectativas (Ryan et al., 2018). También existen grupos religiosos que promueven y emplean este tipo de terapia; de hecho, el Grupo para Avance de la Psiquiatría ha señalado que los conservadores religiosos sostienen la idea de que la homosexualidad no es innata y, por ello, puede ser tratada (Drescher, como se citó en Ryan et al., 2018). Un estudio demostró además que los padres promueven la terapia debido a sus creencias religiosas y por ello buscan modificar la orientación sexual de sus hijos (Ryan et al., 2018). En ese sentido no es erróneo afirmar que, como señalan Hernández y Toro-Alfonso (2010), las dificultades en cuanto a la aceptación de la homosexualidad se basan más en razones de carácter moral, religioso y político que en motivos de orden médico.

### **Consecuencias de la terapia de conversión: casos específicos**

En la actualidad, la intensidad y peligrosidad de las técnicas empleadas en la terapia de conversión ha disminuido. Anteriormente, se llevaban a cabo lobotomías, terapias de aversión, terapias con electricidad, entre otras. Si bien estas prácticas no han sido erradicadas, han perdido vigencia. Sin embargo, las consecuencias de la terapia no han cambiado: depresión crónica, baja autoestima, dificultad para mantener relaciones, disfuncionalidad sexual e incluso muerte

(Haldeman, 2002). A menudo, en el caso de niños y adolescentes, el tratamiento suele llevarse a cabo por decisión de sus padres o por la presión ejercida por los mismos (NCLR, 2017). En algunos casos esta decisión responde a la falta de información respecto del tratamiento, el procedimiento que se utiliza, su efectividad y las posibles secuelas, etc.

Existe escasa información estadística respecto de los efectos de la aplicación de terapias de conversión en menores de edad. Sin embargo, según estimaciones del Instituto Williams (2018) sobre el número de futuras víctimas y posibles victimarios, 20,000 adolescentes LGBT+ estadounidenses entre 13 y 17 años serán sometidos a dichas terapias antes de cumplir la mayoría de edad (Mallory et al., 2018). Asimismo, 6,000 adolescentes LGBT+ en el rango de edad mencionado que viven en estados en los que es prohibida su práctica habrán recibido la terapia y, finalmente, 57,000 adolescentes habrán sido tratados por consejeros espirituales (Mallory et al., 2018). Una de las consecuencias más graves de estas terapias, aunque no inmediata, es el daño psicológico que generan. Aquellas consecuencias menos evidentes están relacionadas con la vulneración y violación de los derechos humanos.

Desafortunadamente, numerosas personas han sido víctimas de este tipo de terapias; en algunos casos, la afectación psicológica ha sido tan grave, que los sujetos han tomado la decisión de terminar con sus vidas. La APA, desde que se eliminó a la homosexualidad del listado de enfermedades mentales, ha alertado respecto del potencial daño que la terapia de conversión implica. Un caso contundente es el de Leelah Alcorn, quien a la corta edad de 17 años decidió acabar con su vida, después de haber sido sometida a terapia de conversión por decisión de sus padres. Alcorn dejó una carta póstuma para sus padres, en la que los culpaba por someterla a tan cruel procedimiento médico y exhortaba a que promuevan la erradicación de la homofobia (Griffiths, 2017).

Las secuelas de la terapia de conversión pueden evidenciarse a corto y largo plazo. Ejemplo de ello es el caso de Ryan Kendall, quien recibió terapia a los 13 años de edad por parte del psicólogo Joseph Nicolosi. Kendall fue persuadido de que su sexualidad era “curable”; sin embargo, esta idea le causó un daño tan grande que terminó suicidándose. La confianza de Kendall en el tratamiento se basó en el supuesto éxito del psicólogo Rekers con el joven Kirk Murphy (“Prohibición de terapias en menores de California”, 2012). Kirk Murphy manifestó rasgos de feminidad desde edad temprana, por lo que su madre lo inscribió en 1970 en un experimento financiado por el gobierno para eliminar tal comportamiento. Según los familiares de Murphy, después del tratamiento este cambió su personalidad, y le fue imposible mantener una relación amorosa en su adultez. A pesar de que el tratamiento fue en apariencia un éxito, Kirk se suicidó a los 38 años de edad; su familia tiene la certeza de que el motivo principal fue la terapia llevada a cabo por Rekers (Hughes, 2011).

Como se expuso previamente, entre los promotores de este tipo de terapia también se encuentran los grupos religiosos que consideran a la homosexualidad un pecado. De hecho, son los propios consejeros religiosos quienes se encargan de llevar a cabo la terapia, empleando métodos sin relación con las ciencias médicas. Ejemplo de ello es el caso de Jeff White, quien fue enviado por sus padres a una escuela manejada por una iglesia local tras manifestar su orientación sexual. Jeff fue asignado al maestro Steven Barnes, quien debía darle sesiones de asesoramiento semanales para “curarlo”; en realidad, lo que sucedía era que Barnes lo violaba y agredía sexualmente con el fin de convencerlo de que ser gay era más doloroso (NCLR, 2014). Casos como este son difíciles de creer, puesto que por lo general se considera que la religión

debería ser un refugio espiritual, más no una institución que fomente el rechazo a las personas o incluso vulnere derechos.

Es posible afirmar que quienes se encargan de llevar a cabo terapias de conversión no proveen información veraz acerca de los resultados que podrían ser obtenidos mediante su ejecución o como resultado de la misma: caso contrario, nadie se sometería a tales procedimientos. En realidad, la homosexualidad no puede ser purgada, por lo que es imposible dar garantía de “sanación”. Tal es el caso de tres jóvenes que demandaron al centro Judíos que Ofrecen Nuevas Alternativas de Curación (JONAH), que no los “curó”, sino que los expuso a diversos abusos. Sheldon Bruck fue sometido a terapia a los 17 años en dicha institución, después de que el mismo codirector del centro le asegurase que podrían cambiar su orientación sexual. Empero, bastaron cinco sesiones para que Bruck desista de la misma, ya que empezó a experimentar depresión, ansiedad e ideaciones suicidas. Chaim Levin, por su parte, también se sometió a terapia, durante la cual asegura haber sido objeto de constantes abusos y agresiones. Downing afirma haber corrido la misma suerte (“Jóvenes en EE. UU. demandan a terapeutas”, 2012). Cabe recalcar que no solo los tratamientos empleados en las terapias de conversión son considerados un fraude, sino también los centros que ofrecen ese servicio, ya que suelen disfrazarse de fundaciones o instituciones de ayuda a personas adictas o inclusive campamentos de verano. Los casos planteados permiten afirmar que la terapia de conversión constituye una grave amenaza para los derechos establecidos en varios tratados e instrumentos internacionales.

### **Derechos Violentados por la Terapia de Conversión**

Los derechos humanos son, según Pérez (2003), “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos” (p. 21). Desde ese enfoque, con matices de derecho natural, resulta claro que los individuos tienen facultades por el único hecho de ser personas, y el Estado tiene la obligación de reconocerlas y garantizarles el ejercicio de sus derechos (Carpizo, 2011). En vista de ello, todos los seres humanos se encuentran en la misma posición de igualdad ante la ley, y merecen el mismo trato y respeto.

Los instrumentos internacionales con contenido de derechos pueden estar dirigidos a determinados grupos de personas en posición de vulnerabilidad. Tal es el caso de las niñas, niños y adolescentes, quienes debido a su falta de madurez física y mental han sido reconocidos como los más vulnerables en el sistema de derechos humanos (Carbonell, 2014). Por ello es idóneo prestar especial atención y protección a los mismos, con el objetivo de hacer efectivas sus facultades legales (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1948). Consecuentemente, se ha creado un marco jurídico dedicado a ellos; el instrumento más importante es la *Convención sobre los Derechos del Niño*, cuyo órgano de seguimiento, el Comité de los Derechos del Niño, busca la protección integral de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia (Pérez, 2011).

La terapia de conversión aplicada a niños y adolescentes implica el empleo de diferentes métodos que vulneran sus derechos; entre los principales se encuentran el derecho a la libertad, el derecho a la integridad, el derecho a la salud y el derecho a la dignidad humana. Debido a que los menores se encuentran en una posición de dependencia y presión constante, pueden ver vulnerados sus derechos desde el mismo momento en que son sometidos a terapia. En

ciertos casos pueden manifestar la voluntad de ser tratados; sin embargo, también hay casos en los que son obligados acudir a la terapia y terminan siendo internados, lo cual transgrede su derecho a la libertad individual.

El derecho a la libertad ha sido reconocido en varios instrumentos internacionales, tales como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, la *Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, entre otros<sup>234</sup>. Se trata de un derecho que tiene varias concepciones e interpretaciones. En el caso de la terapia de conversión, cuando los menores son sometidos a ella e internados sin consentimiento previo, se atenta a su derecho a la libertad física, entendida como libertad de movimiento (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], s. f.). Sin embargo, la Corte IDH (s. f.) también la define como la posibilidad de autodeterminación, y de organizar sus vidas conforme a sus propias opciones y convicciones. Por lo tanto, este derecho se ve afectado cuando se busca modificar su orientación sexual y se les impide decidir, sin coerción ni restricciones por parte de los adultos, sobre su propia vida (Terán, 2008).

El derecho a la integridad, tiene un amplio alcance: contempla la integridad física, psíquica y moral. La integridad física se refiere al derecho a ser protegido contra agresiones que causen alguna afectación al cuerpo, sea destruyéndolo, causando dolor o dañando la salud (Afanador, 2002). Esta se ve afectada mediante el empleo de técnicas que incluyen el uso de fármacos inductores de vómito o descargas eléctricas, por ejemplo. Por su parte, según Afanador (2002), la integridad psíquica y moral implican el derecho a “no ser obligado, constreñido o manipulado mentalmente contra su voluntad” (p. 93), el cual se ve afectado cuando el menor es llevado a terapia contra su voluntad. Incluso podría considerarse que las técnicas de deshomosexualización llegan a constituir tortura, práctica que ya ha sido prohibida en materia internacional<sup>5</sup>. Se puede considerar tortura a todo acto mediante el cual se infligen dolores físicos o mentales. En el presente caso, las descargas eléctricas constituyen tortura, al igual que el dolor provocado en la terapia de aversión (Organización de las Naciones Unidas, 1987).

El derecho a la salud, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), abarca tanto libertades como derechos. Al emplear el término *libertades*, se refiere a la potestad de las personas de “controlar su salud y su cuerpo, sin injerencias” (2017, párr. 9). En ese sentido, se vulnera dicho derecho cuando el menor es llevado contra su voluntad a terapia. A su vez, se atenta contra el derecho del paciente al consentimiento informado, ya que al ser el menor de edad considerado legalmente incapaz, son sus padres quienes toman decisiones por él, a

2 El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* reconoce el derecho a la libertad, por ejemplo, en los artículos 7 y 9.1.

3 La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* reconoce expresamente el derecho a la libertad en los artículos 1, 2.1 y 3.

4 La *Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, Ley 26.061, reconoce el derecho a la libertad en su artículo 19.

5 “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflige intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.” (ONU, 1984, artículo 1.1)

quienes a su vez muchas veces no se les da aviso de las posibles consecuencias negativas del tratamiento (ONU, s. f.). Es así que podría incluso alegarse abuso a menores, puesto que los padres deberían actuar según el estándar de un padre prudente, lo cual implica realizar una investigación previa al tratamiento (Hicks, 1999). Además, en algunos casos los adolescentes son obligados a consumir sustancias que les inducen al vómito e incluso drogas, lo cual termina causándoles graves perjuicios.

En cuanto a su alcance respecto de los derechos, la OMS (2017) indica la facultad de disfrutar el grado máximo de salud. En el *Protocolo de San Salvador*, se define el derecho a la salud como “el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” (Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, 1993, párr. 32). El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos* también determina la obligación de los Estados de reconocer el derecho de las personas al goce del nivel más alto de salud (1976). Es decir, la salud mental es parte del bienestar de una persona, salud que se ve perjudicada por las técnicas empleadas en la terapia de conversión: la generación de culpabilidad, el refuerzo de prejuicios, la deshumanización, la incitación a la vergüenza, entre otros. Las consecuencias psicológicas a corto plazo de estas técnicas son baja autoestima, odio a uno mismo, deshumanización, etc. Sus resultados a largo plazo pueden manifestarse en intentos de suicidio e incluso en su consecución definitiva. Por lo tanto, se trata de una terapia que atenta contra la vida y al derecho que la precavata.

Respecto a la dignidad humana, esta ha sido definida por Nogueira (2009) como una característica de los seres vivos que “constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad” (p. 246). Según Carpizo (2011), “la base y esencia de los derechos humanos se encuentra en la dignidad humana y ésta carecería de sentido sin la existencia de aquellos” (p. 7). Este derecho se ve afectado por tanto por las técnicas empleadas como por la existencia de la terapia en sí. Al ser la persona considerada un fin para el ordenamiento jurídico, dicha pretensión deja de ser garantizada cuando no hay legislación o medidas prohibitivas que eviten la realización de las terapias o, en última instancia, la sancionen. De igual manera, el derecho a la dignidad humana se violenta cuando no se permite la autodeterminación de la persona con respecto a su orientación sexual y se busca cambiarla mediante tratamientos llevados a cabo con o sin su voluntad.

Finalmente, la realización de la terapia de conversión también constituye un procedimiento que atenta contra principios, especialmente los de igualdad y de no-discriminación. Ambas nociones son vistas como la base tanto del sistema de derechos humanos como de todo sistema democrático (Comité de Derechos Humanos de la ONU, 1989). Son concebidos de dos formas: como la prohibición de trato arbitrario y como la obligación de crear condiciones de igualdad (CIDH, 2011). La vulneración de dichos principios es evidente ante la falta de prohibiciones legales de la realización de terapias de conversión, así como la escasez de sanciones para quienes la llevan a cabo. Así mismo, el hecho de que quienes la ejecutan aún mantengan la concepción de la homosexualidad como una enfermedad mental evidencia un trato arbitrario hacia la comunidad LGTB+ en general.

### **Experiencia Comparada**

Con el objetivo de contrastar y entender la situación de la terapia de conversión tanto en países desarrollados como en países en vías de desarrollo, se realizará un análisis de la experiencia, mediante una comparación entre los casos de Estados Unidos y Ecuador.

### La terapia de conversión en Estados Unidos

La terapia de conversión se realizó por primera vez en Estados Unidos a principios de 1890, tanto a manos de profesionales como de figuras religiosas (Mallory et al., 2018). Años más tarde, en 1973, la APA (1975), una de las instituciones más importantes en el campo de la psicología, tomó la decisión de descartar la homosexualidad como enfermedad mental. A partir de entonces, varias organizaciones americanas especializadas en psicología han demostrado su apoyo a la posición de dicha institución. Aun así, en 1992 Charles Socarides y Joseph Nicolosi fundaron la NARTH (Conrad & Alison, 2004). Como aseveran Conrad y Alison, la NARTH promueve la concepción de la homosexualidad como el resultado de un desarrollo infantil malsano, que puede corregirse (2004). Con dicho objetivo, fomentan la terapia de conversión.

Estados Unidos, al igual que Ecuador, se ha enfocado en el impulso y garantía de los derechos de las personas; en ese sentido, ha sido promotor de varias organizaciones, como la ONU, la cual adoptó la *Declaración de los Derechos Humanos* mediante la Resolución 217 A (III) (Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 1948). Además, dicho país se constituyó como un ejemplo para el resto del mundo cuando en el año 2015 su Corte Suprema de Justicia legalizó el matrimonio homosexual en los 50 estados que lo componen (“Corte Suprema de EE. UU. declara legal el matrimonio homosexual”, 2015). Empero, también ha sido hogar de grupos como Exodus International, que por tres décadas lideró el movimiento exgay, el cual afirmaba, a partir de apoyo espiritual y la terapia de conversión, poder “curar” la homosexualidad (Wilkinson, 2013). Afortunadamente, organizaciones como el NCLR han trabajado para que la legislatura prohíba las terapias de conversión, al menos cuando se trata de menores de 18 años (Anderson, 2018).

Por más sorprendente que parezca, no todos los estados que componen EE. UU. han adoptado prohibiciones para erradicar la terapia de conversión, a pesar de que la opinión pública, como arrojó un estudio realizado sobre la terapia de conversión en 2014, está mayoritariamente en contra de esta práctica: el 71 % de residentes de Florida consideran que su práctica debería ser ilegal, el 61 % de personas en Virginia están en contra de su consecución y solo el 8 % de personas encuestadas en un sondeo nacional creía que podría ser efectiva (Mallory et al., 2018). Aun cuando se ha probado con evidencia que la homosexualidad no es una patología, grupos conservadores religiosos y sociales han creado su propia noción de esta, y por ello mantienen la convicción de que se trata de un rasgo que puede ser cambiado (Drescher et al., 2016). Incluso se han desarrollado estudios como el de Spitzer (2003), en el que alegaba que 200 individuos lograron cambiar su orientación sexual. Sin embargo, en 2012 el mismo señaló, respecto de su propio estudio, que no contaba con credibilidad.

Con los años, se han creado normas que sancionan aquellos crímenes relacionados a la identidad de género y la orientación sexual, concebidos dentro de la categoría de crímenes de odio. Son pocos los estados en los que no hay leyes al respecto o en los que estas no son del todo claras: Pennsylvania en el noreste; Utah en el suroeste; Michigan, Ohio, Indiana, Dakota del Sur y Dakota del Norte en el medio oeste; y Oklahoma, Arkansas, Mississippi, Alabama, Carolina del Norte, Georgia, Carolina del Sur, Virginia y Virginia del Oeste en el sureste (“Gay rights in the US, state by state”, 2012). Además, se han creado leyes en diferentes estados que prohíben por completo la aplicación de la terapia de conversión en menores. Sin embargo, en 32 estados y cuatro territorios no existen leyes que la veten, entre los cuales

se encuentran Puerto Rico, las Islas Marianas, las Islas Vírgenes, Samoa y Guam (Movement Advancement Project, 2019).

A pesar de toda la normativa que se ha desarrollado, aún existen víctimas de dicha terapia. Sam Brinton es uno de los cientos de jóvenes que recibió tal tratamiento recientemente. Fue tratado a los 12 años, y como parte del proceso fue aislado y encerrado, cuando no se encontraba siendo torturado en terapia. Brinton, como muchos jóvenes, estuvo a punto de suicidarse cuando su terapeuta comenzó a aplicarle agujas con electrodos en los dedos (Movement Advancement Project, 2015). La aplicación de esa clase de técnicas para deshomosexualizar se continúan llevando a cabo y siguen teniendo como resultado intentos de suicidio, debido a que el 56% de la población LGTB+ estadounidense vive en estados en los que aún no existen leyes que prohíban la terapia de conversión para menores (Movement Advancement Project, 2019). Dicha carencia se relaciona con el hecho de que una parte de la población estadounidense no considera que las personas homosexuales puedan ser miembros de la sociedad americana, al menos no mientras persistan prácticas que los puedan “convertir” (Anderson, 2018).

En pleno siglo XXI, aún persiste el empleo de técnicas crueles y deshumanizantes, como atar de manos al paciente, introducirlo agua con hielo y darle una descarga eléctrica (McLaughlin, 2018). Afortunadamente, existen casos que se han logrado llevar a instancias judiciales, como el de tres jóvenes menores de edad, Sheldon Bruck, Chaim Levin y Downing, quienes demandaron a la fundación JONAH (“Jóvenes en EE. UU. demandan a terapeutas”, 2012). No obstante, el fallo, a pesar de haber sido favorable para los jóvenes, estableció que se trataba de fraude al consumidor y ordenó una indemnización por daños monetarios. Por lo tanto, no ha tenido lugar un verdadero juicio a la violación de derechos que esta institución ha perpetrado durante años.

### **La terapia de conversión en Ecuador**

En Ecuador, la homosexualidad fue considerada un delito que se encontró tipificado en el Código Penal hasta el año de 1997, disposición abiertamente contraria a lo estipulado en la Constitución de 1979, en el artículo 19.4, relativo a la igualdad ante la ley (Jiménez, 2018). A mediados de 1990, factores como el surgimiento del movimiento exgay, la influencia misionera, la debilidad de un Estado con influencias neoliberales y la falta de un movimiento LGTB+ abrieron paso a las terapias de conversión (Wilkinson, 2013). Según Wilkinson (2013), estas fueron propagadas principalmente a través de iglesias, hospitales, clínicas y escuelas. No obstante, ya para 1998 se crearon medidas de carácter constitucional en las que se promovía la erradicación de la discriminación por orientación sexual. Fue en la Constitución de 1998 en la que se sentó las bases para el activismo y la creación de organizaciones sociales con el fin de apoyar a movimientos como el LGTB+, las mismas que se verían reflejadas en la Constitución de 2008 (Viteri & Ocampo, 2017).

En la actualidad, la Constitución de 2008 establece varias normas a favor de la no discriminación, la dignidad humana, la integridad personal y la igualdad formal, entre otros derechos<sup>6</sup>. Incluso el *Código Orgánico Integral Penal* (2014), en sus artículos 176 y 177, prescribe

---

6 Los artículos de la Constitución que se refieren a la no discriminación, la dignidad humana, la integridad personal y la igualdad formal son los artículos 11.2, el artículo 66 –numerales 2, 3, 4– y 10.

las sanciones para cualquier tipo de discriminación o actos de odio<sup>7</sup>. Pese a ello, como lo ha indicado Ziegler (2013), Ecuador es el perfecto ejemplo de la paradoja doméstica entre la protección legal del Estado y el abuso de facto a los derechos de las personas. Dicha afirmación se sustenta en el caso de la terapia de conversión, ya que pese a lo establecido en la legislación se estima que solo se han judicializado media docena de casos (Flores, s. f).

Resultan importantes las reformas que se han llevado a cabo en aras de promover tanto la aceptación de grupos LGBT+ como la igualdad de derechos de grupos históricamente marginados en general; sin embargo, la dificultad de cambiar la forma en que el tema de la homosexualidad es abordado en Ecuador se relaciona con aspectos culturales. La sociedad ecuatoriana se caracteriza por ser conservadora y propalar valores provenientes del catolicismo, que desde la Antigüedad ha condenado a la homosexualidad (Jiménez, 2018). Prueba de ello es la *Primera Investigación sobre Condiciones de Vida e Inclusión Social de la Población LGBT+*, llevada a cabo por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) en 2013. En dicha investigación se extrajeron las siguientes conclusiones: el 12.4 % de personas no participan en grupos LGBT+ por temor a que se conozca su orientación sexual, el 70.9 % reportó haber vivido discriminación en su entorno familiar y el 61.4 % sufrió violencia por parte de la misma (INEC, 2013). No obstante, también se ha emitido normativa proteccionista y creado comisiones con el fin de investigar a las clínicas clandestinas de deshomosexualización (Equipo de Taller de Comunicación Mujer, 2017)<sup>8</sup>.

Afortunadamente, se ha conseguido crear extensa legislación a favor de políticas sexuales y derechos humanos para personas de la comunidad LGBT+ en Ecuador, entre ellas están el Código de Salud, que permite el acceso a la salud sin discriminación; el Código Civil, que posibilita la unión de hecho entre personas del mismo sexo; y la Ley de Identidad, que permite el cambio de género y el nombre en el registro civil (Viteri & Ocampo, 2017). No obstante, se ha registrado la existencia de 206 clínicas de deshomosexualización, de las cuales únicamente 49 han sido denunciadas ante el Ministerio de Salud Pública (Jiménez, 2018). De hecho, en 2013 la Fiscalía General del Estado logró rescatar a 500 víctimas de 22 clínicas clandestinas de deshomosexualización y se terminó acusando a 30 personas que las administraban por delitos de violación a derechos humanos, tortura, odio, plagio, entre otros (Fiscalía General del Estado, 2013). Lo más preocupante es la levedad de la sanción dirigida al designado culpable de uno de los seis casos que han sido judicializados, la cual consistió en 10 días de prisión correccional y una multa pecuniaria de 6 dólares (Brik, 2018).

La existencia de la terapia de conversión en el Ecuador ha pasado desapercibida y aún se mantiene fuera de foco, debido a que se lleva a cabo de forma clandestina (Flores, s. f.). Lo más alarmante, es que usualmente es la propia familia de la víctima la que genera la demanda necesaria para que estos centros sigan funcionando. Dicha premisa fue demostrada en el estudio realizado por Wilkinson (2013), según el cual en nueve de diez casos la persona fue retenida en contra de su voluntad por solicitud de sus padres. Tal es la historia de una joven

7 El artículo 176 del *Código Orgánico Integral Penal* estipula que la sanción en caso de discriminación es la pena privativa de libertad de 3 a 5 años, mientras que el artículo 177, relativo a los actos de odio, estipula una pena de 22 a 26 años (*Código orgánico integral penal*, 2014).

8 La comisión se denomina Comisión Técnica Interinstitucional Nacional por la Lucha de los Derechos Humanos, y está conformada por personal del Ministerio de Salud, la Defensoría del Pueblo y la Fiscalía (Equipo de Taller de Comunicación Mujer, 2017).

guayaquileña de 15 años que fue internada por su madre en una clínica de deshomosexualización por 2 meses y 15 días, en contra de su voluntad. En su anécdota relata que todos los días recibía descargas de electroshock, a veces no comía, recibía golpes, fue violada e incluso colgada toda una noche, todo con el objetivo de cambiar su orientación sexual (Equipo de Taller de Comunicación Mujer, 2017).

Historias similares son las de Jorge Luis Andrade y Elías, quienes también fueron encerrados y tratados mediante la terapia de conversión, en contra de su voluntad y siendo menores de edad. Elías fue encerrado en una clínica de Quinindé, donde fue golpeado, encadenado con grilletes a la cama y torturado; sin embargo, no hubo judicialización a su madre (Connectas, s. f.). Por su parte, Jorge asistió desde los 11 años, por un periodo de 5 años, a sesiones lideradas por grupos de mentores cristiano-evangélicos, donde si bien no fue víctima de violencia física, sí fue maltratado psicológicamente de forma sistemática (Connectas, s. f.). Por fortuna, el gobierno no se ha quedado de brazos cruzados: señal de ello fue lo ocurrido en el año 2012 durante el mandato de Carina Vance Mafla como ministra de Salud, cuando se sentaron las bases para un reglamento dirigido a que los centros de adicciones sean solo para personas con adicciones y no para personas homosexuales (Jiménez, 2018)<sup>9</sup>.

### Recomendaciones y Soluciones

Ante la preocupante realidad que representa la realización de la terapia de conversión para la vida de las personas homosexuales, especialmente cuando se trata de menores de edad, es imprescindible que se tome en consideración las siguientes recomendaciones y soluciones, que abordan los ámbitos psicológico, familiar y legal.

#### Ámbito psicológico

En el plano de la psicología, es imprescindible que quienes lideren las asociaciones de psicólogos tomen cartas sobre el asunto de la información que manejan, y se preocupen por difundir datos veraces acerca de la homosexualidad. Esto es necesario debido a que, a pesar de que hace más de tres décadas se la dejó de considerar una patología, aún se la considera en gran medida en el imaginario popular como una desviación o enfermedad mental. Así, un aporte relevante podría ser que quienes se encuentran ejerciendo en el terreno de la psicología tengan control sobre la información que se disemina al respecto, y procuren que esta desborde el ámbito profesional. Un aspecto crucial sería evitar que se reproduzcan nociones equivocadas sobre la terapia de conversión y su eficacia, precisamente haciendo conocidas las consecuencias reales de su aplicación, para así erradicar su práctica.

En cuanto a las instituciones públicas dedicadas a la salud, estas deberían promover la facilitación de cursos sobre sexualidad y salud sexual, con énfasis en la eliminación de comportamientos homofóbicos y nociones estereotipadas respecto de la comunidad LGTB+. Dichos cursos deberían ser especialmente impartidos a futuros profesionales de la salud, con el fin de eliminar y actualizar concepciones ya descartadas, como es frecuente en el caso de la homosexualidad.

Por último, los psicólogos, en vez de intentar cambiar la orientación sexual de los pacientes que no están a gusto con su realidad, pueden ayudarlos, mediante diferentes tratamientos, a

---

9 El reglamento fue denominado *Reglamento para la Regulación de Centros de Recuperación para Tratamiento a Personas con Adicciones o Dependencia a Sustancias Psicoactivas*.

aceptarse. Una alternativa en ese sentido es la denominada *terapia afirmativa*, la cual tiene un enfoque que busca normalizar la homosexualidad como un estilo de vida, de manera que no sea considerada un fenómeno anormal y la persona pueda enfrentarse a su entorno social homofóbico. Las personas de la comunidad LGBT+, podrían encontrar en dicha terapia una guía que les ayude a sobrellevar los diversos obstáculos con los que se puedan encontrar. Esta terapia debería ser impulsada con especial interés entre menores, que al encontrarse en pleno desarrollo requieren un soporte durante su transición a la vida adulta.

### **Ámbito familiar**

Dentro del ámbito familiar, es posible afirmar que los padres, en su afán por realizar lo que creen es lo mejor para sus hijos, sobre la base de sus convicciones religiosas y la poca información que reciben, pueden llegar a someterlos a alternativas como la terapia de conversión, que a la larga terminan teniendo graves repercusiones en la vida y salud mental de los jóvenes. Para evitar dichos daños, es importante que se promueva el consentimiento informado, ya que al ser los menores jurídicamente incapaces, son los padres quienes por lo general tienen la última palabra. Así, una solución sería la promoción de campañas dirigidas a la educación familiar, y la elaboración y difusión de guías que aborden la orientación sexual y la identidad de género, con el fin de evitar comportamientos de rechazo provenientes del propio núcleo familiar, y toma de decisiones sobre la vida de sus hijos basadas en información escasa y falsas ideas en materia de sexualidad.

Como ya es conocido, son los padres de niños y adolescentes LGTB+ quienes se encargan de tomar decisiones sobre sus vidas. Por ello, resulta una obligación y una responsabilidad que los padres tomen decisiones debidamente informadas. Por ello, con ánimo de garantizar el cumplimiento de dicha obligación, se propone como solución que se establezcan sanciones y por ende normativa en la que se estipule la culpabilidad de quienes no actúen con diligencia y cuidado al realizar elecciones que involucren el bienestar de menores.

Finalmente, las familias deberían ser un pilar de apoyo para todos quienes la conforman. Por ello, una opción para las familias constituidas por parientes o hijos que forman parte de la comunidad LGBT+, es buscar apoyo psicológico y recurrir a terapias familiares con la finalidad de comprender y aprender sobre cómo actuar frente a esta situación, pues en varias ocasiones son los mismos familiares quienes generan un ambiente de rechazo. De hecho, a veces es en el propio hogar donde comienzan a causársele daños psicológicos a los menores, lo cual puede incluso llevarlos a cometer intentos de suicidio. Es entonces importante que la familia se logre constituir en un equivalente de aceptación, sobre todo durante la adolescencia y niñez, ya que es entonces cuando tiene mayor influencia en su bienestar y ajuste a la vida adulta.

### **Ámbito legal**

Dentro del ámbito jurídico, es conocido que los Estados deben cumplir con diferentes responsabilidades determinadas tanto internacionalmente, por los convenios y acuerdos ratificados, como nacionalmente, en tanto encargados de garantizar los derechos de sus ciudadanos. En ese sentido, una solución viable es que el poder legislativo tome cartas en el asunto y establezca normas que prohíban en su totalidad las terapias de conversión, las clínicas de deshomosexualización y las terapias de reorientación sexual (cualquiera que sea el término empleado). Especialmente, debe ser prohibida su aplicación en menores, puesto que estos

son más susceptibles a sufrir los efectos que se derivan de dichas prácticas, que tienen severas consecuencias tanto a nivel de salud como de derechos humanos.

Por otro lado, es crucial que en materia penal se establezcan sanciones que no se limiten a lo pecuniario, tanto para los profesionales como para cualquiera que lleve a cabo dichas terapias o se encuentre involucrado en su realización. Es decir, se debe establecer culpabilidad tanto para quienes la realizan como para los cómplices o partícipes de la misma, implicando incluso, en caso de que se lleve a cabo en iglesias, a los líderes religiosos de las mismas, así como al personal que sirva de apoyo, y conoce sobre la realización y funcionamiento de los métodos empleados para intentar cambiar la orientación sexual de menores. Incluso deben aplicarse sanciones, especialmente en situaciones de grave perjuicio al menor, a los padres que los obligan a ser tratados. A pesar de que ante los ojos de la ley los niños son legalmente incapaces, es importante que se comience a legislar respecto a la necesidad de tomar en consideración su consentimiento. La mayoría de veces, los menores son sometidos a terapia de conversión por varios factores, entre los que destacan la presión por parte de familiares y amigos, la imposición por parte de sus padres y la falta de alternativas. Es complicado determinar la existencia, en el caso de ser alegada, de una verdadera voluntad por parte del niño, puesto que aún es dependiente de sus padres. No obstante, se espera que si se toman las medidas necesarias, y se provee del espacio y ambiente idóneo para que el menor pueda expresarse y manifestar su opinión, este podrá comenzar a distinguir entre lo que es bueno y malo para él, por lo que su voto tendría aún más peso cuando se trate de tomar alguna elección relativa a su vida y salud.

### **Conclusiones**

La terapia de conversión es prueba de la persistencia de una percepción retrógrada y una concepción errónea de la homosexualidad como una enfermedad que puede ser sanada. Las técnicas que se emplean para llevar a cabo dicha terapia tienen graves consecuencias, que afectan física y psicológicamente a sus víctimas, incluso al punto de llevarlas a acabar con sus vidas. Uno de los aspectos cruciales de este tipo de terapia está relacionado con quiénes la promueven y los lugares donde se realiza: sus principales promotores son psicólogos y guías espirituales, y los lugares donde se realiza, clínicas de adicción, campamentos, escuelas e incluso iglesias. A pesar de que se conoce que su ejecución constituye una grave violación a los derechos humanos, especialmente en el caso de niños y adolescentes, persiste la falta de acción al respecto por parte del órgano legislativo de varios países alrededor del mundo. Ello se debe a cuestiones de índole cultural y religiosa, así como también a la falta de información respecto de la homosexualidad, que cumple un rol muy importante. Debido a que su práctica constituye una amenaza contra la vida y los derechos de los menores, es necesario que se tomen medidas al respecto, tanto en el ámbito psicológico como en el familiar y el legal, en pos de salvaguardarlos, así como el bienestar familiar y la salud mental de quienes a futuro tendrán que lidiar con una sociedad en la que aún predomina la homofobia. Solo una vez que se comiencen a tomar medidas, especialmente de carácter legal, se podrá llegar a concientizar a la sociedad sobre la peligrosidad de su vigencia.



## REFERENCIAS

- Academia Americana de Psiquiatría Infantil y Adolescente. (2018). *Conversion therapy*. Recuperado de [https://www.aacap.org/AACAP/Policy\\_Statements/2018/Conversion\\_Therapy.aspx](https://www.aacap.org/AACAP/Policy_Statements/2018/Conversion_Therapy.aspx)
- Adelson, S. (2012). Practice parameter on gay, lesbian, or bisexual sexual orientation, gender nonconformity, and gender discordance in children and adolescents. *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*, 51(9), 957–974. doi: 10.1016/j.jaac.2012.07.004
- Afanador, M. (2002). El derecho a la integridad personal. Elementos para su análisis. *Reflexión Política*, 4(8), 39.
- Amnistía Internacional. (s. f.). *El derecho a la propia identidad: la acción a favor de los derechos humanos de los gays y lesbianas*. Madrid, España: Amnistía Internacional.
- Anderson, J. (2018, 5 de agosto). Why we still haven't banished conversion therapy in 2018. *The Washington Post*. Recuperado el 7 de junio de 2019 de [https://www.washingtonpost.com/news/made-by-history/wp/2018/08/05/why-we-still-havent-banished-conversion-therapy-in-2018/?noredirect=on&utm\\_term=.f45c8ea55557](https://www.washingtonpost.com/news/made-by-history/wp/2018/08/05/why-we-still-havent-banished-conversion-therapy-in-2018/?noredirect=on&utm_term=.f45c8ea55557)
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración de los derechos humanos*. Recuperado de [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)
- Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. (1993, 18 de enero). *Protocolo de San Salvador. Resolución Legislativa 000, publicada en Registro Oficial 109*.
- Asociación Estadounidense de Psicología. (1975). Policy statement on discrimination against homosexuals. *American Psychologist*, 30(633), párr. 1.
- Asociación Estadounidense de Psicología. (2002). *La orientación sexual y la juventud: los hechos. Una guía para principales, educadores y personal escolar*. Recuperado de <https://www.apa.org/pi/lgbt/resources/solo-los-hechos.pdf>
- Asociación Estadounidense de Psicología. (2009). *Report of the American Psychological Association Task Force on appropriate therapeutic responses to sexual orientation*. Recuperado de <https://www.apa.org/pi/lgbt/resources/therapeutic-response.pdf>

- Asociación Estadounidense de Psicología. (s. f.). *La orientación sexual y la juventud: los hechos. Una guía para principales, educadores y personal escolar*. Recuperado de <https://www.apa.org/pi/lgbcc/publications/spanishfacts.html?cv=1>
- Astaíza, A. (2016). Situación actual de los tratamientos psicológicos para la homosexualidad. *Revista de Psicología de la Universidad de Antioquia*, 8(2), 173-194.
- Azpilicueta, P. (2019, 26 de mayo). ¿Terapias de conversión? ¿Terapias de borramiento? *Catalunya Press*. Recuperado de <https://www.catalunyapress.es/texto-diario/mostrar/1433228/terapias-conversion-terapias-borramiento>
- Benalcázar, P. (2017, 14 de noviembre). Noviembre, 20 años de despenalización de la homosexualidad en el Ecuador (Parte I). *El Telégrafo*. Recuperado de <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/punto/1/noviembre-20-anos-de-despenalizacion-de-la-homosexualidad-en-el-ecuador-parte-i>
- Bradley, S. & Zucker, K. (1998). Drs. Bradley and Zucker reply. *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 37, 44-245.
- Brik, D. (2018, 26 de junio). Clínicas de deshomosexualización en Ecuador. *El Espectador*. Recuperado el 9 de junio de 2019 de <https://www.elespectador.com/noticias/el-mundo/clinicas-de-deshomosexualizacion-en-ecuador-articulo-796634>
- Brizuela, A.; Brenes, M.; Villegas, M.; & Zúñiga, B. (2010). El abordaje teórico y clínico de la orientación sexual en psicología. *Revista Electrónica de Estudiantes de la Escuela De Psicología*, 5(1), 9-35.
- California prohíbe las terapias para cambiar la orientación sexual en menores (2012, 1 de octubre). *CNN en Español*. Recuperado el 28 de mayo de 2019 de <https://cnnespanol.cnn.com/2012/10/01/california-prohibe-las-terapias-para-cambiar-la-orientacion-sexual-en-menores/>
- Carbonell, M. (2014). Las obligaciones del Estado en el artículo 1 de la Constitución Mexicana. En M. Carbonell & P. Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos* (pp. 63-102). México: Porrúa.
- Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones Constitucionales*, (25), 3-29
- Castro, B. (2019, 5 de abril). Terapias de conversión: la polémica oferta del obispado de Alcalá para curar la homosexualidad. *Euronews*. Recuperado el 9 de junio de 2019 de <https://es.euronews.com/2019/04/05/terapias-conversion-polemica-obispado-alcala-curar-homosexualidad>
- Código orgánico integral penal. (2014, 20 de febrero). *Registro Oficial, Suplemento 180*.
- Colegio de Psicólogos de Chile A. G. (2015). *Fundamentos técnicos. Posición del Colegio de Psicólogos de Chile acerca de las terapias reparativas para curar la homosexualidad*.

- Recuperado el 9 de junio de 2019 de <http://colegiopsicologos.cl/wp-content/uploads/2018/02/Referencias-Tecnicas-Terapias-Reparativas-Revision-final-04-Junio-2015.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas*. Recuperado el 8 de junio de 2019 de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8311.pdf>
- Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. (1989). *Recomendación General n.º. 18, No Discriminación*. Recuperado el 8 de junio de 2019 de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>
- Committee on Adolescence. (1993). Homosexuality and adolescence. *Pediatrics*, 92, (4), 631-634.
- Connectas. (s. f.). *Las clínicas de deshomosexualización: impunidad que tortura*. Recuperado el 9 de junio de 2019 de <https://www.connectas.org/especiales/impunidad-que-tortura/>
- Conrad, P. & Alison, A. (2004). Homosexuality and radicalization. *Society*, 41(5), 32-39.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s. f.). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º. 8: libertad personal*. Recuperado el 5 de junio de 2019 de <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertadpersonal5.pdf>
- Corte Suprema de EE. UU. declara legal el matrimonio homosexual en todo el país. (2015, 26 de junio). *BBC Mundo*. Recuperado el 10 de junio de 2019 de [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/06/150626\\_noticias\\_derechos\\_matrimonio\\_gay\\_estados\\_unidos\\_amv](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/06/150626_noticias_derechos_matrimonio_gay_estados_unidos_amv)
- Day, H. (2019, 8 de abril). Quería ser heterosexual y por eso asistí a una terapia de conversión. *BBC*. Recuperado el 29 de mayo de 2019 de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47846690>
- Drescher, J. et al. (2016). The growing regulation of conversion therapy. *J MedRegul*, 102(2), 7-12.
- Estañol, P. (2019, 29 de marzo). Terapias de conversión para homosexuales en Latinoamérica. *rfi*. Recuperado el 9 de junio de 2019 de <http://es.rfi.fr/americas/20190329-terapias-de-conversion-para-homosexuales-en-latinoamerica>
- Fiscalía General del Estado. (2013). *Fiscalía rescató a 500 víctimas de 22 clínicas clandestinas*. Recuperado el 9 de junio de 2019 de <https://www.fiscalia.gob.ec/fiscalia-rescato-a-500-victimas-de-22-clinicas-clandestinas/>
- Flores, C. (s. f.). Ecuador bajo la lupa internacional por “clínicas” contra homosexualidad. *Connectas*. Recuperado el 11 de junio de 2019 de <https://www.connectas.org/ecuador-bajo-lupa-internacional-por-clinicas-contr-homosexualidad/>

- García, A. (2013). La homosexualidad en la sociedad actual (Tesis de grado). Recuperado el 9 de junio de 2019 de <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/4252>
- Gay rights in the US, state by state. (2012, 8 de mayo). *The Guardian*. Recuperado el 9 de junio de 2019 de <https://www.theguardian.com/world/interactive/2012/may/08/gay-rights-united-states>
- Gonsiorek, J. (1988). Mental health issues of gay and lesbian adolescents. *Journal of Adolescent Health Care*, 9, 114–122. doi: 10.1016/0197-0070(88)90057-5
- Griffiths, J. (2017, 15 de noviembre). Atados a sillas y con choques eléctricos: así es la “terapia de conversión” para personas LGBT en China. *CNN en Español*. Recuperado el 28 de mayo de 2019 de <https://cnnespanol.cnn.com/2017/11/15/atados-a-sillas-y-electrocutados-asi-es-la-terapia-de-conversion-para-personas-lgbt-en-china/>
- Haldeman, D. (2002). Gay rights, patient rights: the implications of sexual orientation conversion therapy. *Professional Psychology: Research and Practice*, 33(3), 260-264.
- Hernández, M. & Toro-Alfonso, J. (2010). La cura que es (lo)cura: una mirada crítica a las terapias reparativas de la homosexualidad y el lesbianismo. *Salud & Sociedad*, 1(2), 136-144.
- Hicks, K. (1999). “Reparative” therapy: whether parental attempts to change a child’s sexual orientation can legally constitute child abuse. *American University Law Review*, 49(2), 505-547.
- Hooker, E. (1956). A preliminary analysis of group behavior of homosexuals. *Journal of Psychology*, 42, 217-225.
- Hughes, S. (2011, 10 de junio). Family of Kirk Murphy says “sissy boy experiment led to his suicide”. *The Washington Post*. Recuperado el 28 de mayo de 2019 de [https://www.washingtonpost.com/blogs/blogpost/post/family-of-kirk-murphy-says-sissy-boy-experiment-led-to-his-suicide/2011/06/10/AGYfgvOH\\_blog.html?noredirect=on&utm\\_term=.fa3c7383da25](https://www.washingtonpost.com/blogs/blogpost/post/family-of-kirk-murphy-says-sissy-boy-experiment-led-to-his-suicide/2011/06/10/AGYfgvOH_blog.html?noredirect=on&utm_term=.fa3c7383da25)
- INREDH. (2012). *Análisis del hábeas corpus: caso de privación de la libertad en clínicas o centros terapéuticos de “deshomosexualización”*. Recuperado el 22 de mayo de 2019 de [http://www.inredh.org/archivos/boletines/habeas\\_corpus\\_final.pdf](http://www.inredh.org/archivos/boletines/habeas_corpus_final.pdf)
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (2013). *Primera investigación sobre condiciones de vida e inclusión social de población glbti*. Recuperado el 8 de junio de 2019 de <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/lgbti/>
- Jiménez, D. (2018). *La inalienabilidad de los derechos humanos: comunidad LGBTIQ+* (Trabajo de titulación). Universidad San Francisco de Quito, Ecuador. Recuperado el 10 de junio de 2019 de <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/8040/1/141473.pdf>

- Jóvenes en EE. UU. demandan a terapeutas que prometieron hacerlos heterosexuales. (2012, 28 de noviembre). *CNN en Español*. Recuperado el 28 de mayo de 2019 de <https://cnnespanol.cnn.com/2012/11/28/jovenes-en-ee-uu-demandan-a-terapeutas-que-prometieron-hacerlos-heterosexuales/>
- Ley 5.261, *Ley contra la discriminación*. (2015, abril). Buenos Aires, Argentina.
- Mallory, C.; Brown, T.; & Conron, K. (2018). *Conversion therapy and LGBT youth*. Recuperado el 22 de mayo de 2019 de <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Conversion-Therapy-LGBT-Youth-Jan-2018.pdf>
- McLaughlin, D. (2018, 14 de noviembre). *The conversion therapy memoir*. Recuperado el 28 de mayo de 2019 de <https://www.publicbooks.org/the-gay-conversion-therapy-memoir/>
- Movement Advancement Project. (2019, 31 de mayo). *Conversion therapy law*. Recuperado el 12 de junio de 2019 de <https://www.lgbtmap.org/img/maps/citations-conversion-therapy.pdf>
- Movement Advancement Project. (2015). *LGBT policy spotlight: conversion therapy bans* [actualizada en julio de 2017]. Recuperado el 9 de junio de 2019 de <http://www.lgbtmap.org/file/policy-spotlight-conversion-therapy-bans.pdf>
- National Association for Research & Therapy of Homosexuality. (2008). *NARTH mission statement*. Recuperado el 9 de enero de 2009 de <http://narth.com/menus/mission.html>
- National Center for Lesbian Rights & Humans Rights Campaign Foundation. (2017). *Just as they are: protecting our children from de harms of conversion therapy*. Recuperado el 4 de junio de 2019 de [http://www.nclrights.org/wp-content/uploads/2018/07/Conversion\\_Therapy-Child\\_Welfare-July\\_2018.pdf](http://www.nclrights.org/wp-content/uploads/2018/07/Conversion_Therapy-Child_Welfare-July_2018.pdf)
- National Center for Lesbian Rights. (2014, 27 de agosto). *NCLR representing conversion therapy survivor who alleges sexual abuse by school leader after coming out*. NCLR Rights. Recuperado el 28 de mayo de 2019 de <http://www.nclrights.org/press-room/press-release/nclr-representing-conversion-therapy-survivor-who-alleges-sexual-abuse-by-school-leader-after-coming-out/>
- National Center for Lesbian Rights. (2018). *Ending conversion therapy in child welfare*. Recuperado el 2 de junio de 2019 de [http://www.nclrights.org/wp-content/uploads/2018/07/Conversion\\_Therapy-Juvenile\\_Justice-July\\_2018.pdf](http://www.nclrights.org/wp-content/uploads/2018/07/Conversion_Therapy-Juvenile_Justice-July_2018.pdf)
- National Geographic Latinoamérica. (2018). *Gaycation S1: Brasil*. Recuperado el 9 de junio de 2019 de <https://www.youtube.com/watch?v=sWAAAUfaTkk>
- Nogueira Alcalá, H. (2009). *La interpretación constitucional de los derechos humanos*. Lima, Perú: Ediciones Legales.

- Organización de las Naciones Unidas. (1948, 10 de diciembre). *Declaración universal de derechos humanos* [Adoptada por la tercera Asamblea General de las Naciones Unidas en París].
- Organización de las Naciones Unidas. (1976). *Pacto internacional de derechos económicos sociales y políticos* [Adoptado por la Asamblea General mediante Resolución 2200 A (XXI) el 16 de diciembre de 1966].
- Organización de las Naciones Unidas. (1976). *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* [Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966].
- Organización de las Naciones Unidas. (1984, 10 de diciembre). *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles* [Adoptada por la Asamblea General en la Resolución 39/46].
- Organización de las Naciones Unidas. (2018, 5 de abril). *El derecho a la salud. Folleto informativo n.º. 31*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>
- Organización Mundial de la Salud. (2017). *Salud y derechos humanos: datos y cifras*. Recuperado de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>
- Organización Panamericana de la Salud. (s. f.). “*Curas*” para una enfermedad que no existe: Las supuestas terapias de cambio de orientación sexual carecen de justificación médica y son éticamente inaceptables. Recuperado de [http://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=17704&Itemid%20](http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=17704&Itemid%20)
- Pérez, A. (2003). *Derechos humanos: estado de derecho y constitución* (8va ed.). Madrid, España: Tecnos.
- Pérez, M. (2011). La protección de los derechos de la infancia. Un comentario legislativo a la Convención Sobre Derechos del Niño y el marco jurídico de protección nacional. *Instituto de Investigaciones Jurídica UNAM*, (5), 13-22.
- Ryan, C.; Huebner, D.; Diaz, R.; & Sánchez, J. (2009). Family rejection as a predictor of negative health outcomes in white and latino lesbian, gay, and bisexual young adults. *Pediatrics*, 123(1), 346-352.
- Ryan, C.; Toomey, R.; Diaz, R.; & Russell, S. (2018). Parent-initiated sexual orientation change efforts with lgbt adolescents: implications for young adult mental health and adjustment. *Journal of Homosexuality*, 1-15. doi: 10.1080/00918369.2018.1538407
- Smink, V. (2010, 22 de julio). *Argentina: matrimonio gay, del dicho al hecho*. Recuperado el 9 de junio de 2019 de [https://www.bbc.com/mundo/america\\_latina/2010/07/100722\\_argentina\\_matrimonio\\_gay\\_lav](https://www.bbc.com/mundo/america_latina/2010/07/100722_argentina_matrimonio_gay_lav)

- Socarides, C. (1989). *Homosexuality: psychoanalytic therapy*. Lanham, MD: Jason Aronson.
- Soriano, S. (2002). Origen y causa de la homosexualidad. *Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, 56, 71-82.
- Spitzer, R. (2003). Can some gay men and lesbians change their sexual orientation?: 200 subjects reporting a change from homosexual to heterosexual orientation. *Archives of Sexual Behavior*, 32(5), 403-417.
- Suspenden en Brasil la cura gay, una medida contra la homosexualidad. (2019, 25 de abril). *El Periódico*. Recuperado de <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20190425/suspenden-brasil-cura-gay-contra-homosexualidad-7423150>
- Taller de Comunicación Mujer. (2017). *Retratos del encierro: sobrevivientes de las clínicas de deshomosexualización*. Quito, Ecuador: Silva Artes Gráficas.
- Terán, C. (2008). Derecho a la libertad y otros derechos. *Aportes Andinos*, (24). Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, Programa Andino de Derechos Humanos.
- Viteri, M. & Ocampo, G. (2017). *Sexual politics in Ecuador in the 2000's: a bird wide eye view*. Recuperado de <https://sxpolitics.org/sexual-politics-in-ecuador-in-the-2000s-a-birds-eye-view/17140>
- Wilkinson, A. (2013). "*Sin sanidad no hay santidad*": las prácticas reparativas en el Ecuador (Serie Tesis). Recuperado de <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/54210.pdf>
- Ziegler, E. (2013). *Searching for the cure: sexuality, mobilization, and discourse deployment in Latin America* (tesis de pregrado). Universidad de Colorado, Boulder. Recuperado el 9 de junio de 2019 de [https://scholar.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1719&context=honr\\_theses](https://scholar.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1719&context=honr_theses)



## ¡ALTO A LA “NORMALIZACIÓN”! EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS POLÍTICAS DE SALUD PARA INTERSEXUALES RECIÉN NACIDOS<sup>1</sup>

*Patricio Ato del Avellanal Carrera<sup>2</sup>*  
Observatorio de Género Perú  
Categoría Profesionales

### **Sumilla**

Ante la incertidumbre respecto del sexo de un recién nacido, considerando el miedo que puedan tener los padres por verse expuestos a una realidad que quiebra el binarismo en el que habían estado inmersos, los pediatras usualmente proponen realizar una intervención quirúrgica y prescriben un tratamiento hormonal para “normalizar” al bebé. Para cuando esta persona toma conciencia de la violencia médica a la que fue expuesta, ya no habrá proceso de amparo que pueda tutelar la vulneración irreparable sufrida. La única vía restante será atacar la constitucionalidad del protocolo que haya establecido el Ministerio de Salud a través de un proceso de acción popular para que otras personas no pasen por el mismo sufrimiento. Por ello, en el presente trabajo explicamos los alcances del juez constitucional para expulsar del ordenamiento aquella política pública de salud que vulnera los derechos fundamentales de los intersexuales recién nacidos.

No es ninguna novedad, hoy en día, leer o ver en las noticias que la comunidad LGTBIQ+ es víctima constante de abusos que conllevan a la vulneración de sus derechos fundamentales. Con los años, la visibilidad de la comunidad ha crecido, y con ella, los sectores representados en las letras que nombran al colectivo: lesbianas, gay, trans, bisexuales, intersexuales, queer y el resto de identidades que no comulgan con el binarismo socialmente impuesto. Todas las personas pertenecientes a la comunidad parten de una misma demanda, la cual hace que salgan a las calles a denunciar que la lucha sigue: el reclamo por la igualdad.

Los miembros de la comunidad LGTBIQ+ desean ejercer sus derechos como cualquiera; sin embargo, la intolerancia e ignorancia de muchos sectores de la población, incluido el Es-

1 Für mein liebes *Grillenbeinchen*, in Hoffnung, dass sie stolz auf mich wird.

2 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Adjunto de docencia para los cursos de Derecho Constitucional dictados por el profesor Abraham García Chávarri en la Facultad de Derecho de la PUCP. Miembro del consejo directivo del Observatorio de Género Perú. Miembro de la asociación Perspectiva Constitucional. Abogado del Estudio Jurídico Ato del Avellanal.

tado, impiden su integración pacífica en la sociedad<sup>3</sup>. Cada miembro de la comunidad tiene sus reclamos en particular, dado que la manifestación de violencia contra ellos recae de forma distinta en los diversos ámbitos de la vida en sociedad. Por ello, cuando se estudia la situación de vulnerabilidad en la que estas personas se encuentran, es posible percibir lo compleja que es dicha realidad, así como entender lo ciego que se estaba por los propios privilegios.

Las personas intersexuales forman parte de la comunidad LGBTQ+:

La intersexualidad engloba variaciones naturales del cuerpo de las personas que nacen con esta condición, las cuales difieren del estándar corporal masculino y femenino. Dado que el sistema sexo-género construido socialmente se caracteriza, entre otras cosas, por ser binario –es decir, infiere la existencia de sólo dos sexos y dos géneros–, la intersexualidad supone un cambio profundo de paradigmas y evidencia la resistencia a una forma incluyente de entender y construir el sexo y el género de las personas. Tal resistencia se observa por parte de las autoridades y de la sociedad en general, que por temor, desconocimiento y prejuicios perpetúan y agravan las violaciones a derechos humanos de las personas intersex, sea por acción u omisión. (“Intersexualidad y derechos humanos”, 2018, p. 3)

El drama de la “normalización” de sus cuerpos a través de una serie de intervenciones quirúrgicas llevadas a cabo durante su niñez ha sido catalogado como tortura en el último informe emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2018)<sup>4</sup>.

En el ámbito del derecho constitucional, existe la preocupación latente de tutelar vulneraciones de derechos fundamentales, entre estas la incidencia de las políticas públicas o la falta de ellas, dado que, para asegurar desde el Estado el ideal del liberalismo político, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser protegidos en función de las obligaciones estatales bajo los estándares internacionales:

Respetar (**abstenerse de interferir en el disfrute del derecho**), proteger (**impedir que otras personas interfieran en el disfrute del derecho**) y realizar (**adoptar medidas apropiadas con miras a lograr la plena efectividad del derecho**) **los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales**. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2019, párr. 6)

El derecho a la salud se enmarca dentro de aquellos derechos fundamentales y que a su vez “son los derechos humanos relativos a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida en dignidad y libertad” (Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2019, párr. 1).

Para efectos de la tutela de derechos fundamentales frente a la ejecución u omisión de implementación de políticas públicas, a lo que se ha recurrido ha sido al control constitucional de aquellas normas que tengan ese tipo de incidencia, vía un proceso de cumplimiento, procesos de amparo o procesos de acción popular. El caso que aquí es materia de análisis se refiere al manejo

3 “[C]onviene reconocer la actitud deliberada al interior de muchas organizaciones no gubernamentales LGBT en acoger la intersexualidad. Así, esta se ha visto inmersa en un doble proceso de invisibilización tanto social como al interior de estos grupos que defienden los intereses de minorías según su orientación sexual, expresión sexual e identidad de género, que incluyendo-excluyendo la intersexual solo generan dudas acerca de los intereses y prioridades de este otro grupo que apoya por su parte el cuestionamiento de los estereotipos basados en la dicotomía sexo-género.” (Camacho, 2018b, p. 34)

4 “a) Considerar como tortura las intervenciones médicas innecesarias en niños y niñas intersex que se realice sin su consentimiento libre, previo e informado.” (CIDH, 2018, p. 140)

y asignación de sexo a recién nacidos intersexuales<sup>5</sup>. Así, en el presente trabajo se desarrollará en términos generales lo que se entiende como *políticas públicas* y los alcances en el Perú de los procesos constitucionales como supuesto remedio ante las limitaciones o fallas de estas, con el objetivo evaluar los alcances del juez constitucional para expulsar del ordenamiento la política pública de salud que vulnera los derechos fundamentales de los recién nacidos intersexuales.

### La Intervención Quirúrgica de Neonatos Intersexuales

Todas las personas tienen el mismo derecho a no ser objeto de violencia, persecución, discriminación y estigmatización. Las leyes internacionales en materia de derechos humanos establecen obligaciones jurídicas para los Estados a fin de garantizar que todas las personas, sin distinción alguna, puedan gozar de tales derechos. . . . Las Naciones Unidas y otras organizaciones han documentado violencia física y psicológica generalizada contra personas LGBTI en todas las regiones, incluyendo asesinatos, agresiones, secuestros, violaciones, violencia sexual, así como torturas y malos tratos, tanto en el ámbito institucional como en otros. Las mujeres lesbianas, bisexuales y trans y los jóvenes LGBTI se encuentran particularmente expuestos al riesgo de violencia física, psicológica y sexual en el ámbito familiar y comunitario. (Organización de las Naciones Unidas, 2015, párr. 1)

La presente investigación analiza el caso de los intersexuales recién nacidos. Ante la incertidumbre del sexo de un recién nacido, considerando el miedo que puedan tener los padres por verse expuestos a una realidad que quiebra el binarismo en el que habían estado inmersos, el pediatra, luego de haber realizado algunos exámenes, suele proponer una intervención quirúrgica<sup>6</sup> y prescribir un tratamiento hormonal para “normalizar” al bebé<sup>7</sup>. Esta “normalización” de sus cuerpos se da, en realidad, a través de una serie de intervenciones quirúrgicas durante su niñez, práctica que ha sido catalogada como tortura de acuerdo al último informe emitido por la CIDH<sup>8</sup>:

Se ha denunciado que estas cirugías y procedimientos –en su mayoría innecesarios desde un punto de vista médico– generan enormes daños en niños, niñas y adultos intersex que

- 5 Para efectos de este caso, se ha tomado la Resolución Directoral 058-2015-INSN-DG, la cual aprueba la *Guía de Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de Diferenciación Sexual*.
- 6 “Lo que sí resulta a todas luces paradójico e incomprensible es que, mientras se condena la mutilación genital femenina en niñas y mujeres porque dicha práctica carece de beneficio en la salud y se motiva básicamente en creencias culturales, el mismo escenario se repita sobre las corporeidades de menores de edad intersex y no digamos nada. Es más, que al interior del colectivo LGBT se desconozca con frecuencia el significado de la letra “i” –casi de invisibilidad– y lo que ello representa en términos de violación a los derechos humanos y activismo.” (Camacho Gutierrez, 2018c, párr. 8)
- 7 “184. La CIDH ha recibido cada vez más información sobre la realización de cirugías de asignación de sexo y operaciones de los genitales realizadas sin el consentimiento informado en niños, niñas y adultos intersex, la mayoría de las cuales son de naturaleza irreversible y dirigidas a tratar de ‘normalizar’ la apariencia de los genitales de la persona. La CIDH ha sido informada sobre casos documentados en Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, México, Estados Unidos y Uruguay, entre otros. No obstante, la CIDH ha sido informada de que estas intervenciones son parte de una práctica estándar en los países a lo largo del continente americano. La Comisión nota que la documentación y los datos recopilados sobre esta problemática son escasos, lo cual se abordará con mayor profundidad en el capítulo 6 de este informe, cuando se analiza la obligación estatal de recopilar datos.” (CIDH, 2015, pp. 126-127)
- 8 Recomendación 15: “a) Considerar como tortura las intervenciones médicas innecesarias en niños y niñas intersex que se realice sin su consentimiento libre, previo e informado.” (CIDH, 2018, p. 140)

incluyen, entre otros: dolor crónico, trauma permanente, insensibilidad genital, esterilización y capacidad reducida o pérdida de la capacidad de sentir placer sexual. La información recibida por la CIDH señala que la mayoría de los procedimientos no consisten en una sola intervención, sino que involucran varias cirugías invasivas (que exponen reiteradamente a niños y niñas a los riesgos inherentes de la anestesia y la cirugía durante la infancia) y el uso recurrente de aparatos de dilatación o administración de hormonas. Durante estos procesos, se suele someter a niños y niñas intersex a exposiciones abusivas, así como a exámenes repetitivos con fines científicos o de entrenamiento, que constituyen tratos humillantes y pueden causarles daños psicológicos profundos. Por ejemplo, la Comisión ha sido informada que con frecuencia luego de la vaginoplastia se somete a las personas intersex a procesos de dilatación vaginal regular. Esto se realiza a través de la introducción forzosa y reiterada de un objeto en la vagina, práctica que ha sido descrita como ‘extremadamente dolorosa, altamente traumática y comparable al abuso sexual, en cuanto a la experiencia del paciente’. El Relator de Naciones Unidas para el derecho a la salud lo ha descrito como un procedimiento doloroso y de alto riesgo sin que tenga beneficios médicos comprobados. (2015, p. 128)

Ante esta situación, que se presenta en toda la región, decidí realizar una investigación sobre el proceder de los médicos en el Perú frente al nacimiento de personas intersexuales<sup>9</sup>. Después de larga búsqueda, logré encontrar la Resolución Directoral 058-2015-INSN-DG, del 30 de enero de 2015, la cual aprueba la *Guía Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de Diferenciación Sexual* (Instituto Nacional del Niño, 2015). En la resolución se indica que la guía fue realizada según lo planteado en el Congreso Internacional 2006, conformado por expertos de la Sociedad Europea de Endocrinología Pediátrica y de la Sociedad de Endocrinología Pediátrica Lawson Wilkins. En la guía, los desórdenes de desarrollo sexual (*disorders of sexual development*, DSD por sus siglas en inglés) son considerados *anomalías de la diferenciación sexual* (ADS):

Las ADS son un conjunto amplio de patologías congénitas caracterizadas por un desarrollo atípico del sexo genético, gonadal o fenotípico, que se producen por la alteración de alguna de las fases primordiales del desarrollo sexual normal. Algunas ADS se hacen evidentes en la morfología de los genitales externos del neonato y otras se manifiestan en etapas posteriores de la vida. (Ministerio de Salud, 2015, p. 2)

Desde esta definición inicial resulta claro el carácter controvertido de la aproximación, dado que manifiesta la intersexualidad como patológica. Luego, la guía explica en tres pasos el procedimiento que debe seguir del médico ante un caso de intersexualidad: revisión de antecedentes, realización de exámenes bioquímicos y genéticos, y finalmente la asignación de un género<sup>10</sup>. Parecería, en principio, un procedimiento simple, pero dependiendo del caso en

9 Ninguna investigación nace de cero, y por más activismo que haya realizado en favor de la comunidad LGTBQ+ desde hace algunos años a través del Observatorio de Género Perú, me es imperativo indicar que, gracias a Lucía Camacho Gutiérrez, logré comprender de mejor forma la problemática de las personas intersex. Ella ha investigado ampliamente el tema y, entre sus tantos logros, ha sido seleccionada como ganadora del concurso de ensayos de la Academia en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University School of Law con el escrito titulado *Intersexuales en Estado de Excepción: Violencias contra las Corporeidades Diversas* (2018a). Recomiendo también leer *Intersexualidad y la Opinión Consultiva 24/17: Retos Pendientes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (2018b), así como *Mutilación Genital a Personas Intersex: ¡Es Tortura, no Tratamiento!* (2018c).

10 “Ante una ADS, en primer lugar, se debe revisar el cuadro clínico, los antecedentes personales y familiares. En

cuestión, el médico necesita tiempo para realizar todos los exámenes que le permitan obtener un resultado concreto sobre el tipo de intersexualidad que tiene el neonato<sup>11</sup>.

Es importante saber que, para ese momento, el intersexual recién nacido tiene solamente el Certificado de Nacido Vivo (CNV), que identifica a la madre, y al profesional que atendió el parto o cesárea. Para obtener el Acta de Nacimiento, dependiendo del tiempo que uno tarde en acercarse al registro, deberá realizar el trámite respectivo: dentro de los primeros 60 días, se realiza la inscripción de nacimiento ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RE-NIEC); si vence dicho plazo, se podrá realizar una inscripción de nacimiento extemporánea<sup>12</sup>.

En algunos países, como España, existen plazos limitados por ley para inscribir al neonato, lo cual determina que muchos médicos decidan resolver la incertidumbre del sexo en función a lo que les sea más fácil realizar en el momento, y solo informan parcialmente a los padres sobre la decisión<sup>13</sup>. En Perú no existe ese tipo de presión; sin embargo, sin el Acta de Nacimiento, el recién nacido no es formalmente un ciudadano y podría tener eventualmente problemas para acceder a cualquier servicio o institución. Por otro lado, es relevante el carácter conservador de la sociedad peruana, hecho que determina la existencia de una mayor probabilidad de que los médicos, no necesariamente progresistas en su mayoría, ofrezcan información parcializada a los padres, que contenga ciertos prejuicios en favor de la “normalización”. Sin embargo, la guía indica que es importante no angustiar a los padres mientras los médicos aún realizan los exámenes para determinar ante qué tipo de intersexualidad se encuentran<sup>14</sup>:

---

segundo lugar, realizar los exámenes bioquímicos y de imágenes correspondientes, al mismo tiempo que se realizan estudios genéticos como el cariotipo, el cual demora varios días. El método de hibridación fluorescente in-situ (FISH por sus siglas en inglés, fluorescence in-situ hybridization) detecta rápidamente la presencia del gen masculino SRY. En tercer lugar, realizar pruebas dinámicas hormonales según el caso. Se debe tener en cuenta que la asignación de un género debe hacerse una vez que se ha evaluado el caso con todas las herramientas de juicio disponibles y se recomienda la interacción entre los integrantes del equipo multidisciplinario y los padres.” (Instituto Nacional de Salud del Niño, 2015, pp. 13-14)

- 11 “Debido a la complejidad de las diversas etiologías de las ADS, muchas veces es difícil o toma algún tiempo establecer el diagnóstico diferencial. Los signos de ambigüedad sexual pueden ser muy similares en una niña virilizada con los de un niño deficientemente virilizado, motivo por el cual los exámenes auxiliares y la interacción del equipo multidisciplinario son vitales para llegar al diagnóstico definitivo. Algunos ejemplos: un recién nacido aparentemente varón con falo normal y criptorquidia bilateral puede ser en realidad una niña virilizada con HSC [Hiperplasia Suprarrenal Congénita] clásica; o una recién nacida con genitales externos femeninos y ‘hernias’ inguinales puede ser en realidad un varón con SIAC [Síndrome de Insensibilidad a Andrógenos] y criptorquidia bilateral.” (Instituto Nacional de Salud del Niño, 2015, p. 14)
- 12 Para más información; ver *Obtener Partida de Nacimiento* (<https://www.gob.pe/340-obtener-partida-de-nacimiento>)
- 13 “Los bebés como Claudia, con algún tipo de discrepancia genital, vienen con un espinoso interrogante bajo el brazo: ¿Niño o niña? La ley española obliga a inscribir al recién nacido en el Registro Civil bajo uno de los dos sexos en un plazo de 72 horas. Un juego de dados contrarreloj, en el que los padres escuchan al equipo médico interdisciplinar (endocrinos, pediatras, cirujanos y genetistas) que estudia las características preponderantes en el bebé para asignarle un género. La decisión queda en manos de los progenitores, pero las asociaciones activistas denuncian que durante muchos años la información que se les ha proporcionado era escasa y ambigua, y aún persiste un gran déficit” (Ayuso, 2016)
- 14 “Las ADS provocan angustia en los padres, particularmente si la anatomía genital es atípica. Siempre se debe atender con prontitud y tacto las preocupaciones de los padres en el área psicosocial, si es posible con ayuda de profesionales de salud mental con experiencia en estos casos. Se debe tener especial cuidado en no empeorar la incertidumbre de los padres evitando que el personal de salud se comunique con ellos como que el paciente ‘parece’ o ‘puede ser’ de uno u otro sexo. Es mejor indicarles que se están realizando los estudios necesarios para determinar el sexo y que se les comunicará oportunamente, mientras tanto deben posponer la asignación de género.” (Instituto Nacional de Salud del Niño, 2015, p. 15)

La asignación del género de los pacientes con ADS debe realizarse luego de una exhaustiva evaluación que tenga en cuenta el diagnóstico, las características de los genitales, las opciones quirúrgicas, la necesidad de terapia hormonal de reemplazo de por vida, la fertilidad y la opinión de los padres, respetando sus tradiciones culturales. Se recomienda la toma de decisiones en junta médica del equipo multidisciplinario. La asignación de género y todo procedimiento debe contar con el consentimiento informado de los padres a quienes previamente se les han dado las explicaciones correspondientes, quedando constancia de ello. Toda información importante debe ser compartida con los padres. (Instituto Nacional de Salud del Niño, 2015, p. 15)

Otro problema que puede detectarse respecto del protocolo señalado en la guía es que se asume que en todos los casos las personas son atendidas en un centro médico que cuenta con un equipo multidisciplinario. La guía menciona a psicólogos con experiencia en el manejo de dichas situaciones como de dicho equipo, el cual tiene como tarea un monitoreo de la persona hasta la adolescencia<sup>15</sup>. En el “Anexo 1” del protocolo se puede observar un flujograma en inglés de la Sociedad Europea de Endocrinología Pediátrica y de la Sociedad de Endocrinología Pediátrica Lawson Wilkins (Instituto Nacional de Salud del Niño, 2015), el cual es usado para la elaboración del protocolo. Esta guía, más que un instrumento de ayuda para los pediatras encargados, es una suerte de escudo legal por parte del MINSA, dado que procura convalidar protocolos extranjeros para justificar la actuación del médico, cuando ya la CIDH ha condenado aquellas prácticas.

La *Guía Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de la Diferenciación Sexual* es un documento de 20 páginas donde, a mi parecer, la sección más importante es la siguiente:

La genitoplastia debe realizarse solo cuando se tiene el diagnóstico preciso del tipo de ADS y se ha asignado un género considerando el resultado sexual que se obtendrá en la etapa post puberal. **De no tener certeza suficiente, se debe posponer la genitoplastia hasta tenerla, pues esta incluye procedimientos irreversibles** [énfasis agregado] como la reducción del falo y la castración en pacientes criados como mujeres, y en la resección de tejidos útero-vaginales en pacientes criados como varones. Cuando es necesaria la vaginoplastia, se puede aprovechar la abundante vascularidad e inervación de la piel de la zona labio-escrotal y del prepucio. La clitoroplastia puede afectar el paquete vasculo-nervioso con pérdida de la sensibilidad y la capacidad eréctil del clítoris. En general, se debe dar más importancia a la funcionalidad que a la estética y se debe contar con cirujanos con experiencia en este tipo de cirugías. La faloplastia puede incluir la corrección de la hipospadia, reconstrucción uteral y corrección del pene incurvado. Todos estos procedimientos pueden requerir de más de una intervención quirúrgica. (Instituto Nacional del Niño, 2015, p. 17)

15 “La identidad de género se desarrolla antes de los tres años, pero se desconoce la edad mínima en que puede ser evaluada de manera confiable. La idea generalizada de que los 18 meses es la edad máxima para la asignación sexual debe ser tomada con cautela y esta decisión debe darse después de una revisión exhaustiva. El psicólogo del equipo multidisciplinario debe tener la experiencia en el manejo de los problemas de adaptación psicosocial de la familia y el paciente. La participación de este profesional es importante en la toma de decisiones compartidas como la asignación o reasignación de género, edad de la cirugía y edad de inicio de tratamiento de reemplazo hormonal, así como información al propio paciente sobre su ADS en el momento apropiado según la edad y nivel de preparación. La consejería también es importante en los pacientes adolescentes cuando inician las relaciones de pareja.” (Instituto Nacional de Salud del Niño, 2015, p. 16)

No obstante, al evaluar el contenido total de la guía, queda claro que el sexo, y eventualmente la identidad del neonato van a ser impuestas por sus padres y los médicos. El aplazamiento de la genitoplastia, de acuerdo a la guía, solo parecería razonable en caso de que el médico no tuviera forma de tener certeza del sexo del recién nacido. Siendo esta la situación, ¿dónde queda el derecho a la salud del neonato?, ¿qué sucede con su derecho a la integridad?, ¿dónde queda su derecho a la identidad? ¿No tiene un recién nacido acaso derecho a proyectar un plan de vida personal? Todos estos derechos fundamentales parecerían quedar eclipsados por la patria potestad de los padres, quienes, influenciados por un supuesto criterio técnico o científico proveído por los médicos, toman unilateralmente la decisión. Ello lleva también a las preguntas siguientes: ¿son necesarias aquellas intervenciones quirúrgicas a tan temprana edad?<sup>16</sup>, ¿implican algún riesgo en la salud del neonato?

En el informe de la CIDH titulado *Avances y Desafíos hacia el Reconocimiento de los Derechos de las Personas LGBTI en las Américas* (2018) se recoge la recomendación expuesta en el informe titulado *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en Américas*:

La CIDH recomienda que los Estados Miembros de la OEA revisen las prácticas y protocolos médicos vigentes que establecen la realización de intervenciones médicas innecesarias en niños y niñas intersex sin su consentimiento previo, libre e informado. Estas cirugías deben posponerse hasta que la persona involucrada esté en capacidad de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, y la decisión de no someterse a estas cirugías debe ser respetada. El hecho de no someter a una persona intersex a una intervención médica no debe obstaculizar o retrasar el registro del nacimiento ante las autoridades estatales pertinentes. Además, dada la necesidad de erradicar el estigma que rodea a las personas intersex, los Estados Miembros de la OEA deben procurar generar conciencia sobre las violaciones de derechos humanos que afectan a las personas intersex, a través de políticas y programas que sensibilicen al público en general y a la comunidad médica. La Comisión recomienda que las clasificaciones médicas que patologizan a todas las personas intersex o todas las variaciones de las características sexuales sean revisadas y modificadas respectivamente con el fin de asegurar que las personas intersex gocen efectivamente del derecho al nivel más alto posible de salud y otros derechos humanos. (CIDH, 2015, párr. 450)

Además, la octava recomendación del último informe de la CIDH, *Avances y Desafíos hacia el Reconocimiento de los Derechos de las Personas LGBTI en las Américas*, establece lo siguiente:

Adoptar y hacer cumplir medidas efectivas para prevenir y sancionar la discriminación contra las personas LGBTI, o aquellas percibidas como tales, en el sector de la salud. . . b. Prohibir toda intervención médica innecesaria en niños y niñas intersex que se realice sin su consentimiento libre, previo e informado. (2018, p. 138)

Ante el presente escenario, se hace necesario profundizar sobre el control constitucional frente a una vulneración de derechos fundamentales por la ilegalidad y/o inconstitucionalidad de una norma reglamentaria que forma parte de la implementación de una política pública en salud.

16 “Los pretendidos actos de cura inscritos en lo que se denomina protocolo de medicalización, modelo hegemónico que propone el entendimiento de la intersexualidad como enfermedad a la cual se diagnostica como desorden o trastorno en el desarrollo del sexo, han sido acogidos como *lex artis* por la comunidad médica desde que dicho protocolo fuera propuesto en 1950 por el Dr. John Money, vinculado a la Universidad Johns Hopkins de los Estados Unidos de América.” (Camacho Gutierrez, 2018b, p. 13)

### ¿En qué Consisten las Políticas Públicas?

El concepto de *políticas públicas* carece de corporeidad, dado que, en sí, es abstracto y solo puede hacerse visible mediante instrumentos jurídicos: un plan, una ley, un decreto supremo, entre otras normas. La finalidad de la implementación de políticas públicas es la solución de problemas de carácter público, es decir, aquella vulneración de derechos que repercute en un grupo de personas. Por lo tanto, una política pública se crea a través de una secuencia de decisiones del Estado para resolver un problema público, y procura a su vez garantizar derechos. En ese sentido, el Estado decide cual es el problema, cómo se resuelve y si debe intervenir, y luego actúa de alguna forma al respecto o deja que los ciudadanos decidan. Al respecto, María das Graças Rúa (2014) señala por lo menos tres elementos a tener en consideración.

En primer lugar, menciona la *importancia de las decisiones*: el desafío de toda política está en la adopción de decisiones, y estas deben recoger la multiplicidad de enfoques e intereses que puede haber en juego. Si bien es cierto que la riqueza de enfoques puede arrojar una multiplicidad de soluciones, la pugna se presenta ante la realidad de que los recursos son limitados (Molina, 2002). Aquel conflicto traslapado “dificulta los procesos decisorios que contribuyen a la construcción de las políticas” (Molina, 2002, p. 2). Es así que Rúa (2014), citando a Schmitter (1984), indica que la política puede concebirse como la resolución pacífica de conflictos.

En segundo lugar, señala la *existencia de acciones*; afirma que, para que una política pública pueda considerarse real, esta debe ser ejecutada. Las decisiones deben traducirse en acciones y ello implica que se entienda la noción de *acción* en su sentido más amplio, como la obligación de hacer, pero también de no hacer. Ambos escenarios generarán un resultado determinado (Molina, 2002).

Finalmente, indica *el alcance de lo público*, que se relaciona con la legitimidad que tiene el actor que emite la decisión para que el mismo Estado o alguna entidad por delegación la ejecute. Aquella legitimidad se origina con idoneidad en el cargo, es decir, en que aquella persona haya sido elegida o designada democráticamente para asumir el rol de decidir. La eficacia de una política pública radica en la legitimidad que tenga el actor en cuestión (Molina, 2002).

Debido a “la multiplicidad de afectados”, “se hace necesario que existan espacios de deliberación ciudadana que permitan un análisis abierto y colectivo de las políticas que se perfilan” (Molina, 2002, p. 3). De acuerdo a la coyuntura, habrá espacios formales (por ejemplo, el Plan Nacional de Derechos Humanos) e informales (Mesas de Trabajo<sup>17</sup>) para llegar a un acuerdo. Estos últimos son espacios no institucionalizados que terminan siendo institucionalizados para darle solución a un conflicto social. Todo conflicto social tiene que ver con un problema de políticas públicas, porque se trata de un problema público no resuelto. Cuando estos espacios de participación ciudadana no se dan o se frustran, entra a tallar el control de otros organismos constitucionalmente autónomos como la judicatura ordinaria o extraordinaria. Es así como las salas constitucionales del Poder Judicial (PJ) y/o el Tribunal Constitucional (TC)

17 “117. El Estado de Perú informó a la CIDH sobre la creación del grupo de trabajo denominado Mesa de Trabajo para Promover los Derechos de Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales, a través de la Resolución Ministerial 294-2016-MIMP, de 3 de noviembre de 2016, como un mecanismo de coordinación entre el Estado y la sociedad civil. Según la información, el objetivo de la Mesa de Trabajo es promover propuestas de sensibilización orientadas a la sociedad en su conjunto para combatir la discriminación de la población LGBTI, desarrollar acciones para la protección de sus derechos fundamentales y la promoción del ejercicio de los mismos, así como a la construcción de propuestas de políticas públicas inclusivas.” (CIDH, 2018, pp. 67-68)

juegan un rol importante en la ponderación de los derechos en pugna. Sin embargo, en la discusión doctrinaria, se debate si el control constitucional podría tener ciertos límites cuando se desea evaluar decisiones políticas o *political questions* (Dworkin, 1997).

### ¿Son las *Political Questions* un Verdadero Límite para el Control Constitucional?

La definición de una cuestión política puede ser extendida o restringida en función de las circunstancias del momento que reúne las exigencias de su tiempo. Una definición jurídica del término es imposible, porque la razón que la sustenta es circular: las cuestiones políticas son los asuntos sin solución en el proceso judicial; los asuntos sin solución en el proceso judicial son cuestiones políticas. (Strum, 1974, p. 1)

El debate sobre las *political questions*, de acuerdo a Landa (2000), se suscita en Estados Unidos a raíz de la discusión de la sentencia del caso *Marbury vs. Madison*<sup>18</sup>: por un lado, están aquellos que propugnan que los casos difíciles deban ser resueltos bajo una óptica autorrestrictiva (*selfrestraint*), dado que existen cuestiones constitucionales no justiciables; por otro lado, están aquellos que afirman que no hay áreas exentas al control constitucional (*judicial activism*); por otro, están aquellos que desde una posición funcional exigen razones prácticas para la intervención judicial (*judicial activism moderated*) (Shapiro, 1964).

En cuanto a dicha discusión, en el Perú aún existe la pugna sobre los alcances que deba tener el juez constitucional frente a las decisiones de los actores políticos. Mientras Bobbio (1987) explica que, para el derecho, el eje de análisis es el concepto de *validez*, Goldschmidt (1987) indica que, para efectos de la política, el concepto de análisis es *la conveniencia*<sup>19</sup>. Considerando ambos conceptos, un análisis de conveniencia deja poco espacio para el control constitucional, a menos que se esté evaluando la progresividad con que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales necesitan ser implementados. Quizás desde el criterio de conveniencia el juez constitucional pueda emitir un fallo crítico sobre el actuar político de sus pares, los Organismos Constitucionalmente Autónomos. Sin embargo, Giandoménico Majone (2005) señala que la política no es la decisión sola: lo más importante es que aquella decisión tiene que ser argumentada y justificada. Una política es más fuerte en cuanto más válidos y lógicos sean sus argumentos. Siguiendo esa lógica, Landa (2018) explica lo siguiente:

Lo que se pretende es que se reconozca que, ante la crisis de la representación y, en particular, el descrédito ante la opinión pública del Congreso y la imagen del Presidente, es necesario contar con métodos y técnicas de interpretación constitucional respecto de sus actos y normas por parte de los órganos legitimados en su origen y ejercicio como el Tribunal Constitucional. (2018, p. 37)

Así, haciendo uso del *principio de autonomía procesal*, reconocido en el *Código Procesal Constitucional*, de la mano de la naturaleza ordenadora que tiene el derecho procesal constitucional, el TC complementa a través de su jurisprudencia las limitaciones que pueda tener dicho código:

18 Sobre el caso *Marbury vs. Madison*, ver Sosa (2015).

19 “Al hablar de ‘política’ hacemos referencia a cualquier tipo de consideración de conveniencia, trátese de alta política, oportunismo personal o satisfacción de pasiones elevadas o bajas.” (Goldschmidt, 1987, p. 106)

Esta capacidad para delimitar el ámbito de sus decisiones por parte del Tribunal tiene como presupuesto la necesidad de dotar de todo el poder necesario en manos del Tribunal para tutelar los derechos fundamentales más allá incluso de las intervenciones de las partes, pero sin olvidar que la finalidad no es una finalidad para el atropello o la restricción. Este ‘sacrificio de las formas procesales’ sólo puede encontrar respaldo en una única razón: la tutela de los derechos, por lo que toda práctica procesal que se apoye en este andamiaje teórico para atropellar los derechos o para disminuir su cobertura debe ser rechazado como un poder peligroso en manos de los Jueces. (Tribunal Constitucional del Perú, 2005, fundamento 38)

En ese sentido, la idea de un *activismo judicial* podría ser una línea de acción peligrosa en el contexto peruano. Por ello, Landa (2018) indica lo siguiente:

Las resoluciones del Tribunal, en el marco de un ‘activismo judicial moderado’, constituyen una garantía de independencia y control jurisdiccional frente al poder político. Asimismo, dichas resoluciones representan un ejercicio discrecional -no arbitrario- basado en su potestad de ser un órgano jurisdiccional con capacidad para interpretar la norma constitucional de acuerdo al caso sub litis bajo los parámetros de argumentación jurídica, en función de lo cual podrá ejercer el rol de una corte arbitral que debe asegurar el equilibrio entre los poderes y el respeto de los derechos fundamentales, el mismo que no está sometido, directa o indirectamente, a controles políticos o judiciales. (pp. 37-38)

### **El Rol de la Organización Mundial de la Salud para Efectos de las Políticas Públicas**

La Organización Mundial de la Salud (OMS, o WHO por sus siglas en inglés) es el “es el organismo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) especializado en gestionar políticas de prevención, promoción e intervención en salud a nivel mundial” (Misión Permanente de Colombia ante Naciones Unidas en Ginebra, s. f., párr. 1)<sup>20</sup>. Los 196 Estados miembros de la OMS la gobiernan a través de la Asamblea Mundial de la Salud. Entra las labores que realiza está el elaborar la Clasificación Internacional de Enfermedades (ICD, por sus siglas en inglés) (OMS, s. f.).

La OMS tiene seis oficinas regionales, siendo la Oficina Regional para las Américas (AMRO) o, como regionalmente se conoce, la Organización Panamericana de la Salud (OPS o PAHO en sus siglas en inglés) se creó en 1902<sup>21</sup>. La misión de la OPS, es “[cooperar] con los países de la región para mejorar y proteger la salud de su población” (OPS, s. f.). En otras palabras, su finalidad es lograr el desarrollo humano sostenible de la región mediante la cooperación técnica ofrecida a los Ministerios de Salud, Organizaciones No Gubernamentales, universidades, entre otras entidades. Su secretaría es la Oficina Sanitaria Panamericana (OPS, s. f.) y a su vez funciona como la oficina regional (AMRO) de la OMS.

Si bien es cierto que en el marco de la 72 Asamblea Mundial de la Salud se despatologizó las identidades trans en la décimo primera revisión ICD, para efectos de los intersexuales, este listado añade como patologías la *incongruencia de género en la infancia* (HA61)<sup>22</sup>, así como la *incon-*

20 Para mayor información, ver <https://www.who.int/about/who-we-are/es/>

21 Para mayor información sobre la OPS, ver [https://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_content&view=article&id=91:about-paho&Itemid=220&lang=es](https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=91:about-paho&Itemid=220&lang=es)

22 “Gender incongruence of childhood is characterized by a marked incongruence between an individual’s experienced/expressed gender and the assigned sex in pre-pubertal children. It includes a strong desire to be a different gender than the assigned sex; a strong dislike on the child’s part of his or her sexual anatomy or anticipated secondary sex characteristics and/or a strong desire for the primary and/or anticipated secondary sex characteristics

*gruencia de género en la adolescencia y adultez* (HA60)<sup>23</sup>, decisión que ha sido duramente criticada por las organizaciones que velan por los derechos humanos de los intersexuales<sup>24</sup>. Siguiendo con esta tendencia a patologizar a los intersexuales, desde 2006 la ICD incluye los DSD.

Es la información científica previamente mencionada la que ofrece tanto la OPS como la OMS para la creación de políticas públicas nacionales y/o regionales (a través de la cooperación técnica). No obstante, es importante mencionar que aquellos insumos también juegan un rol importante en los tribunales constitucionales nacionales para efectos de evaluar el grado de vulneración de algún derecho fundamental en la implementación de una política pública, al igual que en la CIDH y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para efectos de determinar la responsabilidad internacional de algún Estado miembro.

### Los Procesos Constitucionales

Los procesos constitucionales son aquellos medios empleados para tutelar urgentemente la vulneración de derechos fundamentales. Así, en el artículo 200 de la *Constitución Política del Perú* (1993), se establecen como garantías constitucionales los distintos procesos constitucionales:

- 1) La *acción de hábeas corpus*, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos
- 2) La *acción de amparo*, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente, y no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular
- 3) La *acción de hábeas data*, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6, de la Constitución.
- 4) La *acción de inconstitucionalidad*, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congre-

---

that match the experienced gender; and make-believe or fantasy play, toys, games, or activities and playmates that are typical of the experienced gender rather than the assigned sex. The incongruence must have persisted for about 2 years. Gender variant behaviour and preferences alone are not a basis for assigning the diagnosis.” (OMS, 2019a, párr. 1)

23 “Gender Incongruence of Adolescence and Adulthood is characterized by a marked and persistent incongruence between an individual’s experienced gender and the assigned sex, which often leads to a desire to ‘transition’, in order to live and be accepted as a person of the experienced gender, through hormonal treatment, surgery or other health care services to make the individual’s body align, as much as desired and to the extent possible, with the experienced gender. The diagnosis cannot be assigned prior the onset of puberty. Gender variant behavior and preferences alone are not a basis for assigning the diagnosis.” (OMS, 2019b, párr. 1)

24 “‘But it does not end there’, points out Kitty Anderson, Co-Chair of OII Europe. ‘The ICD-11 establishes a new diagnosis, called <Gender incongruence of childhood>, which has been strongly opposed by trans and intersex experts alike. In 2015 a group of intersex experts already pointed towards the fact that this diagnoses has no medical utility and carries the risk of promoting stigma and discrimination. For intersex children ‘normalizing’ procedures are frequently justified by the ‘imperative’ of creating bodily congruence – for example, by removing ‘incongruent’ organs or making them ‘congruent’ with stereotypical male and female anatomies. We are very concerned about the practices that may evolve on the basis of this diagnose.’” (“WHO publishes ICD-11”, 2018, párr. 7)

so, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo

- 5) La *acción popular*, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones, y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen
- 6) La *acción de cumplimiento*, que procede contra cualquier autoridad o funcionario reuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley

Existe un consenso respecto al reparto de competencias que el poder constituyente otorga a los poderes constituidos. Sin embargo, algunos asumen (entre ellos algunos magistrados del TC) que el hecho de que el poder constituyente le haya otorgado la potestad de tener la última palabra frente a la interpretación de los derechos los coloca en una situación en la cual la judicatura ordinaria se vería subordinada ante todo pronunciamiento del TC<sup>25</sup>. Tanto Eloy Espinosa-Saldaña (2008)<sup>26</sup> como Aníbal Quiroga (2007)<sup>27</sup> indican desde una posición crítica que no se debe confundir una competencia con jerarquía, dado que en un Estado Constitucional de Derecho las competencias de los órganos constitucionalmente autónomos se reparten para la limitar el poder, sistema que se conoce como *check and balances*.

Respecto al caso que aquí es materia de análisis, la intervención quirúrgica en neonatos intersexuales, existirían, en principio, dos vías posibles para cuestionar constitucionalmente aquella regulación que vulnera sus derechos fundamentales. Por un lado, está el cuestionamiento de la mencionada política pública por generar una vulneración al derecho a la salud; vinculado a este estaría el derecho a la integridad, a la identidad y al desarrollo de un plan de vida. En ese sentido, la vía aparentemente idónea sería interponer una demanda de amparo.

25 Un claro ejemplo de aquella visión puede revisarse en la Sentencia del Expediente 0006-2006-CC/TC.

26 “Analizando entonces lo prescrito por el Tribunal Constitucional peruano, debo decir, con todo respeto, que aquí el Tribunal incurre en una gran y grave confusión conceptual. El ser el supremo intérprete de la Constitución no le otorga una situación de privilegio y/o preponderancia sobre los demás organismos estatales, los cuales obviamente no son inferiores jerárquicos subordinados a sus designios. Es más, si ello fuera así, justamente se negaría aquella limitación del poder que es un elemento central en la configuración del Estado Constitucional.

Lo que justifica considerar al Tribunal Constitucional como el supremo intérprete de la Constitución es que dentro del Estado Constitucional es indispensable que alguien cuente con esa competencia. El que las decisiones tomadas por un legislador, un ministro o un juez pudiesen ser revisables por este Tribunal no hace a éste superior jerárquico de legisladores, ministros o jueces. Estamos pues ante un tema de competencias y no de jerarquías, y lo dicho por el Tribunal Constitucional en este caso debiera ser dejado de lado a la brevedad posible.” (Espinosa-Saldaña, 2008, pp. 198-199)

27 “Así, la última palabra en materia de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento en el Tribunal Constitucional sólo estará reservada al Tribunal Constitucional frente a fallos adversos en sede judicial, más no frente a los fallos estimativos del Órgano Jurisdiccional, los cuales no serán revisados ni por el Tribunal Constitucional ni por nadie en el Estado peruano. Luego, la interpretación que en los casos estimados haga el Poder Judicial también habrá de constituir jurisprudencia constitucional vinculante e intangible. ¿Cómo entonces se puede concluir que el Poder Judicial se halla subordinado al Tribunal Constitucional? ¿De qué parte, no tergiversada, de la Constitución surge ésta, por demás interesada, conclusión? Pues de ninguna, tanto más si, como ya se ha expresado, en el Perú el sistema de control constitucional es mixto, habiendo la Constitución provisto de una serie de instrumentos (de control orgánico y de la jurisdicción de la libertad) en sede judicial como en sede del Tribunal Constitucional, formando un todo, una distribución sistemática y no jerárquica. Nada hay, pues, en el texto ni en el espíritu de nuestra actual Carta Constitucional que avale semejante conclusión interpretativa.” (Quiroga, 2007, p. 127)

Por otro lado, está el cuestionamiento normativo de la guía, el cual debe ajustarse a los parámetros legales, constitucionales y convencionales del ordenamiento. Así, la vía pertinente sería aparentemente la interposición de una demanda de acción popular. Ambas vías inician en el PJ, pero mientras el proceso de amparo puede ser visto en última instancia por el TC, el proceso de acción popular es visto en última instancia por el PJ. Entonces, se trata, para efectos prácticos, de una situación en la cual dos organismos constitucionalmente autónomos cuentan con las competencias para impartir justicia constitucional.

### **El proceso de amparo**

El *Código Procesal Constitucional*, en su artículo 37, indica cuales son los derechos fundamentales que pueden ser tutelados a través de un proceso de amparo, y su numeral 25 permite que la lista que los reúne pueda ser ampliada, tomando en consideración todos los derechos fundamentales que no han sido enumerados y que no tengan otra vía para ser tutelados.

En el caso de la intervención quirúrgica de neonatos intersexuales, se cuestionaría el derecho a la salud, entre otros que también se vincularían. El numeral 24 del artículo 37 del *Código Procesal Constitucional* (2004) tutela expresamente el derecho a la salud vía el proceso de amparo. Tal como queda claro en la *Guía Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de Diferenciación Sexual* (Instituto Nacional de Salud del Niño, 2015), se trata de una serie de intervenciones que se realizan en un lapso de años, las cuales conllevan a muchos riesgos, entre ellos físicos, psicológicos y reproductivos:

Estas cirugías “normalizadoras” en personas intersex generalmente se llevan a cabo de conformidad con protocolos médicos aprobados por el Estado y no se reportan en los medios ni se denuncian por las víctimas, los familiares o las organizaciones. La CIDH observa también que, en general, las personas intersex y sus familias experimentan profundos sentimientos de vergüenza y miedo; lo que contribuye a que el tema permanezca invisible y en secreto. Estos sentimientos negativos, incrementados por los tabús existentes en la sociedad sobre la sexualidad y los genitales, afectan de manera grave a las personas intersex. (CIDH, 2015, párr. 106)

La finalidad del proceso de amparo viene a ser la protección de los derechos fundamentales, mediante la reposición de la situación al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental. Esta idea está contenida en el artículo 1 del *Código Procesal Constitucional* (2004). En ese sentido, el problema que se suscita, entonces, es que para el momento en que la persona toma conciencia de todas las decisiones que se tomaron en su nombre y entiende que podría estar en la capacidad de reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales, lamentablemente, la vía queda trunca: “No proceden los procesos constitucionales cuando: . . . 5. A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable” (2004, art. 5).

El desafío ante esta situación se encuentra en cómo se podría legitimar a una persona, sea natural (intersex) o jurídica (asociación pro intersex) para poder denunciar estas vulneraciones de derechos fundamentales. Entonces, lo que se tendría que evaluar detalladamente para efectos de la legitimación es lo siguiente:

Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos. (2004, art. 40, párr. 3)

Para efectos de calificar un derecho como *difuso* es importante esgrimir que aquella colectividad es indeterminable. Por lo pronto, una forma de cesar la vulneración de derechos sería atacar la ilegalidad y/o inconstitucionalidad de la norma que permitió aquella vulneración.

### **El proceso de acción popular**

En la Constitución de 1993 se señala, como garantía constitucional, en qué casos procede el *proceso de acción popular*: “La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen” (“Constitución Política del Perú”, 1993, art. 200, inc. 5).

De igual manera, el artículo 76 del *Código Procesal Constitucional* indica lo siguiente:

La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso. (“Ley 28237”, 2004, art. 76)

En ambos casos se enfatiza que el control constitucional y/o legal se aplica contra normas de rango reglamentario de carácter general. Sobre el particular, el *Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materias Constitucional y Contencioso Administrativo* (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016) se pronuncia con respecto a la identificación de las normas objeto de control en los procesos de acción popular, al respecto de lo cual se indica lo siguiente, acordado por unanimidad:

Para identificar las normas –reglamentos, normas administrativas, decretos y resoluciones de carácter general– que son objeto de control en los procesos constitucionales de acción popular, y en consecuencia evaluar su procedencia, los jueces deberán observar los criterios de (1) *pertenencia al ordenamiento jurídico* [análisis de incorporación al ordenamiento para interpretar, modificar o desplazar una norma jurídica anterior preexistente], (2) *consunción* [análisis de permanencia y reiterancia] y, en menor medida, (3) *generalidad* [análisis de abstracción]. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016, p. 27)

En ese sentido, es importante indicar que el *criterio de generalidad* no es el preponderante al evaluar una norma reglamentaria. De acuerdo al Pleno Jurisdiccional, el *criterio de pertenencia al ordenamiento jurídico* se aplica en primer lugar para evaluar la finalidad de la norma cuestionada: solo si su finalidad al incorporarse al ordenamiento es modificar, innovar, derogar o interpretar, se trata de una norma reglamentaria. Luego, como segundo paso de análisis, se aplicará el *criterio de consunción*, mediante el cual se evalúa la vocación de permanencia de la norma en cuestión. Al respecto, Morón diferencia los actos generales las normas reglamentarias de la siguiente manera:

Estos actos generales tal cual sucede con los singulares, se agota en su simple cumplimiento, se consume en éste. Para una nueva exigencia habrá que dictar eventualmente un acto del mismo tipo (una nueva convocatoria, un nuevo anuncio de licitación o una nueva orden general). En cambio, la norma reglamentaria no se consume con su cumplimiento singular, antes bien se afirma, se consolida, se mantiene y es susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos: sigue regulando la actividad de los administrados desde el sistema jurídico. (2013, pp. 107-108)

Finalmente, el Pleno Jurisdiccional indica respecto al *criterio de generalidad* que “empero, la existencia de actos administrativos generales no normativos como de leyes especiales hacen que el criterio de generalidad, si bien es útil, no resulta determinante para distinguir actos administrativos de normas reglamentarias” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016, p. 26).

En el presente trabajo, la norma que se analiza es la *Guía Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de Diferenciación Sexual*, aprobada mediante Resolución Directoral 058-2015-INSN-DG (Instituto Nacional de Salud del Niño, 2015), en virtud de la Resolución Ministerial 826-2005/MINSA, la Ley 26842 y la Ley 26657. La Resolución Ministerial 826-2005/MINSA aprueba las *Normas para la Elaboración de Documentos Normativos del Ministerio de Salud*, que indican la naturaleza jurídica de la guía:

5.1. Se considera como Documento Normativo, a todo aquel documento oficial que tiene por objetivo el transmitir información estandarizada y aprobada sobre aspectos técnicos, sean estos asistenciales y/o administrativos, relacionados al ámbito del Sector Salud, en cumplimiento de sus objetivos funcionales, así como facilitar el adecuado y correcto cumplimiento de sus funciones, procesos, procedimientos y/o actividades, en los diferentes niveles y subsectores, según correspondan.

5.2. Los Documento Normativos (DN) según correspondan están dirigidos a las instituciones públicas y privadas que conforman el Sector Salud en general, a las unidades orgánicas y dependencias del Ministerio de Salud en particular; y por extensión a las organizaciones públicas y privadas de otros sectores y la sociedad, en lo pertinente. . .

5.3. Los Documentos Normativos que se emitan tendrán la siguiente denominación según el caso: . . .

– Guía Técnica. . .

#### 6.1.3. **Guía Técnica:**

**Definición y Características.** Es el Documento Normativo del Ministerio de Salud, con el que se define por escrito y de manera detallada el desarrollo de determinados procesos, procedimientos y actividades. En ella se establecen metodologías, instrucciones o indicaciones que permite al operador seguir un determinado recorrido, orientándolo al cumplimiento de un objetivo de un proceso y al desarrollo de una buena práctica.

Las Guías Técnicas pueden ser del campo administrativo o del campo asistencial; cuando se aboca al diagnóstico o tratamiento de un problema clínico recibe el nombre de Guía Práctica Clínica (GPC), y en este caso contiene recomendaciones desarrolladas sistemáticamente que orienten y faciliten el proceso de toma de decisiones para una apropiada y oportuna atención de salud.

**Ámbito de Aplicación.** La Guía Técnica es de aplicación en todas las Unidades Orgánicas o dependencias del Ministerio de Salud expresamente indicadas. Los demás establecimientos del Sector Salud a nivel nacional pueden aplicarlas, o citarlas como referencia en la elaboración de sus propias guías. (MINSA, 2015, párrs. 5.2-5.3 y 5.1.3)

Para efectos del proceso de acción popular, debe considerarse que el documento normativo, bajo el criterio de permanencia en el ordenamiento, tiene por objeto innovar el ordenamiento al orientar y facilitar el proceso de toma de decisiones de los operadores para una adecuada atención de salud. Bajo el criterio de consunción, la *Guía Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de la Diferenciación Sexual* tiene vocación de permanencia en la medida que no se agota en su aplicación. En ese sentido, se requeriría de la emisión de una nueva guía para que los operadores sigan nuevos lineamientos para la toma de decisiones.

Finalmente, bajo el criterio de generalidad se entiende que esta guía práctica clínica es un documento normativo “que tiene por objetivo transmitir información estandarizada y aprobada sobre aspectos técnicos, sean estos asistenciales y/o administrativos, relacionados al ámbito del Sector Salud” (MINSA, 2015, artículo 5.1).

En el presente caso, el proceso de acción popular se iniciaría en una sala constitucional de la Corte Superior de Lima, siguiendo lo indicado en el inciso 2 del artículo 85 del *Código Procesal Constitucional*. A diferencia del proceso de amparo, la demanda de acción popular puede ser interpuesta por cualquier persona (“Ley 28237”, 2004). Ya que el juez constitucional en sede ordinaria es el responsable de efectuar la evaluación de los derechos fundamentales vulnerados, es importante revisar los alcances que este puede tener.

### **El control de convencionalidad**

El Perú, durante el periodo republicano, ha suscrito diversos tratados internacionales, los cuales son vinculantes en función a las condiciones que haya formulado el Estado al suscribirlo. Es así que, de acuerdo al artículo 19 del *Convenio de Viena* (1969), todo Estado puede suscribir un tratado planteando las reservas que crea pertinente<sup>28</sup>. Respecto del caso aquí analizado, los tratados suscritos y ratificados por el Perú que versan sobre *derechos humanos* tienen una relación directa con el artículo tercero de la Constitución, en el que se indica que todo derecho “de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo” (“Constitución Política del Perú”, 1993, art. 3) también será garantizado por la Constitución. Entonces, los derechos abarcados en los tratados como la *Convención Americana de Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* pueden considerarse parte integrante de dicha Constitución (art. 55).

En cuanto a la interpretación de estos derechos, la cuarta disposición final y transitoria de la *Constitución Política del Perú* (1993) indica que los derechos fundamentales deben interpretarse en función de los tratados que versen sobre derechos humanos. Ello responde también a lo indicado en el artículo 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (1969), el cual le niega a los Estados la posibilidad de justificar el incumplimiento de los tratados apelando al derecho interno. Si bien es cierto que algunos los jueces constitucionales del PJ han estado aplicando el control de convencionalidad en sus resoluciones, es importante notar que la mayoría de las veces le rehúyen al uso del término.

Para realizar una adecuada interpretación de la dimensión de los derechos establecidos en los tratados mencionados, es fundamental revisar la jurisprudencia de las cortes internacionales. Respecto al tratamiento de derechos humanos en la región, resulta imperativa la revisión de las resoluciones, recomendaciones y opiniones de la Corte IDH, así como de la CIDH.

En el caso de las intervenciones quirúrgicas en neonatos intersexuales es importante partir del derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación establecido en el inciso 2 del artículo 2 de la *Constitución Política del Perú* (1993). De acuerdo con la cuarta disposición final y transitoria de la misma carta, se debe tomar como referencia la *Convención sobre los Derechos del Niño*, aprobada en 1989. En aquella convención se indica lo siguiente:

28 Para mayor detalle sobre el derecho a formular reservas, revisar la sección segunda del *Convenio de Viena*.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. (art. 2, inc. 2)

En esa misma lógica, la sentencia de la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*<sup>29</sup>, de 2012, señala lo siguiente:

Mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar ‘sin discriminación’ los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a ‘igual protección de la ley’. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana. (2012, párr. 82)

El siguiente paso consiste en analizar cómo se interpreta la tutela del derecho de los niños, la cual se encuentra en la Constitución de 1993: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño” (art. 4). Aplicando la cuarta disposición final y transitoria de la misma carta, corresponde nuevamente recurrir a la *Convención sobre los Derechos del Niño*:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño** [énfasis agregado]. (1989, art. 3, inc. 1)

En ese sentido, la sentencia de la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* indica lo siguiente:

El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere ‘cuidados especiales’, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir ‘medidas especiales de protección’. (2012, párr. 108)

29 “El Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.” (Corte IDH, 2012, párr. 80)

Teniendo clara la interpretación del derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación, así como el interés superior del niño, el juez constitucional peruano debería poder, sin problema alguno, expulsar del ordenamiento la *Guía Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de Diferenciación Sexual* (Instituto Nacional del Niño, 2015). Sin embargo, creo que es necesario que se planteen a su vez medidas complementarias para que el vacío normativo no cause mayor perjuicio. Así, propongo aquí que se aplique adicionalmente el *Estado de Cosas Inconstitucional* en sede ordinaria.

### El Estado de Cosas Inconstitucional

El Estado de Cosas Inconstitucional es un mecanismo procesal o una técnica introducida por el Tribunal Constitucional, haciendo uso del *principio de autonomía procesal*<sup>30</sup>, que toma como referencia la *Sentencia de Unificación 559/1997* de la Corte Constitucional de Colombia<sup>31</sup>. El TC explica lo siguiente:

Esta técnica, en un proceso constitucional de la libertad, comporta que, una vez declarado el ‘estado de cosas inconstitucionales’, se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, *per se*, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración. Se trata, en suma, de extender los alcances *inter partes* de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas. Para que ello pueda realizarse es preciso que la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucionales, vulnera o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso. Y, tratándose de actos individuales, esto es, que tengan por destinatarios a determinadas personas, la declaración del estado de cosas inconstitucionales se declarará si es que se sustenta en una interpretación constitucionalmente inadmisibles de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público. (TC, 2004, fundamento 19)

30 “Esta capacidad para delimitar el ámbito de sus decisiones por parte del Tribunal tiene como presupuesto la necesidad de dotar de todo el poder necesario en manos del Tribunal para tutelar los derechos fundamentales más allá incluso de las intervenciones de las partes, pero sin olvidar que la finalidad no es una finalidad para el atropello o la restricción. Este ‘sacrificio de las formas procesales’ sólo puede encontrar respaldo en una única razón: la tutela de los derechos, por lo que toda práctica procesal que se apoye en este andamiaje teórico para atropellar los derechos o para disminuir su cobertura debe ser rechazado como un poder peligroso en manos de los Jueces.” (TC, 2005, fundamento 38)

31 “(1) La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines (C.P. art., 113). Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado *estado de cosas* resulta violatorio de la Constitución Política.

(2) El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos.” (Corte Constitucional de Colombia, 1997, fundamento 31)

Una vez declarado el Estado de Cosas Inconstitucional a través de una sentencia, si posteriormente llegara a un juez constitucional un caso análogo, se debería ordenar la remisión de copias de los actuados por la vulneración del derecho fundamental y disponer que se abra proceso penal por desacato de una sentencia del TC.

Ahora, para efectos de la evaluación de una política pública, el TC ha manifestado la necesidad de efectuar un test para verificar el desempeño de la entidad estatal respecto al respeto de los derechos fundamentales y la materialización de aquellos mediante la implementación de políticas públicas a las que la entidad estatal se encuentra obligada, precisando a su vez que al TC “no le corresponde. . . fijar el contenido de las [mismas]” (TC, 2016, fundamento 39)):

Aquello que puede revisar la judicatura constitucional en este caso implica evaluar si:

- 1) Se ha obviado la formulación de un plan o política que enfrente determinado problema relativo a la salud (*déficit de existencia*);
- 2) Se ha incumplido la materialización efectiva de un plan adecuadamente formulado (*déficit de ejecución*);
- 3) Se ha desatendido algunas de las dimensiones o principios relevantes del derecho a la salud en la formulación o implementación de una política pública en salud (*déficit de consideración*);
- 4) Se ha establecido políticas claramente contrarias a los principios que rigen el derecho a la salud (*déficit de violación manifiesta*) o claramente inconducentes (*déficit de razonabilidad*) o insuficientes para el cumplimiento de determinados objetivos prioritarios de la salud (*déficit de protección deficiente o déficit de protección de niveles esenciales de salud*);
- 5) Se ha obviado enfrentar determinados aspectos que impiden la ejecución efectiva de la política pública y que terminan generando resultados negativos en salud (*déficit de confrontación de problemas estructurales salud*). Esto último puede ocurrir si se ha adoptado una política pública en salud sin permitir la participación de la sociedad civil o los directamente afectados en la política pública involucrada (*déficit de participación política*); se ha actuado sin precisar mecanismos de rendición de cuentas (*déficit de transparencia*); o se ha procedido olvidando el establecimiento de una línea de base e indicadores de derechos humanos que permitan evaluar el impacto de la política pública en el goce efectivo del derecho a la salud (*déficit de evaluación de impacto*) [énfasis agregado]. (TC, 2016, fundamento 39)

Para poder aterrizar adecuadamente la prueba propuesta por el TC, es importante revisar las recomendaciones contenidas en el último informe de la CIDH, titulado *Avances y Desafíos hacia el Reconocimiento de los Derechos de las Personas LGBTI en las Américas*:

8. Adoptar y hacer cumplir medidas efectivas para prevenir y sancionar la discriminación contra las personas LGBTI, o aquellas percibidas como tales, en el sector de la salud.
  - b. Prohibir toda intervención médica innecesaria en niños y niñas intersex que se realice sin su consentimiento libre, previo e informado. . .
    15. . . a. Considerar como tortura las intervenciones médicas innecesarias en niños y niñas intersex que se realice sin su consentimiento libre, previo e informado. (2018, párrs. 8.b y 15)

En el caso de las intervenciones quirúrgicas en neonatos intersexuales, existe en el Perú una política pública implementada en el año 2015 a través de la *Guía Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de la Diferenciación Sexual* (Instituto Nacional del Niño, 2015), el mismo año en que la Organización de las Naciones Unidas emitió un comunicado

en contra de la violencia hacia la comunidad LGTBIQ+ (2015) y la CIDH publicó su informe titulado *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América:*

Sobre las personas intersex,

- a. Prohibir toda intervención médica innecesaria en niños y niñas intersex que se realice sin su consentimiento libre, previo e informado. Las cirugías que no sean necesarias médicamente en niños y niñas intersex deben ser postergadas hasta que la persona intersex pueda proporcionar su consentimiento pleno, de manera libre, previa e informada. La decisión de no someterse a procedimientos médicos debe ser respetada. La falta de intervención no debe obstaculizar o retrasar el registro del nacimiento por parte de las autoridades estatales relevantes.
- b. Incorporar salvaguardas específicas para niños y niñas intersex en los instrumentos legales y los protocolos médicos dirigidas a proteger y garantizar el derecho al consentimiento informado, particularmente en el contexto de cirugías e intervenciones médicas innecesarias.
- c. Adoptar medidas para garantizar que las y los profesionales de la salud informen adecuadamente a las y los pacientes y a sus padres y madres sobre las consecuencias de intervenciones quirúrgicas y otras intervenciones médicas.
- d. Capacitar al personal médico y a la comunidad médica para proporcionar tratamiento y apoyo adecuados para las personas intersex y sus familias. Tomar medidas para apoyar a las personas intersex y a sus familias a través de equipos interdisciplinarios durante todas las etapas del desarrollo desde la infancia, pasando por la niñez y adolescencia, y hasta la adultez.
- e. Garantizar que las personas intersex tengan acceso a sus expedientes médicos.
- f. Adoptar medidas para prevenir que se fotografíen y se realicen exámenes médicos y exámenes de los genitales innecesarias y excesivas a las personas intersex en el marco de investigaciones no consentidas.
- g. Garantizar que se consulte efectivamente a las y los activistas, organizaciones, grupos de apoyo y otros defensores y defensoras de derechos de personas intersex, en el diseño e implementación de todas las medidas estatales para prevenir y erradicar la violencia contra las personas intersex. (CIDH, 2015, párr. 56)

Al revisar la *Guía Práctica Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de la Diferenciación Sexual* (Instituto Nacional del Niño, 2015), resulta notorio que el MINSA solo se enfocó en la recomendación 82 del informe de la CIDH (2015), en la cual se indica la creación de grupos multidisciplinarios para proporcionar apoyo psicológico integral a toda la familia del neonato. Sin embargo, como se mencionó al exponer por primera vez el caso, esta guía se centra en el médico y/o el grupo multidisciplinario que determinaría el sexo del recién nacido, por lo que solo se prevé el retardo de una intervención quirúrgica en el caso de que no se tenga certeza médica al respecto. En ese sentido, si se aplica el test de políticas públicas del TC, resulta evidente un *déficit de confrontación de problemas estructurales en salud*, dado que “se ha obviado enfrentar determinados aspectos que impiden la ejecución efectiva de la política pública y que terminan generando resultados negativos en salud” (TC, 2016, fundamento 39). Asimismo, dado que la creación de la Mesa de Trabajo para Promover los Derechos de Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales recién tuvo lugar en noviembre de 2016<sup>32</sup>, es posible señalar también un *déficit de participación política*, ya que “se ha adoptado una política

32 La creación del grupo de trabajo denominado Mesa de Trabajo para Promover los Derechos de Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales se dio a través de la Resolución Ministerial 294-2016-MIMP, de 3 de noviembre de 2016.

pública en salud sin permitir la participación de la sociedad civil o los directamente afectados en la política pública involucrada” (TC, 2016, fundamento 39).

Con toda la información a su disposición, el juez constitucional en sede ordinaria podría por primera vez declarar un Estado de Cosas Inconstitucional, lo cual obligaría al MINSA a elaborar, en el menor plazo posible, una nueva guía de prácticas clínica que aborde aquella situación desde un enfoque que respete los derechos fundamentales de las personas intersex, de acuerdo con las recomendaciones planteadas por la CIDH (2015; 2019).

### Conclusiones

Hoy en día, mediante la aplicación de la *Guía de Prácticas Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de la Diferenciación Sexual* (Instituto Nacional del Niño, 2015), los intersexuales recién nacidos padecen violencia mediante los tratamientos propuestos por los médicos pediatras con la finalidad de “normalizarlos”.

El sexo y eventualmente la identidad del neonato son por lo tanto impuestos por sus padres y los médicos. El aplazamiento de la genitoplastía, de acuerdo a la guía, solo se considera razonable en el caso de que el médico no tuviera forma de tener certeza respecto del sexo del recién nacido.

La OMS, en detrimento de los intersexuales, ha añadido en la lista de patologías de la ICD la Incongruencia de Género en la infancia (HA61), así como la incongruencia de género en la adolescencia y adultez (HA60), y desde 2006 incluye los trastornos de desarrollo sexual (DSD). Esta decisión ha sido duramente criticada por las organizaciones que velan por los derechos humanos de los intersexuales, dado que se continúa con la tendencia a patologizar a estas personas, pues es la cooperación técnica de la OPS y la OMS la que ofrece estos insumos para la generación de políticas públicas de los Estados miembro y a su vez nutre de referencias a las cortes nacionales.

En el contexto peruano, el control constitucional debe realizarse de acuerdo al activismo judicial moderado con la finalidad de garantizar la independencia y el control jurisdiccional frente al poder público.

El problema que se suscita con el proceso de amparo es que para el momento en que la persona intersexual toma conciencia de todas las decisiones que se tomaron en su nombre y entiende que podría estar en la capacidad de reclamar la vulneración de sus derechos fundamentales, lamentablemente, la vía queda trunca, porque la vulneración al derecho fundamental que pretenda alegar ha devenido en irreparable, por lo que su demanda sería declarada improcedente.

La *Guía de Prácticas Clínica de Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de la Diferenciación Sexual* (Instituto Nacional del Niño, 2015) es un documento normativo, que, bajo el criterio de permanencia en el ordenamiento, tiene por objeto innovar el ordenamiento al orientar y facilitar el proceso de toma de decisiones de los operadores para una adecuada atención de salud. Bajo el criterio de consunción, esta guía práctica clínica tiene vocación de permanencia en la medida que no se agota en su aplicación. Finalmente, bajo el criterio de generalidad se entiende que esta guía es un documento normativo “que tiene por objetivo transmitir información estandarizada y aprobada sobre aspectos técnicos, sean estos asistenciales y/o administrativos, relacionados al ámbito del Sector Salud” (Instituto Nacional de Salud del Niño, 2015. art. 5.1). Ya que la naturaleza jurídica de la guía es reglamentaria, se puede iniciar un proceso de acción popular.

En el caso de intervenciones quirúrgicas en neonatos intersexuales es importante realizar un control de convencionalidad en el marco del proceso de acción popular, con la finalidad de darle una correcta interpretación a los derechos en cuestión, que son el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación, así como del derecho a la tutela del niño, los cuales están expresados en la Constitución de 1993 y se desarrollan en *Convención sobre los Derechos del Niño* y en la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*.

Finalmente, propongo que el juez constitucional del PJ, en el caso de intervenciones quirúrgicas en neonatos intersexuales, declare un Estado de Cosas Inconstitucional, el cual obligue al MINSA a elaborar en el menor plazo posible una nueva guía de prácticas clínica que adopte un enfoque que respete los derechos fundamentales de las personas intersexuales, de acuerdo a las recomendaciones planteadas por la CIDH en sus informes de los años 2015 y 2019, dado que es posible identificar tanto un déficit de confrontación de problemas estructurales en salud como un déficit de participación política en la implementación de aquella política pública de salud.

## REFERENCIAS

- Ayuso, B. (2016, 17 de setiembre). Soy intersexual, no hermafrodita. *El País*. Recuperado de [https://elpais.com/elpais/2016/09/17/actualidad/1474075855\\_705641.html](https://elpais.com/elpais/2016/09/17/actualidad/1474075855_705641.html)
- Bobbio, N. (1987). *Teoría general del derecho*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Camacho Gutierrez, O. (2018a). Intersexuales en estado de excepción: violencias contra las corporeidades diversas. *American University International Law Review*, 34(3), 535-566.
- Camacho Gutierrez, O. (2018b). Intersexualidad y la opinión consultiva 24/17: retos pendientes del sistema interamericano de derechos humanos. *Revista IIDH*, 11-36.
- Camacho Gutierrez, O. (2018c, 4 de setiembre). Mutilación genital a personas intersex: ¡es tortura, no tratamiento! *Pólemos*. Recuperado de <http://polemos.pe/mutilacion-genital-personas-intersex/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI en las Américas*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>
- Constitución Política del Perú*. (1993)
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia de unificación 559/1997*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012, 24 de febrero). *Sentencia de la Corte IDH (Atala Riffo y niñas vs. Chile)*. Recuperado de [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2016). *I Pleno Jurisdiccional Supremo en materias constitucional y contencioso administrativo*. Lima, Perú: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- Dworkin, R. (1997). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel.
- Espinosa-Saldaña, E. (2008). Las tensiones entre la judicatura ordinaria y el Tribunal Constitucional: reflexiones a propósito de la sentencia Exp. 006-2006-PC/TC. En D. García Belaunde (Coord.), *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial* (pp. 191-202). Lima, Perú: Palestra.

- Goldschmidt, W. (1987). *Introducción filosófica al derecho*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Instituto Nacional de Salud del Niño. (2015). *Guía práctica clínica de diagnóstico y tratamiento de las anomalías de diferenciación sexual*. Recuperado de [http://www.insn.gob.pe/sites/default/files/2017-06/RD.%20N%C2%B0058-2015-INSN-DG\\_1.pdf](http://www.insn.gob.pe/sites/default/files/2017-06/RD.%20N%C2%B0058-2015-INSN-DG_1.pdf)
- Intersexualidad y derechos humanos (Editorial). (2018). *Dfensor*, 3. Recuperado de [https://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2018/07/dfensor\\_03\\_2018.pdf](https://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2018/07/dfensor_03_2018.pdf)
- Landa, C. (2000). Justicia constitucional y political questions. *Pensamiento Constitucional*, año VII, 7, 173-203.
- Landa, C. (2018). *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2008-2018*. Lima, Perú: Palestra.
- Ley 28237, Código procesal constitucional. (2004, 31 de mayo). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Majone, G. (2005). *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*. D. F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Ministerio de Salud. (2005, 24 de octubre). *Resolución Ministerial 826-2005/MINSA*. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/252188-826-2005-minsa>
- Misión Permanente de Colombia ante las Naciones Unidas en Ginebra. (s. f.). *Organización Mundial de la Salud - OMS*. Recuperado de <https://ginebra-onu.mision.gov.co/organizacion-mundial-la-salud-oms>
- Molina, C. (2002). Modelo de formación de políticas y programas sociales [Notas de clase]. Recuperado de <http://www.ucipfg.com/Repositorio/MIA/MIA-04/BLOQUE-ACADEMICO/Semana-1/lecturas/obligatorias/1.pdf>
- Morón, J. (2013). *Análisis jurisprudencial del Proceso de Acción Popular en el Perú: Propuestas para mejorar el control jurisdiccional sobre las normas reglamentarias*. Recuperado de [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/4504/MORON\\_URBINA\\_JUAN\\_ACCION\\_POPULAR.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/4504/MORON_URBINA_JUAN_ACCION_POPULAR.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2019, 28 de julio). ¿Cuáles son las obligaciones de los Estados respecto de los derechos económicos, sociales y culturales? Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/Issues/ESCR/Pages/WhataretheobligationsofStatesonESCR.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas. (1969). *Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados*.
- Organización de las Naciones Unidas. (2015, setiembre). *Los organismos de las Naciones Unidas instan a los Estados a que tomen medidas urgentes para poner fin a la violencia y a la discriminación contra adultos/as, adolescentes y niños/as lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersex (LGBTI)*. Recuperado de [https://www.who.int/hiv/pub/msm/Joint\\_LGBTI\\_Statement\\_ES.pdf?ua=1](https://www.who.int/hiv/pub/msm/Joint_LGBTI_Statement_ES.pdf?ua=1)

- Organización Mundial de la Salud. (2019a, abril). International classification of diseases, 11<sup>th</sup> revision (ICD-11). *Conditions related to sexual health: HA60 gender incongruence of adolescence or adulthood*. Recuperado de <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f90875286>
- Organización Mundial de la Salud. (2019b, abril). International classification of diseases 11<sup>th</sup> revision (ICD-11). *Conditions related to sexual health: HA61 Gender incongruence of childhood*. Recuperado de <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f344733949>
- Organización Mundial de la Salud. (s. f.). *Trabajar para mejorar la salud para todos, en todas partes*. Recuperado de <https://www.who.int/es/about/what-we-do/who-brochure>
- Organización Panamericana de la Salud. (s. f.). *Acerca de la Organización Panamericana de la Salud (OPS)*. Recuperado de [https://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_content&view=article&id=91:about-paho&Itemid=220&lang=es](https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=91:about-paho&Itemid=220&lang=es)
- Quiroga, A. (2007). Análisis del conflicto de competencias del Poder Ejecutivo (MINCETUR) con el Poder Judicial en el Tribunal Constitucional: ¿Una relación de jerarquía? En D. García Belaunde (Coord.), *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial* (pp. 109-132). Lima, Perú: Palestra.
- Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2019, 28 de julio). *Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*. Recuperado de <https://www.escri-net.org/es/derechos>
- Rua, M. (2014). Análise de políticas públicas: conceitos básicos. En M. Rua, *Políticas públicas* (pp. 9-19). Recuperado de <https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/145407/1/PNAP%20-%20Modulo%20Basico%20-%20GPM%20-%20Políticas%20Publicas.pdf>
- Shapiro, M. (1964). *Law and politics and the Supreme Court*. Nueva York: The Free Press of Glencoe.
- Sosa, J. (2015, 6 de noviembre). *El caso Marbury vs. Madison (1803)*. Recuperado de <https://www.enfoquederecho.com/2015/11/06/el-caso-marbury-vs-madison-1803/>
- Strum, P. (1974). *The Supreme Court and “political questions”: A study in judicial evasion*. Alabama: The University of Alabama Press.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2004, 6 de abril). Sentencia, Exp. 2579-2003-HD/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2005, 29 de agosto). Sentencia, Exp. 04119-2005-PAffC.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2016, 10 de mayo). Sentencia, Exp. 03228 2012-PA/TC.
- WHO publishes ICD-11 - and no end in sight for pathologisation of intersex people (Editorial). (2018, 19 de junio). *Organisation Intersex International Europe*. Recuperado de <https://oiieurope.org/who-publishes-icd-11-and-no-end-in-sight-for-pathologisation-of-intersex-people/>



## **TERCERA SECCIÓN**

### **VIOLENCIA CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD**



## TODO NIÑO TIENE DERECHO A APRENDER EN SU LENGUA MATERNA: EL CASO DE LA COMUNIDAD SORDA EN EL PERÚ<sup>1</sup>

*Lucía León Pacheco*<sup>2</sup>

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

*Olenka León Pacheco*<sup>3</sup>

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Categoría Estudiantes – Ganadoras

“–Maestro, el ave que está en mis manos,  
ocultas tras mi espalda, ¿está vivo o muerto?”

–La respuesta está en tus manos.”

Cuento popular

(Comité de Seguimiento de la Declaración Universal  
de Derechos Lingüísticos, 1998, p. 10)

### Sumilla

El presente artículo tiene como objetivo plantear una propuesta educativa para los niños, niñas y adolescentes (NNA) sordos del Perú, que les permita acceder a la educación en pleno respeto de su lengua (lengua de señas peruana). A partir de los estudios sobre la violencia provenientes de las ciencias sociales y, en particular, del concepto de violencia estructural, las autoras sitúan la realidad de los NNA sordos en el Perú como una de privación de capacidades, agencia y oportunidades, dadas las escasas posibilidades que tienen estos para acceder a la educación y las especiales consecuencias que esta privación tiene en su desarrollo. Para tal fin, se analizan la cualidad transformadora de la educación y el grave impacto de la carencia de esta cuando se es parte de un colectivo que se encuentra en una situación de triple vulnerabilidad (al tratarse de NNA con discapacidad pertenecientes a una minoría lingüística). En atención a ello, en el artículo se presentan las dimensiones en que los derechos a la educación y los derechos lingüísticos de la comunidad sorda se ven afectados, tomando el modelo social de discapacidad como referencia, y se propone una alternativa que permitiría una satisfacción real de tales derechos: la del modelo bilingüe.

- 1 Queremos agradecer el valioso aporte de los padres de familia del colegio Ludwig van Beethoven para la realización de este trabajo, así como la labor que realiza el Centro Nacional de Recursos de la Educación Básica Especial al abrir talleres para que las personas oyentes podamos aprender lengua de señas peruana. Gracias por permitirnos un espacio para compartir con la comunidad sorda.
- 2 Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM).
- 3 Estudiante de la Facultad de Odontología de la UNMSM.

### No Escucha Ni Habla

En el Perú, la lengua de la comunidad sorda es la lengua de señas peruana (LSP)<sup>4</sup>. Esta, como toda lengua, es expresión de la identidad, experiencia y cultura de sus usuarios, y permite su vinculación entre sí y con su medio (Zambrano Castro, 2009; Mosca Martel, 2008). Sin embargo, no fue sino hasta 2010 que se le otorgó reconocimiento oficial a través de la Ley 29535, y hasta 2017 que dicha ley se reglamentó (Decreto Supremo 006-2017-MIMP).

Como consecuencia de ello, hasta antes de 2010 no era estadísticamente posible saber cuántas personas tenían como lengua materna la LSP<sup>5</sup>. Dado que no aún estaba reconocida, en el Censo Nacional de 2007 solo había una opción que las personas no oyentes podían marcar cuando se les preguntaba por su lengua materna: *sordomudo*. Recién en el censo de 2017 se incorporó la LSP como una de las posibles lenguas maternas de los peruanos, con lo que desapareció la categoría sordomudo y apareció una adicional: *no escucha ni habla*.

Tabla 1. Población censada mayor a 5 años de edad según lengua materna (1993, 2007, 2017)

Lengua materna aprendida en la niñez	Censo 1993		Censo 2007		Censo 2017		Variación intercensal 2007-2017		Tasa de crecimiento promedio anual
	Absoluto	%	Absoluto	%	Absoluto	%	Absoluto	%	
Total	19'190,624	100,0	24'687,537	100	26 887 584	100	2'200,047	8.9	0.9
Castellano	15'405,014	80,3	20'718,227	83.9	22 209 686	82.6	1'491,459	7.2	0.7
Quechua	3'177,938	16,6	3'261,750	13.2	3 735 682	13.9	473,932	14.5	1.4
Aimara	440,380	2,3	434,370	1.8	444 389	1.7	10,019	2.3	0.2
Otra lengua nativa <sup>1</sup>	132,174	0,7	223,194	0.9	210 017	0.8	-13,177	-5.9	-0.6
Idioma extranjero	35,118	0,2	21,097	0.1	48 910	0.2	27,813	131.8	8.8
<b>No escucha Ni habla</b>	-	-	28,899	0.1	24 624	0.1	-4,275	-14.8	1.6
Lengua de señas peruanas	-	-	-	-	10 447	0.0	-	-	-
No sabe/No responde	-	-	-	-	203 829	0.8	-	-	-

<sup>1</sup>Incluye: asháninka, awajún, aguaruna y shipibo konibo, entre otras lenguas nativas u originarias.

Fuente: INEI - Censos Nacionales de Población y Vivienda 1993, 2007 y 2017.

En Perú: *Perfil sociodemográfico. Informe nacional. Censos nacionales 2017*, por INEI, 2017.

Esta clasificación demuestra que la discapacidad ha sido tradicionalmente comprendida como la “ausencia” de algo. Desde esta perspectiva, las personas con discapacidad (en adelante PCD) son definidas de acuerdo a “lo que les falta” para ser como las demás. El hecho de que el

4 El lenguaje de señas es diferente en cada país (García Benavides, 2002). Cada cultura tiene un lenguaje de señas en el que incorpora signos distintivos —por ejemplo, en el Perú, la seña para *octubre* es muy similar a la seña para el color morado, por evidentes razones culturales—. Así como no existe una lengua oral universal, esta tampoco existe en el caso de las lenguas de señas. Por consiguiente, no debe concluirse que una persona que conoce y utiliza la LSP sabe también español.

5 Sin embargo, hasta el momento se sigue careciendo de data confiable sobre las personas sordas. Es imposible conocer, por ejemplo, cuántas personas sordas hay en el Perú; cuántas reciben educación primaria, secundaria y superior; cuántas han aprendido también español o alguna otra lengua oficial; etc. El problema de la falta de conocimiento es que esta se transforma en ausencia de reconocimiento, y, por lo tanto, debido a la imposibilidad de identificar a cabalidad la situación, en la carencia de una atención correcta. El solo hecho de no contar con estudios al respecto ya es sintomático de una situación de desigualdad y vulnerabilidad.

propio Estado la haya reproducido en un evento de esa magnitud da cuenta de que esa manera de entender la discapacidad no es residual ni poco común. Aunque el eslogan del censo de 2007 fue “Contemos todos para el Perú”, lo cierto es que no todos habían sido tomados en cuenta.

El reconocimiento oficial de la LSP y su posterior reglamentación han significado un importante paso para la comunidad sorda del Perú. Sin embargo, parece no tener una correlación en la vida diaria de las personas sordas: no se ha eliminado el estigma que pesa sobre ellas ni se ha garantizado la plena satisfacción de sus derechos. Sobre lo primero, basta con recordar que, a pesar de que la LSP ya figuraba en el censo de 2017, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) realizó su publicidad para conmemorar el Día del Idioma omitiéndola por completo, pues consignó únicamente *no escucha ni habla*, lo cual, por supuesto, afecta no solo a la percepción de la comunidad sorda sino a la de los peruanos en general respecto de las formas de comunicación existentes.

Figura 1. Publicación del INEI con ocasión del Día del Idioma



En Instituto Nacional de Estadística e Informática [Página de Facebook]. Recuperado de <https://www.facebook.com/INEIpaginaOficial/photos/a.170388809711338/2224657074284491/?type=3&theater>

En cuanto a la plena satisfacción de los derechos de las PCD, en el Perú aún existen muchas carencias. En el presente trabajo, el foco estará centrado en los derechos a la educación y al idioma, y especialmente en cómo los niños, niñas y adolescentes sordos (NNAS) ven mucho más limitado su acceso a dichos derechos que el resto de NNA, lo cual tiene conse-

cuencias gravísimas en su desarrollo personal y el de sus familiares. Para ello, se esbozarán primero las razones y evidencia que justifican el presente trabajo, ubicando el problema como uno relevante para el estudio de la violencia contra niños, niñas y adolescentes en colectivos vulnerables. En ese sentido, situaremos a la desigualdad sistémica como un problema de violencia estructural, y describiremos la situación actual de los NNAS en su acceso a la educación para sostener por qué éste es un caso de tal tipo de violencia. Seguidamente, se planteará como problema la interpretación que esa situación educativa tiene si la leemos desde los enfoques de interseccionalidad y de capacidades. Como punto final, se planteará una propuesta de solución que da luces de funcionar en el Perú y que ya ha demostrado suficiencia en la experiencia comparada.

### Justificación

Actualmente vivimos según el paradigma del Estado de Derecho. Este modelo de organización y distribución política tiene en su seno no solo la inversión del poder entre el Estado y la sociedad, sino también el nuevo papel central que cumple la *igualdad* como derecho y como exigencia ciudadana. Ya las grandes revoluciones liberales de la segunda mitad del siglo XVIII proclamaron la igualdad como verdad *evidente* —con todas las paradojas que ello implica<sup>6</sup>— y plasmaron que dicha igualdad —y libertad— es inherente al ser humano desde su nacimiento (Hunt, 2009). En adición a ello, la consolidación del Estado de Derecho del siglo XIX trajo una nueva manera de concebir la ley, como esencialmente abstracta y *general*:

La generalidad es la esencia de la ley en el Estado de derecho. En efecto, el hecho de que la norma legislativa opere frente a todos los sujetos de derecho, **sin distinción** [énfasis añadido], está necesariamente conectado con algunos postulados fundamentales del Estado de derecho, como la moderación del poder, la separación de poderes y la igualdad ante la ley. (Zagrebelsky, 1997, p. 29)

Sin embargo, esta visión tradicional de la igualdad ha revelado su insuficiencia frente al *reconocimiento de la diferencia*. De esta forma, ha quedado ya establecido, tanto a nivel nacional como internacional, que la igualdad no tiene la vocación de garantizar que todos los seres humanos sean tratados de la misma manera *en todo momento y circunstancia*. Como rescata el Tribunal Constitucional (2014), la “igualdad jurídica presupone [...] dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es” (fundamento 6). En ese mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión consultiva n.º 4/84, justifica la existencia de tratamientos jurídicos diferenciados a partir de la unidad y dignidad y naturaleza de la persona, con lo que “existen. . . ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia” (Corte IDH, 1984, párr. 56).

De otro lado, una visión estática de la igualdad también resulta insuficiente frente a la *configuración del poder y la capacidad* en la sociedad. Así, la interpretación liberal tradicional, bajo la referida bandera de la abstracción y la universalidad, es indiferente a la profundidad y el grado de las desigualdades materiales que existen (Ramírez, 2007) y, por lo tanto, es

6 Hunt (2009) plantea la interrogante de por qué, si los derechos eran tan evidentes, había que declararlos (en el caso de la *Declaración de Independencia de Estados Unidos*) y por qué se podía alegar que las grandes atrocidades vividas eran producto de su “ignorancia y olvido”, cuando históricamente no habían antes existido como categoría (en el caso de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* francesa).

insuficiente frente a ciertas problemáticas al ignorar que detrás de las “manifestaciones de la discriminación” generalmente existen “complejas prácticas sociales” (Salomé, 2017, p. 153). Esta insuficiente noción de igualdad tiene su reflejo en la manera de entender los derechos. La proclamación de la igualdad formal bajo el Estado liberal tenía como correlato una posición negativa del Estado: su misión era abstenerse de hacer distinciones, y restaurar la igualdad cuando se estuviera ante algún trato diferenciado. Desde esa lógica, la educación no fue vista como un derecho, sino más bien como una libertad (que, además, fungía como una herramienta política de homogeneización) (Ronconi, 2018).

En antítesis a ello, las nuevas nociones de *igualdad material* (igualdad como no discriminación y, más recientemente, igualdad como no sometimiento) rompieron con la “neutralidad” antes preconizada, al determinar el rol del Estado como uno de carácter positivo. Desde esa perspectiva, en la que no solo son relevantes los sujetos en su individualidad, sino también según los grupos a los que pertenecen, la educación tiene carácter de derecho<sup>7</sup> y es una herramienta que no solo garantiza la conformación de una nación, sino el progreso, con justicia social, del país y de los grupos que lo componen<sup>8</sup> (Ronconi, 2018). Para ello, es importante garantizar una plena satisfacción y acceso a los derechos: la atención a la situación particular de ciertos colectivos es imprescindible a tal fin. En ese sentido, corresponde aproximarse a las estructuras de desigualdad que dan pie a la existencia de grupos en situación de vulnerabilidad.

### El concepto de violencia estructural

Las múltiples prácticas sociales muchas veces vienen caracterizadas por condiciones de desigualdad social, subordinación y dominación, en las que generalmente existe un grupo en situación de vulnerabilidad de un lado de esas relaciones de poder (Añón, 2013). Así, es imposible desligar a las personas que sufren de cierto grado de discriminación de los *grupos sociales* a los que pertenecen (Solís, 2017), grupos sobre los que, además, los patrones de desigualdad tienen impacto perdurable y multiplicador, con lo que i) las prácticas discriminatorias no tienen efectos solo de modo coyuntural, sino que pueden prolongarse en el curso de la vida<sup>9</sup>; y, además, ii) estos efectos pueden acumularse generacionalmente<sup>10</sup> (Solís, 2017).

Lo difícil de estas situaciones es que no siempre se trata de actos *individualizables* de dominación directa sobre alguna persona o grupo: “se trata de dinámicas sociales reiteradas que llevan a la persistencia de estructuras de subordinación y resultados **sistemáticamente** [énfasis añadido] desventajosos para ciertos grupos, incluso en ausencia de motivos discriminatorios explícitos amparados por el derecho” (Añón, 2013, p. 148). Incluso desde la óptica legal, una disposición normativa puede no estar transgrediendo el mandato de igualdad formal, es decir, puede no tener ánimo de discriminar, pero las condiciones estructurales existentes posibilitan que, en la realidad, sí sea de ese modo.

7 Al respecto, Reis Montero sostiene la diferencia entre educación y derecho a la educación: “Educación hubo siempre; el derecho del hombre a la educación existe desde hace poco” (como se citó en Ronconi, 2018, p. 23).

8 La importancia del derecho a la educación y su vocación transformadora será abordada más adelante.

9 Por ejemplo, puede generarse un círculo vicioso a partir de una práctica discriminatoria en el acceso a la educación de los niños que origine diferencias en el aprendizaje, las cuales, a su vez, sean base para posteriores prácticas discriminatorias en los demás ámbitos de la vida. Así, un niño que sufre de privación del lenguaje por no haber sido tomado en cuenta en el modelo educativo, tendrá dificultades también para ejercer derechos como el de libre desarrollo de la personalidad, acceso a la justicia, etc.

10 Piénsese, por ejemplo, en los efectos transgeneracionales del colonialismo sobre los pueblos indígenas.

Esta configuración de relaciones de poder en la sociedad ha sido denominada desde las ciencias sociales *violencia estructural*, un concepto perfilado por el profesor Johan Galtung (1969) en rechazo al concepto estrecho de violencia según el cual esta implica un daño al cuerpo o a la salud ocasionado por un actor que tiene la *intención* de que se produzcan tales consecuencias. En contraposición, critica las concepciones tradicionales de paz y violencia, y, alejándose de la idea tradicional de conflicto, encuentra que la violencia está presente cuando los seres humanos son influenciados de modo tal que sus realizaciones somáticas y mentales reales están por debajo de sus realizaciones potenciales. . . La violencia es aquí definida como la causa de la diferencia entre lo potencial y lo real, entre lo que pudo haber sido y lo que es. La violencia es aquello que incrementa la distancia entre lo potencial y lo real, y lo que impide que esa distancia disminuya (Galtung, 1969).

Esta violencia estructural, sustentada y reproducida sobre la distribución desigual del poder, los recursos<sup>11</sup> y las *oportunidades de vida*, está, además, normalizada por narrativas públicas que cumplen una función expresiva al producir reglas implícitas (no legales ni evidentes, pero sí efectivas) imbuidas de consignas de poder (Segato, como se citó en Loeza Reyes, 2017).

En ese sentido, los contextos violentos más difíciles de combatir, debido a su carácter estructural y a su normalización silenciosa en la sociedad, son aquellos en los que ciertas normas generan o provocan efectos sobre ciertos individuos o comunidades, de forma que impiden el desarrollo completo de sus *capacidades* y lesionan su *agencia* y sus *oportunidades*. Esta privación, desde el enfoque de capacidades propuesto por Amartya Sen (2000), implica una suspensión del potencial de las personas, que condiciona el proceso de conversión de los bienes en *logros* y, a fin de cuentas, imposibilita que la persona alcance estos últimos (Analía Pérez, 2013). Además, trunca el *desarrollo*<sup>12</sup>, al ser la agencia libre y viable un elemento constitutivo (no meramente contributivo) del mismo (Sen, 2000).

Esta situación de violencia, a fin de cuentas, y desde la lectura del enfoque de capacidades, impide el desarrollo humano: frena la libertad de las personas para ser y hacer aquello que consideran valioso (Reyes Morela, 2008). La igualdad de capacidades se materializa, así, no solo en los bienes o recursos de los que se dispone, sino en la libertad, en la posibilidad efectiva de poder elegir.

Para aterrizarlo su planteamiento, señala Sen (2003) que no ser capaz de leer, escribir, contar o comunicarse es una privación tremenda y constituye un caso extremo de inseguridad, ya que el individuo tiene la certeza de la privación y la ausencia de cualquier chance de evitar ese destino. En el presente trabajo, sostenemos que los NNAS peruanos —y sus familias— se encuentran en una situación de vulnerabilidad estructural de este tipo. En atención a ello, se describirá, a partir de la data recogida mediante encuestas y de la sistematización de las estadísticas oficiales disponibles, en qué situación se hallan los NNAS en cuanto a su disfrute del derecho a la educación, tomando en cuenta a la igualdad como derecho transversal.

11 Aquí vale recordar la tesis de Dworkin (1981) de la igualdad de recursos (desde una óptica redistributiva) frente a la igualdad como equidad. El filósofo plantea la existencia de recursos personales e impersonales: cuando los primeros sean desiguales, corresponde compensar el desequilibrio adicionando recursos impersonales, de modo que la justicia tendría que *neutralizar* las circunstancias individuales. Esta tesis ha recibido críticas respecto a sus límites e insuficiencias frente a la elección y la responsabilidad individuales (Queralt, 2014).

12 Desde este punto de vista, el desarrollo es entendido “como un proceso de expansión de las libertades reales de las que disfrutaban los individuos” (Sen, 2000, p. 3).

### La situación educativa de los NNAS en el Perú

En el Perú, los NNAS afrontan grandes dificultades para acceder a una educación respetuosa de su cultura e impartida en su lengua materna. Estas dificultades se manifiestan no solo en el escaso énfasis del sistema educativo peruano en la atención de estudiantes sordos, sino en la imposibilidad de acceder a información oportuna y fidedigna para poder elegir un colegio adecuado.

El Ministerio de Educación (Minedu), a través de la plataforma web Identicole (2019a), promueve que los padres de familia —en lo material, padres de niños oyentes— se informen sobre las instituciones educativas existentes antes de elegir una para sus hijos e hijas. Para ello, la página web detalla los aspectos principales de cada institución, de modo que los padres puedan tomar en cuenta, según sus preferencias, factores como infraestructura, distancia, número de estudiantes por salón, pensión, logros de aprendizaje, entre otros (Minedu, 2019b). Sin embargo, este servicio es incompleto: solo ofrece información de los Centros de Educación Básica Regular (CEBR)<sup>13</sup>. El portal no tiene registro de los Centros de Educación Básica Alternativa (CEBA) ni de los Centros de Educación Básica Especial (CEBE); por lo tanto, no existen datos oficiales, accesibles y sistematizados respecto de ellos.

Así, mientras Identicole provee información detallada sobre los 107,782 colegios para NNA oyentes en todo el Perú (Minedu, 2019c), la realidad es muy diferente para los NNAS: no existen plataformas para buscar colegios que les brinden educación especializada. La única vía oficial restante es la página de la Unidad de Estadística de la Calidad Educativa (Escale) del Minedu. El inconveniente con este buscador es que, aunque permite filtrar los colegios de educación especial en general (régimen EBE), no permite desagregar por tipo de discapacidad (es decir, no hace posible identificar qué colegios son, en específico, para NNAS).

A fin de recrear la búsqueda alternativa que haría cualquier padre que recién conoce la cultura sorda<sup>14</sup>, se utilizó la plataforma Google Maps (que representa un canal accesible para los padres) utilizando la frase *colegios para niños sordos*, restringiendo el área a Perú. La web arrojó 10 resultados, de los cuales se verificó que seis de ellos sí brindan educación dirigida a NNAS (uno en Piura, otro en Lambayeque y los cuatro restantes en Lima). De esos seis centros, cinco son CEBE y uno se encuentra catalogado como CEBR según la plataforma de Escale. Esta es la información que los padres pueden obtener de manera más sencilla al empezar a buscar colegios para sus hijos o hijas, y, lamentablemente, no es adecuada ni completa.

Teniendo presentes tales limitaciones de búsqueda e información, la recolección de data para este trabajo se hizo de manera manual. Así, se recurrió a la página de Escale, y se filtró y analizó la información de cada uno de los 909 CEBE (los cuales reciben niños y niñas con diferentes discapacidades: intelectual, auditiva, baja visión, ceguera, sordo-ceguera, motora, autismo, múltiple, alto riesgo y otros<sup>15</sup>) entrando a la ficha de cada uno de ellos.

13 En virtud del artículo 32 de la Ley 28044, la Educación Básica es obligatoria y se organiza en (i) Educación Básica Regular (EBR), dirigida a niños y niñas que pasan oportunamente por el proceso educativo; (ii) Educación Básica Alternativa (EBA), destinada a jóvenes y adultos que no tuvieron acceso a la Educación Básica Regular, para que adquieran las competencias requeridas para la vida cotidiana y el acceso a otros niveles educativos; y (iii) Educación Básica Especial (EBE), que atiende, con enfoque inclusivo, a NNA que “presentan necesidades educativas especiales asociadas a discapacidad, talento y superdotación” (“Decreto Supremo 011-2012-ED”, 2012, art. 74).

14 Es pertinente tener en cuenta que, muchas veces, los padres oyentes no han tenido un acercamiento anterior a la comunidad sorda hasta el nacimiento de sus hijos.

15 Aquí se ha seguido la clasificación realizada por Escale.

Para identificar qué instituciones educativas brindan educación dirigida a NNAS, se tomó en cuenta a los colegios cuyos alumnos matriculados NNAS componían más del 50 % de la población estudiantil en 2018; además, se contrastó esta información mediante llamadas telefónicas y contactos web oficiales. Como resultado, se identificó que solo 16 instituciones (entre inicial, primaria y secundaria<sup>16</sup>) a nivel nacional están orientadas a brindar educación exclusiva o semiexclusiva a niños sordos. La información de estas 16 instituciones se procesó con el programa estadístico SPSS v25.

Luego de procesar los datos, se encontró que solo 418 NNAS están matriculados en colegios especializados con énfasis en LSP (ver Tabla 2). Al intentar contrastar esta cifra con la cantidad de NNAS existentes en el Perú, se encontró que la última *Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad*, realizada en 2012 (INEI, 2015), no señala el porcentaje de NNA que tienen alguna discapacidad auditiva. Tampoco lo hace el resultado del censo de 2017. De hecho, según este último, ni siquiera es posible saber la cantidad de PCD con limitación auditiva<sup>17</sup>. Esta falta de información juega un papel medular en la situación que viven los NNAS en el Perú: si el Estado no conoce, ni siquiera, la distribución de discapacidades según el grupo etario, ¿cómo podría identificar las necesidades que tienen y diseñar las posibles políticas a implementarse para atenderlas?

Como se puede observar en la Figura 2, de las 16 instituciones encontradas, 10 se hallan en Lima (cinco imparten educación primaria y cinco educación inicial), tres en Piura (dos de educación inicial y una de educación primaria), una en el Callao (la única que imparte educación secundaria y que, además, está categorizada como CEBR<sup>18</sup>); y dos en Lambayeque (una de nivel inicial y otra de nivel primario).

Tabla 2. Instituciones educativas dirigidas a NNAS (desagregadas por nivel, modalidad, distrito, tipo de gestión, área censal y cantidad de NNAS matriculados)

Nombre del colegio	Nivel	Modalidad	Distrito	Tipo de gestión	Área censal	NNAS matriculados (2018)
Ludwig Van Beethoven	Inicial	Especial	Lima	Pública de gestión directa	Urbana	6
Ludwig Van Beethoven	Primaria	Especial	Lima	Pública de gestión directa	Urbana	57
Santa María de Guadalupe	Inicial	Especial	Lima	Privada	Urbana	15
Santa María de Guadalupe	Primaria	Especial	Lima	Privada	Urbana	50

16 A efectos del presente trabajo, siguiendo el criterio de Escala, cada nivel educativo de un colegio constituye una institución, considerando que cada uno tiene su propio código modular. Si un colegio contara con los tres niveles (inicial, primaria y secundaria), se considerarían como tres instituciones educativas.

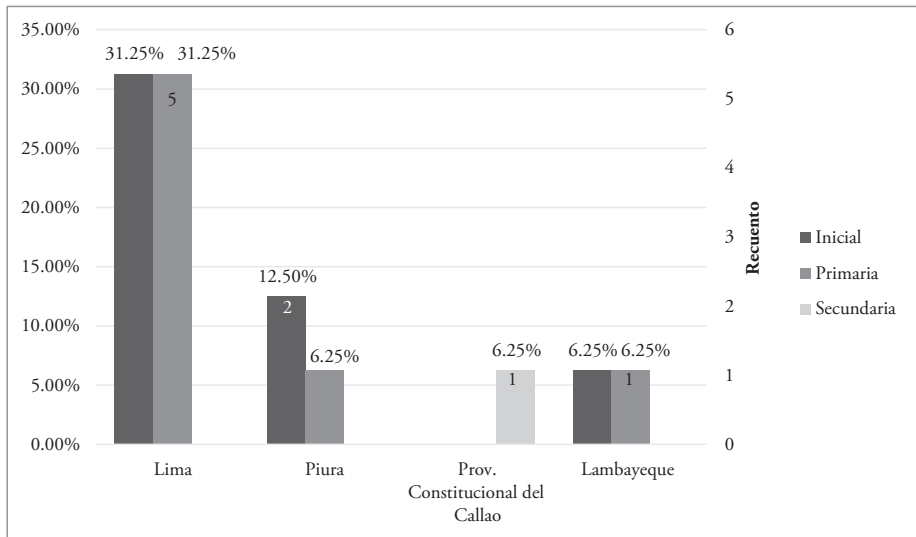
17 Al momento de definir los indicadores para obtener información sobre las PCD según tipo de discapacidad, se agrupó en un mismo porcentaje a todas las personas que tuviesen más de una, alterando, de esa manera, los porcentajes. Según el censo, el 7.6 % de PCD tiene limitación auditiva, pero no se sabe qué porcentaje de las personas con discapacidades concurrentes tiene, entre ellas, una limitación para oír. Ya que es imposible saber cuántas personas dentro de la opción *dos o más discapacidades* son sordas, las cifras no son verdaderamente útiles.

18 No obstante, se averiguó de manera personal mediante los canales oficiales de la institución que, efectivamente, se un colegio bilingüe (lengua de señas - español) exclusivo para NNAS del nivel secundario. Lastimosamente, la Unidad de Estadística del Minedu solo señala el total de alumnos de los CEBR, sin especificar cuántos de ellos tienen alguna discapacidad.

EFATA	Inicial	Especial	Lima	Privada	Urbana	3
EFATA	Primaria	Especial	Lima	Pública de gestión directa	Urbana	30
07 La Inmaculada	Inicial	Especial	Lima	Pública de gestión privada	Urbana	26
07 La Inmaculada	Primaria	Especial	Lima	Pública de gestión privada	Urbana	61
CPAL Fernando Wiese Eslava	Inicial	Especial	Lima	Privada	Urbana	72
CPAL Fernando Wiese Eslava	Primaria	Especial	Lima	Privada	Urbana	13
La Inmaculada Concepción	Secundaria	Regular	Callao	Privada	Urbana	21
Nuestra Señora de la Paz	Inicial	Especial	Piura	Privada	Urbana	8
Nuestra Señora de la Paz	Primaria	Especial	Piura	Privada	Urbana	28
Bautista Para Sordos Harvest	Inicial	Especial	Chiclayo	Privada	Urbana	1
Bautista Para Sordos Harvest	Primaria	Especial	Chiclayo	Privada	Urbana	8
TRIESTE	Inicial	Especial	Piura	Pública de gestión directa	Urbana	19
					<b>TOTAL:</b>	<b>418</b>

Elaboración propia, 2019

Figura 2. Cantidad de instituciones educativas para NNAS por región



Elaboración propia, 2019

Además de considerar los colegios con educación especializada dirigida a NNAS, se analizaron los CEBE que no eran especializados en LSP pero sí tenían NNAS matriculados durante 2018 —es decir, colegios que brindan educación especial en general, pero no se especializan en atender a NNAS—. Para obtener tal información, de un total de 909 CEBE, se filtraron y excluyeron aquellas instituciones que no tuvieron ningún NNAS matriculado y las instituciones

que sí son especializadas. Se identificaron 129 colegios en total (45 de nivel inicial, 84 de nivel primario y ninguno de educación secundaria) que tuvieron por lo menos un NNAS matriculado ese año. Lima, La Libertad y Arequipa fueron los departamentos con mayor cantidad de CEBE con NNAS matriculados: 20, 13 y 10 respectivamente. Los demás departamentos presentaron menos de siete colegios (ver Tabla 3). En 71 instituciones (55 %) solo hubo un estudiante sordo entre alumnos oyentes, lo cual refleja un grave aislamiento respecto de su comunidad, así como la lamentable imposibilidad de interacción con al menos un estudiante con el que comparta la misma lengua. La relación mínima de NNAS/NNA oyentes matriculados fue de 1 en 90 (Lima), lo cual implica una representatividad de 1.1 %, y la máxima de 2 sobre 2 (Huánuco). Esta última institución, a pesar de contar con un 100 % de NNAS matriculados, está, en realidad, especializada en brindar educación a NNA con discapacidad visual.

Tabla 3. Información sobre los colegios no especializados en LSP que cuentan con estudiantes sordos matriculados

Departamento	Cantidad de colegios	Nivel inicial	Nivel primario	Nivel secundario	Total matriculados	NNAS	% de NNAS	NNAS matriculados/ total de NNA matriculados	
								Mínima relación	Máxima relación
Amazonas	6	0	6	0	120	9	7.50 %	1/40	3/12
Ancash	6	4	2	0	270	14	5.19 %	1/80	1/6
Apurímac	6	1	5	0	114	7	6.14 %	1/32	1/5
Arequipa	19	3	7	0	240	31	12.92%	1/37	1/2
Ayacucho	3	0	3	0	83	7	8.43 %	1/35	1/6
Cajamarca	4	1	3	0	99	6	6.06 %	1/64	3/17
Callao	5	4	1	0	210	25	11.90%	1/47	21/108
Cusco	8	2	6	0	302	55	18.21%	1/18	20/23
Huancavelica	3	0	3	0	23	5	21.74%	1/7	2/7
Huánuco	2	1	1	0	23	3	13.04%	1/21	2/2
Ica	7	1	6	0	201	17	8.46 %	1/47	5/31
Junín	5	1	4	0	96	12	12.50%	1/18	4/10
La Libertad	13	13	0	0	373	23	6.17 %	1/60	2/18
Lambayeque	1	1	0	0	71	1	1.41 %	1/71	1/71
Lima	29	5	15	0	1162	78	6.72 %	1/90	1/2
Loreto	6	1	5	0	292	19	6.51 %	2/119	10/23
Madre de Dios	2	1	1	0	51	5	9.80 %	2/45	3/6
Pasco	6	0	6	0	59	7	11.86 %	1/17	2/5
Piura	5	2	3	0	61	13	21.31%	2/23	5/5
Puno	3	0	3	0	55	4	7.27 %	2/32	1/11
San Martín	3	1	2	0	38	4	10.53%	1/719	2/7
Tumbes	1	1	0	0	6	1	16.67%	1/6	1/6
Ucayali	4	2	2	0	142	4	2.82 %	1/47	1/16
<b>TOTAL</b>	<b>129</b>	<b>45</b>	<b>84</b>	<b>0</b>	<b>4,091</b>	<b>350</b>	<b>8.56%</b>		

Asimismo, se buscó entender cómo los padres de familia de NNAS perciben la educación en el Perú. Para ello, se realizó un análisis estadístico de la percepción de los padres de familia del CEBE Ludwig Van Beethoven (L. V. B.), ubicado en la urbanización Los Cipreses, distrito de Lima Metropolitana. El colegio L. V. B. es el primer y único colegio estatal (inicial y primaria) de gestión pública del Ministerio de Educación dirigido a NNAS bajo un *modelo educativo bilingüe*. Se encuestó a los padres de 53 alumnos, de un total de 80 matriculados en 2019 entre inicial y primaria.

Respecto a la distancia y accesibilidad física, se encontró que el lugar de residencia de los alumnos es bastante heterogéneo (ver Figura 3), por lo que la mayoría de los padres deben transportarse alrededor de 1 hora o de 3 horas a más diariamente para que sus hijos puedan recibir la educación de calidad que ellos desean (ver Figura 4). Incluso una de las madres de familia manifestó que la distancia era tanta que tuvo que buscar un domicilio más cercano y mudarse con toda su familia para que su hijo pueda asistir a clases.

Figura 3. Distribución de lugar de residencia de los NNAS del CEBE L.V.B.

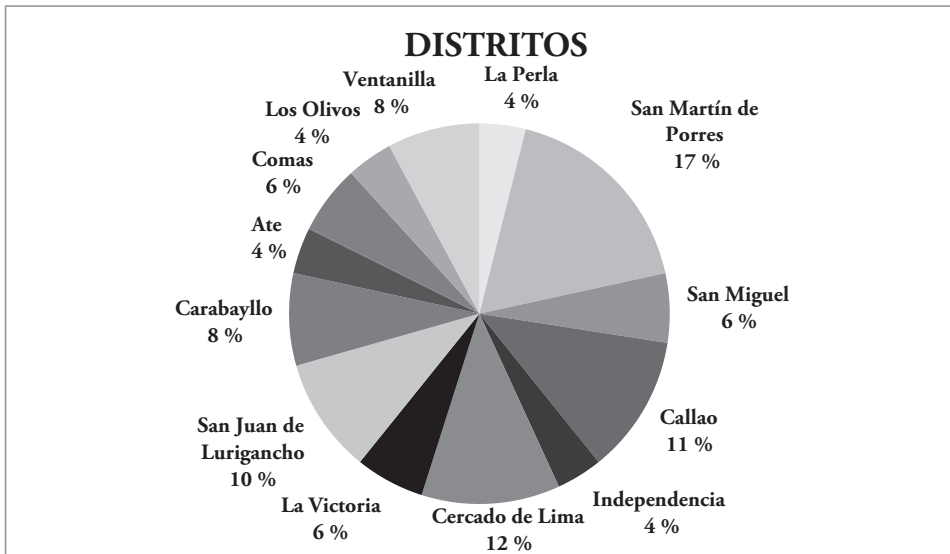
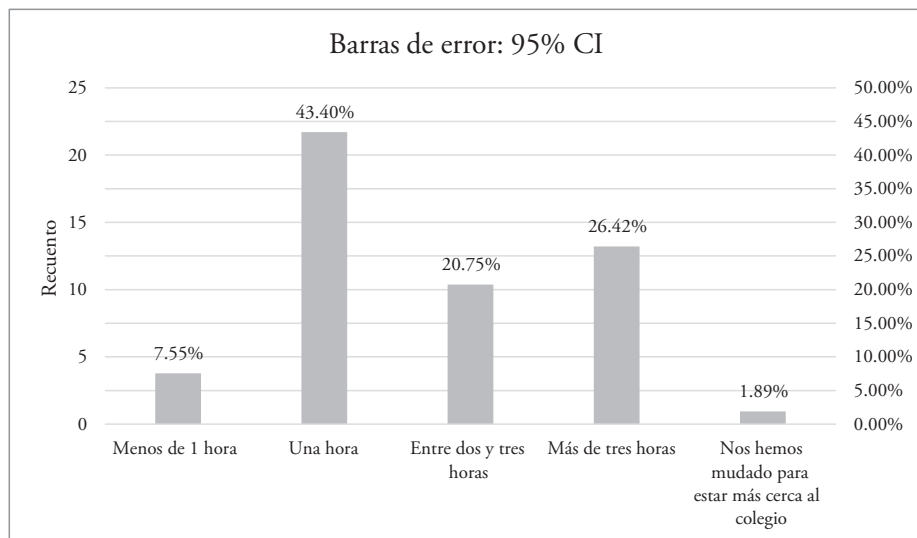


Figura 4. Tiempo que demoran los padres para llegar al colegio donde estudian sus hijos



Elaboración propia

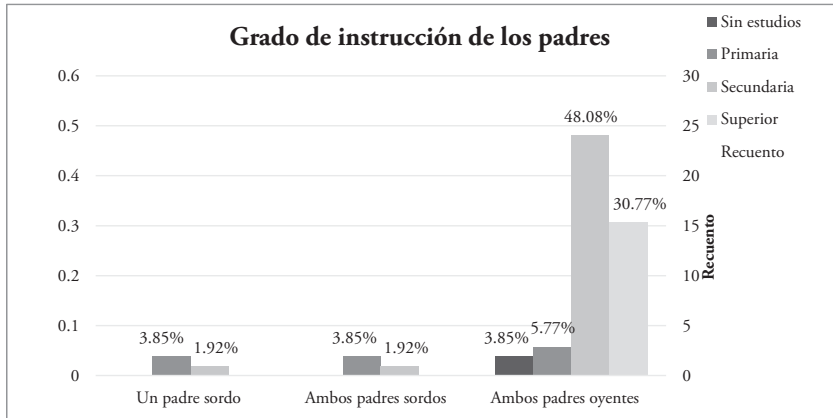
Se preguntó en la encuesta si los padres de los NNAS eran ambos sordos, ambos oyentes o uno de ellos sordos. La mayoría de los padres eran oyentes (88.5 %). Respecto al tipo de educación recibida, se encontró que la gran mayoría de este grupo había accedido a educación secundaria (48.08 %) y educación superior (30.77 %). Ello supone un contraste marcado con los padres sordos: la mayoría poseía únicamente educación primaria y ninguno de ellos educación superior; los padres que recibieron educación secundaria eran minoría (ver Tabla 4 y Figura 5). La información obtenida constituye una muestra más de la deuda histórica que el Estado tiene con las personas sordas en materia educativa: difícilmente las personas sordas acceden a educación secundaria —en la actualidad, solo existe un colegio de nivel secundario dirigido a NNAS— o superior universitaria.

Tabla 4. Grado de instrucción de padres de familia según su discapacidad auditiva

	Sin estudios	Grado de instrucción de los padres				
		Primaria	Secundaria	Superior	Total	
Un padre sordo	Recuento	0	2	1	0	3
	% del total	0.0 %	3.8 %	1.9 %	0.0 %	5.8 %
Ambos padres sordos	Recuento	0	2	1	0	3
	% del total	0.0 %	3.8 %	1.9 %	0.0 %	5.8 %
Ambos padres oyentes	Recuento	2	3	25	16	46
	% del total	3.8 %	5.8 %	48.1 %	30.8 %	88.5 %
Total	Recuento	2	7	27	16	52
	% del total	3.8 %	13.5 %	51.9 %	30.8 %	100.0 %

Elaboración propia

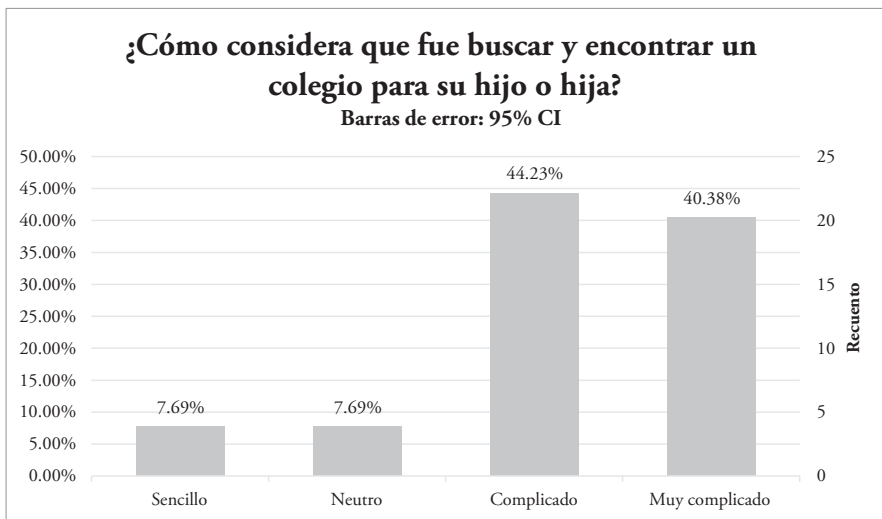
Figura 5. Grado de instrucción de padres de familia según su discapacidad auditiva



Elaboración propia

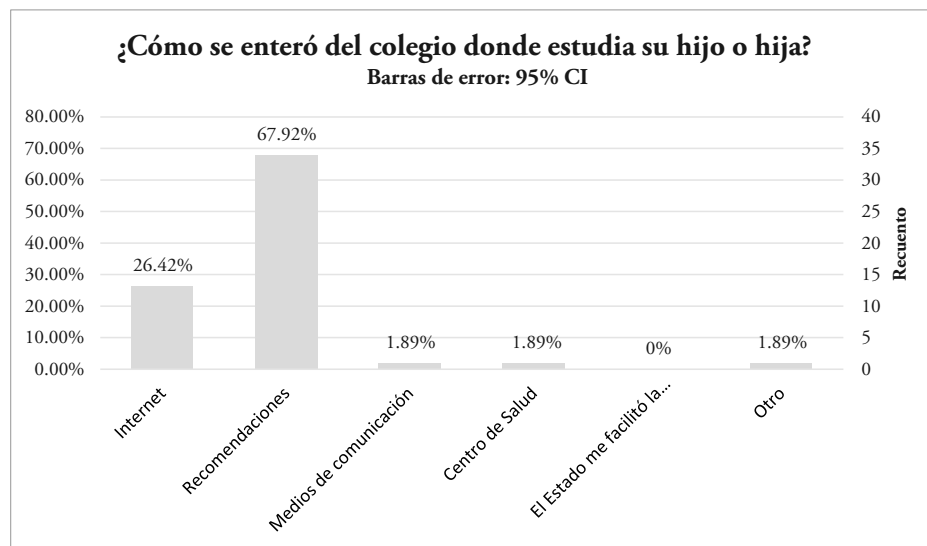
Respecto al proceso de elección de un centro educativo, los padres revelaron que la ubicación lejana a sus lugares de residencia y la reducida cantidad de escuelas especializadas en el Perú son las principales dificultades durante el proceso. El 44.23 % de padres considera que este proceso fue complicado, mientras que el 40.38 % lo consideró muy complicado. Muchos de los padres que lo consideraron un asunto sencillo o neutro explicaron que, al ser el único colegio dirigido a niños sordos, no existían muchas opciones para elegir y por eso matricularon a sus hijos allí (ver Figura 6).

Figura 6. Percepción de los padres de NNAS respecto de la búsqueda y selección de colegio, según la complejidad del proceso



Los medios más frecuentes por los cuales los padres se informaron de la existencia del colegio elegido fueron recomendaciones (67.92 %) e Internet (26.42 %) (ver Figura 7). Muchos mencionaron que las recomendaciones que recibieron provinieron de personas que pertenecen a comunidades de sordos: para las familias de NNAS, estas comunidades son un gran apoyo —y, lamentablemente, muchas veces son el único—.

Figura 7. Medio por el cual se enteraron del colegio donde estudia su hijo o hija



### El Problema: Interpretación de la Situación Educativa de los NNAS

La situación anteriormente descrita refleja un grave problema de violación de derechos. Si los derechos son “la medida de nuestro tiempo” (Carbonell, 2010, p. 17), cabe afirmar que, en el Perú, estamos sumidos en un profundo estancamiento histórico que tiene un impacto negativo duradero en vidas reales.

No obstante ello, sí ha habido una transformación significativa a nivel mundial respecto a la manera en que se entiende la discapacidad. Este cambio ha supuesto la superación del llamado *modelo médico*, en el cual la discapacidad es comprendida como una falta, carencia o deficiencia que es necesario rehabilitar para que las personas que la “sufren” puedan parecerse a las demás (aquellas personas consideradas “normales”) y recién entonces aportar a la sociedad (Hernández Ríos, 2015). Este modelo, si bien proveyó en su momento una oportunidad<sup>19</sup> para reivindicar ciertos derechos de las PCD, es actualmente criticado por responder a un modelo de éxito basado en la asimilación, en el cual se requiere ocultar la diferencia (Palacios, 2015).

19 Cabe aclarar que antes del modelo médico (rehabilitador), imperaba el *modelo de prescindencia*, el cual consideraba a la discapacidad una *carga* para la sociedad. Este se manifestó en dos submodelos a lo largo de la historia: el eugenésico (propio de la Antigüedad), en el que los niños y niñas con discapacidad eran sometidos a infanticidio a fin de impedir su desarrollo y crecimiento, y el segregacionista (propio de la Edad Media en adelante), caracterizado primordialmente por la exclusión, subestimación y rechazo como respuestas a la discapacidad (Palacios, 2008)

Como respuesta a esta concepción, se planteó el *modelo social*, un nuevo paradigma según el cual la discapacidad se origina, en mayor medida, debido a causas y barreras de carácter social, especialmente aquellas de carácter económico, medioambiental y cultural (Victoria Maldonado, 2013). Desde esta perspectiva, es la sociedad la que debe rehabilitarse para hacerle frente a las necesidades de todas las personas, centrándose en la dignidad del ser humano, pues el problema está fuera y no dentro de él.

Este modelo inspiró la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (CDPD). Este instrumento, adoptado en 2006, que entró en vigor desde 2008, representó un hito a nivel internacional luego de décadas de activismo político y académico por parte de las PCD orientado a hacer visible la situación de discriminación en que vivían (Salmón, 2015). Así, la Convención se alzó como el punto culminante de las distintas escalas en el proceso de tránsito del modelo médico al modelo social: el informe de Warnock (1978), en el cual se propuso el término *necesidades educativas especiales* en lugar de términos como *impedidos* o *deficientes*, o la *Declaración de Salamanca* (1994), en la cual se sostuvo que los programas educativos debían tener en cuenta “toda la gama de . . . características y necesidades” de los niños, son algunos ejemplos de ellas (Minedu, 2012, pp. 11-12).

La idea transversal a este nuevo paradigma es, por tanto, que la discapacidad tiene causas sociales, por lo que las soluciones deben dirigirse, también, a la sociedad (Palacios, 2015). La CDPD (2006) recoge, en su articulado, los principios que inspiran este nuevo modelo. Dicho instrumento se refiere a la discapacidad en interacción con las barreras existentes —barreras sin las que, según da a entender el texto, no se hablaría de discapacidad—:

Artículo 1. Propósito: Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, **al interactuar con diversas barreras** [énfasis añadido], puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. (art. 1)

Como puede advertirse, la CDPD recoge el concepto social de discapacidad ya mencionado, según el cual esta es resultado de la interacción entre la condición de la persona y diversas barreras (Palacios, 2017). El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (órgano de control de la CDPD, que pertenece al Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos) ha advertido en el examen del informe presentado por el Estado peruano que “la Ley 27050 general de la persona con discapacidad recoja una definición de la discapacidad basada en una perspectiva médica más que social y no incluya referencias a los principios fundamentales contenidos en los artículos 2 y 3 de la Convención” (2012, párrafo 6.a), afirmando lo siguiente:

Al Comité le preocupa que no exista una estrategia coherente y general para aplicar el **modelo social que establece la Convención**, que incluya medidas de carácter positivo, para lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y la plena efectividad de los derechos consagrados en la Convención a todos los niveles, con inclusión de las zonas rurales. Al Comité le preocupa asimismo que **el marco legislativo sobre la discapacidad del Estado parte no se ajuste aún plenamente a la Convención** [énfasis añadido]. (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2012, párr. 6)

En dicho informe, el Comité manifestó diversas observaciones alrededor de las tareas inacabadas del Estado respecto de las PCD. Entre ellas, expuso su preocupación respecto de

(a) la escasa recopilación de datos, que impide contar con estadísticas claras y que conduce a invisibilización; (b) la insatisfacción de derechos que experimentan los NNA con discapacidad a pesar de su reconocimiento en el *Código de los Niños y Adolescentes* (Ley 27337); (c) la falta de accesibilidad en las instituciones públicas; y (d) las deficiencias existentes en materia de educación, que generan la obstaculización del establecimiento de un sistema educativo verdaderamente incluyente, entre otras.

A pesar de que son muchas las observaciones realizadas por el Comité al Estado peruano en materia de derechos de las PCD, aquí nos centraremos en los derechos a la educación y a la igualdad, pues estos son particularmente vulnerados en el caso de los niños y niñas sordos.

Es imposible entender la importancia reforzada del acceso a la educación de los NNAS si no se comprende cabalmente el rol que cumple la lengua de señas para la comunidad sorda. La lengua —cualquier lengua— es más que un sistema de signos: es aquello que hace a uno parte de —y uno de los medios con los que se relaciona con— una comunidad; es un vehículo de expresión; y es el medio por el cual se experimentan la cultura y las vivencias. La lengua permite hablar *del mundo para* el mundo.

Las personas oyentes —que, estadísticamente, son la gran mayoría— adquieren su lengua a partir de la interacción con ella en el entorno familiar y social. Por esa razón, cuando los lingüistas hablan de la llamada *lengua materna*, se refieren a ella generalmente como *lengua adquirida* (siguiendo a Noam Chomsky) y no como *lengua aprendida* (Navarro Romero, 2010). Sin embargo, los bebés sordos no suelen compartir un mismo lenguaje con sus padres (solo un 5 % de NNAS tienen al menos un padre que también lo es). Los padres oyentes experimentan impresiones fuertes debido a la falta de respuesta oral de sus hijos, en una realidad en la que el niño o niña es considerado más como *sordo* que como *bebé* debido a los estigmas existentes en la sociedad (Espinosa Larracochea, 2003). Los bebés sordos, por su parte, no suelen nacer en una comunidad que comparta sus mismas características, de las cual pueda aprender a expresarse y relacionarse —sobre todo si no se ha asistido correctamente a los padres desde el nacimiento para poder hacer contacto con la comunidad sorda o para aprender LSP—.

La demora en el aprendizaje de LSP no es, por lo tanto, solo una dificultad lingüística: es un impedimento en cuanto al compartir con el entorno y aprender de él, e impide la temprana formación y consolidación de su *identidad*. Todos los niños necesitan una exposición regular y frecuente a un lenguaje accesible durante los primeros tres o cuatro años de vida; de lo contrario, están en riesgo de privación lingüística. Ello, además, puede tener efectos perniciosos en términos médicos: la carencia o descuido del lenguaje están altamente relacionados con la depresión y la sensibilidad al estrés (Humphries et al., 2016).

El aprendizaje temprano de LSP es, pues, crucial para el desarrollo personal de los NNAS. No obstante, existe un problema fundamental: mientras los niños sordos hijos de padres sordos adquieren la LSP mediante procesos naturales de adquisición del lenguaje, los niños sordos hijos de padres oyentes adquieren la LSP en la escuela, a través de la interacción con sus compañeros (Veinberg, 2007). Dado que el segundo caso es el más frecuente, el derecho a la educación es crucial para los NNAS. Lamentablemente, es a la vez uno de los derechos a los que más difícilmente acceden actualmente. La espiral de la vulnerabilidad de la que habla Jacques Forster (1994) parece, así, reproducirse perpetuamente.

El derecho a la educación ha sido históricamente negado a las PCD. A pesar de que está reconocido en múltiples instrumentos, el reto de la educación inclusiva se ha convertido en

una declaración formal de promesas en lugar de una verdadera oportunidad de desarrollo para las PCD. Esta situación motivó que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016) dedicara su *Observación general n.º 4* al derecho a la educación inclusiva. En dicha observación, el Comité identificó que “millones de personas con discapacidad se ven privadas del derecho a la educación y muchas más solo disponen de ella en entornos en los que las personas con discapacidad están aisladas de sus compañeros” (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2016, párr. 3). Respecto a los alumnos sordos, el Comité resaltó que “deben contar con una enseñanza que se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para la persona, en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo personal, académico y social, tanto en los entornos escolares formales como informales” (2016, párr. 35.c). Evidentemente, en el Perú esto está lejos de ser una realidad.

Debido a esta deficiencia, los NNAS no solo corren el riesgo de carecer de un lenguaje o de no aprender a manejar uno con fluidez, sino que, como consecuencia de dicha carencia, son víctimas de aislamiento y no reciben la educación a la que todo niño tiene derecho según la Currícula Nacional. Es decir, el problema no es solo la privación del lenguaje, sino la imposibilidad de aprender sobre la historia nacional, geografía o literatura en un ambiente cómodo y natural. Esto resulta particularmente grave si se atiende a la naturaleza del derecho a la educación, el cual ha sido entendido como un *derecho llave* por su aptitud de desplegar otros derechos (Latapí, 2009, como se citó en Ruiz Muñoz, 2014). La educación se alza, pues, no solo como un derecho de las personas, sino como aquel que permite el acceso a muchos otros, en tanto una posibilidad de formación ciudadana y de fortalecer el respeto hacia los derechos humanos (Ronconi, 2018).

Aunque la educación ha demostrado históricamente sus aptitudes de reproducción, ya que no solo ha sido un vehículo para transmitir cultura, sino que ha jugado un papel altamente homogeneizante y de refuerzo de la dominación, nuevas concepciones ven en ella una oportunidad de carácter emancipador: permite lograr el desarrollo individual y estimula las capacidades de los NNA al otorgarles un rol activo. Su influencia llega, incluso, más allá: la educación puede ser, también, una práctica de libertad que se ejerce sobre el mundo con la intención de transformarlo, para romper con estructuras sociales de opresión (Freire, 2009). Tiene, a su vez, un alto impacto sobre la democracia, pues permite desarrollar la capacidad de niños y niñas de deliberar<sup>20</sup> en tanto futuros ciudadanos (Gutmann, 2001, como se citó en Ronconi, 2018). Esta potencialidad ha sido sintetizada, de alguna manera, por los Estados Americanos en el *Protocolo de San Salvador*:

Art. 13.2. La educación deberá orientarse hacia el pleno **desarrollo de la personalidad humana** y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el **respeto por los derechos humanos**, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe **capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista** [énfasis añadido], lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz. (Organización de Estados Americanos, 1988, artículo 13.2)

---

20 La deliberación “incrementa el conocimiento disponible”, “favorece el intercambio de información” y permite a los ciudadanos “aprender unos de otros” (Analia Pérez, 2013, p. 98).

Como puede advertirse, la educación como derecho es clave para el desarrollo de la persona humana y de la sociedad en su conjunto. Ello hace más que evidente la enorme desventaja en la que se encuentran los NNA con discapacidad y, en específico, los NNAS que no pueden acceder a un aprendizaje adecuado para ellos. Ya la data expuesta con anterioridad muestra (ver Figura 7), por ejemplo, una gran brecha: la mayoría de padres sordos no ha tenido acceso a educación secundaria y/o superior, lo que no sucede con los padres oyentes de niños sordos.

Esta circunstancia pone a los NNAS en un estado de indefensión desde varias perspectivas (o dimensiones). En primer lugar, por su condición de NNA, que los coloca en una situación vulnerable frente a la cual el Derecho ha respondido con principios como el interés superior del niño, para enfatizar el deber que existe hacia ellos. En segundo lugar, por sus discapacidades, a las que la sociedad no se ha adaptado, las cuales además son ampliamente heterogéneas, poco reconocidas y bastante estigmatizadas. Adicionalmente, existe una tercera condición que intersecta con las anteriormente descritas: la pertenencia a una minoría lingüística. Es esta pertenencia la que, a nuestro parecer, justifica un replanteamiento sobre el modelo educativo que recibe a las personas sordas en el Perú.

### **Identidad en Sentido Fuerte. Una Propuesta de Reivindicación**

La educación de los NNAS es, desde antiguo, un tema sobre el que existe mucha discusión. Lingüistas, educadores, jueces y legisladores han debatido largamente sobre la manera adecuada de impartir educación hacia las personas sordas. En Estados Unidos, por ejemplo, la Corte Suprema, en el caso *Board of Education vs. Rowley* (1982), había pretendido adoptar una posición neutral al respecto, señalando que su tarea era hacer cumplir la *Ley Educativa para Personas con Discapacidad*, pero no interferir en la decisión de los colegios respecto a qué metodología es más beneficiosa. Sin embargo, en casos posteriores se visibilizó un cambio: en el caso *Petersen vs. Hastings Public Schools*, por ejemplo, los padres pidieron a la Corte diferenciar entre métodos educativos y métodos utilizados para comunicarse con los niños. Aunque la Corte de Distrito decidió no definir si los modos de comunicación están en la misma categoría que los métodos educativos, el caso sacó a la luz diferencias potencialmente significativas entre ellos (Pittman & Snow, 2003).

En este debate, en el que la inclusión ha aparecido como eje gravitacional, se ha destacado el derecho de que todo NNA, sea cual sea su condición, debe ser aceptado en el colegio que desee y recibir educación adecuada en ese medio. Sin embargo, somos de la opinión de que el derecho a la identidad se ve diluido y olvidado frente a estas concepciones estáticas de la inclusión. Desde nuestra perspectiva, el pleno reconocimiento de la LSP como una lengua más que forma parte de la diversidad lingüística nacional exige que se les otorgue a sus usuarios la misma categoría que se les otorga a los hablantes de las demás lenguas orales. Es imposible garantizar y satisfacer el pleno derecho a la educación de los NNAS si no se entiende su problemática actual como una vinculada a los derechos lingüísticos.

La comunidad sorda conforma una minoría lingüística —como muchas otras en el país—. Por ello, constitucional y convencionalmente, le asisten los mismos derechos que a otras comunidades que conforman y fortalecen nuestra diversidad. En consecuencia, no solo es necesario que el Estado peruano garantice el cumplimiento de los derechos de los NNAS, construyendo *más colegios* que atiendan a sus necesidades educativas especiales o contratando mayor cantidad de intérpretes: todo el sistema educativo de los NNAS debe reorientarse considerando la

educación de la comunidad sorda desde el enfoque de la Educación Intercultural Bilingüe (un sistema que ha sido tradicionalmente pensado para comunidades indígenas y nativas), pues la comunidad sorda tiene una cultura propia, en la que se desenvuelve con soltura socialmente si ha adquirido las capacidades para ello (García Benavides, 2002). La escuela ha de permitir que los NNAS tengan este acercamiento con su cultura y con la de los que los rodean.

El método de educación bilingüe ya ha sido incorporado, respecto de las personas sordas, en las políticas públicas de otros países, y los resultados son bastante alentadores. En los años 90, por ejemplo, creció el interés por el método bilingüe en Estados Unidos, de modo que la lengua de señas americana era enseñada como primera lengua, y el inglés como segunda (García Benavides, 2002). Un estudio realizado en Minnesota demostró, además, que esta manera de enseñanza no solo era efectiva para la adquisición de la lengua: tuvo, también, un impacto positivo en el desarrollo de otras competencias.

Lange, Lane-Outlaw, Lange y Sherwood (2013) exploraron las competencias académicas en cuanto a matemática y redacción de los NNAS que siguieron un modelo educativo lingüístico bilingüe de un colegio en Saint Paul, Minnesota (EE. UU.). Los valores fueron comparados con otro grupo de niños de la ciudad, en su mayoría oyentes, mediante evaluaciones estandarizadas rendidas durante más de cuatro años. El estudio demostró la eficacia del modelo bilingüe para la enseñanza de NNAS, ya que no solo obtuvieron el mismo rendimiento, sino que en cuanto a su crecimiento académico —al inicio más lento— superaron al grupo de control. Esto se corresponde con el precepto de que aprender un nuevo idioma lleva tiempo, pero eventualmente dichos estudiantes son tan o más competentes que sus pares.

Uruguay, por su parte, también ha adoptado un sistema educativo bilingüe para NNAS, lo que permite que el proceso de aprendizaje se desarrolle en dos lenguas: lengua de señas uruguaya y, de manera secundaria, español (Padilla, 2014). A partir de 1987 se empezó a abandonar el modelo oralista clásico y a brindar la educación en dos lenguas. La fortaleza de esta perspectiva es que identifica correctamente a la lengua de señas como la lengua natural de los sordos y como expresión referente de su cultura (Peluso, 2014). Así, el modelo propuesto se alza “como una *pedagogía culturalmente sensible* frente a aquellos estudiantes” que constituyen una minoría (Peluso, 2014, p. 216)—y, además, una minoría desagregada territorialmente, con amplia diferencia, por ejemplo, de lo que sería un pueblo indígena. Su Ley General de Educación, a su vez, considera a la educación lingüística como una línea transversal del Sistema de Educación, de modo que tendrá como propósito lo siguiente:

el desarrollo de las competencias comunicativas de las personas, el dominio de la lengua escrita, el respeto de las variedades lingüísticas, la reflexión sobre la lengua, la consideración de las diferentes lenguas maternas existentes en el país (español del Uruguay, portugués del Uruguay, lengua de señas uruguaya) y la formación plurilingüe a través de la enseñanza de segundas lenguas y lenguas extranjeras. (Ley 18437, 2008, art. 40)

Otro referente del modelo bilingüe es Suecia. En 1983, luego de aprobarse la lengua de señas suiza como primera lengua para niños sordos (1981), se introdujo por primera vez el Currículo Nacional Bilingüe, según el cual debía enseñarse la lengua de señas y el sueco —mayormente de manera escrita— para garantizar un desarrollo hacia el bilingüismo. Esta currícula, luego de una modificación realizada en 1994, sigue en vigencia y ha tenido resultados bastante alentadores: entre 2002 y 2008, los alumnos sordos que rindieron el test

nacional en sueco al graduarse (test obligatorio para oyentes y sordos) obtuvieron un nivel de desempeño del 59 %, señal de un nivel de lectura óptimo si se tratase de una escuela regular (Lissi Svartholm & González, 2012).

Estas experiencias comparadas deben ser recogidas y tomadas en cuenta por su potencial transformador. La educación orientada al bilingüismo significa, en el caso de los NNAS, su verdadera inclusión en la sociedad (Veinberg, 2007), más allá de una mera declaración de principios. Este modelo está dirigido materialmente a la inclusión, “porque no trata de integrar a los sordos a clases con oyentes en lengua oral” (Peluso, 2014, p. 217), sino que proporciona al niño oportunidades para interactuar naturalmente, en su lengua, con otros, y participar en una comunicación significativa y fluida (Svartholm, 2014). Educarse aprendiendo la LSP, esencial y natural para ellos, y simultáneamente la lengua oral local, les permite aprender a leer y escribir —actualmente, no todas las personas sordas son alfabetas ni leen y escriben con fluidez— en un espacio de cuidado y comodidad. Así podrían experimentar la más plena satisfacción de uno de los principios que inspira la CDPD: “[e]l respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad, y su derecho a preservar su identidad” (2006, art. 3.h).

Resulta crucial que la familia también sea integrada en este modelo (Cruz-Aldrete, 2018, p. 44), pues debe ser tomada en cuenta para la construcción de adultos independientes y exitosos (Svartholm, 2014). En la adquisición de la LSP como primera lengua juega un rol fundamental que las familias oyentes aprendan y usen esta lengua en casa, de modo que no toda la responsabilidad recaiga en la escuela. Desde la psicología ya se ha reconocido que la familia es el primer escenario de inclusión y que las “relaciones que se constituyen entre sus miembros” (Jaramillo, J. M., Ruiz Cubillos, M. I., Gómez Deantonio, A. N., López Peinado, L. D. y Pérez Álvarez, L., 2014, p. 478-479) pueden favorecer la inclusión de los niños en el ambiente externo. En ese sentido, los profesionales de apoyo dentro de las instituciones educativas también juegan un rol relevante de “favorece[r] la conexión familia-comunidad como forma de apoyo social generadora de resiliencia” (Jaramillo, J. M., Ruiz Cubillos, M. I., Gómez Deantonio, A. N., López Peinado, L. D. & Pérez Álvarez, L., 2014, p. 481).

Asimismo, conviene precisar la importancia de asumir la educación lingüística, tal como sucede en Uruguay, como un eje transversal en el sistema educativo. El modelo social de la discapacidad y las recientes tendencias de planeación, implementación y evaluación de políticas públicas con enfoque de derechos humanos exigen una verdadera concretización de la inclusión de las PCD en la sociedad. Para ello, se hace necesaria, también, la enseñanza de LSP como curso de idioma obligatorio en todos los centros de educación básica del país (CEBR, CEBA y CEBE), y, mínimamente, como curso electivo, para quienes deseen alcanzar niveles avanzados de LSP, en los centros de educación superior. El Estado, además, puede asumir un rol propositivo en esta labor, como lo hace, por ejemplo, el Estado español al poner al alcance de la ciudadanía portales web que refuerzan la educación de lenguas de señas a los NNA (<http://www.cnse.es>).

### Conclusiones

La comunidad sorda en el Perú, y los NNAS en particular, se han visto tradicionalmente marginados y estigmatizados en la sociedad, la misma que sigue entendiendo a la discapacidad desde el enfoque rehabilitador (como también lo hace el Estado). A pesar de que la normativa

internacional ya haya adoptado el modelo social de discapacidad, que plantea que son las barreras externas al individuo las que lo colocan en una situación de desventaja, la normativa peruana y la ejecución de políticas públicas aún no han adoptado por completo los principios transversales que dicho modelo exige.

Como se ha podido observar, los NNAS en el Perú se enfrentan a escandalosos problemas de acceso a la educación. Solo existe en el país un centro educativo especial bilingüe público para ellos. No existe nivel secundario para las personas sordas, por lo que la mayoría de adolescentes sordos que quieren seguir estudiando deben acceder a sistemas de educación alternativos y no especiales. Por esa razón, asisten a centros educativos no escolarizados. Esto refleja un serio problema de disponibilidad, accesibilidad (física y económica) y adaptabilidad de la educación para sordos en el Perú. Esta situación se ajusta a lo que desde las ciencias sociales se ha denominado situaciones de violencia estructural, pues la privación de lenguaje y educación general restan oportunidades, y reproducen una situación sistémica de subordinación y falta de agencia.

Dado que la comunidad sorda debe ser entendida, también, como una minoría lingüística, sus derechos deben ser garantizados desde esa perspectiva. Por esa razón, la propuesta educativa que se plantea es la de una Educación Intercultural Bilingüe que permita su verdadera inclusión en la sociedad, pero sin afectar su derecho al pleno disfrute de su identidad. Asimismo, se propone mayor participación estatal en la recolección de información que permita plantear políticas públicas pertinentes (como, por ejemplo, la obligatoriedad de la LSP como curso de idioma en la educación básica).



## REFERENCIAS

- Analía Pérez, S. (2013). Articulación entre el enfoque de las capacidades y el procedimentalismo epistémico. *Sociedad & Equidad*, 5, 90-108.
- Añón, M. J. (2013). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía*, (39), 127-157.
- Carbonell, M. (2010). *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave*. Lima, Perú: Palestra.
- Comité de Seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos. (1998, abril). *Declaración universal de derechos lingüísticos*. Recuperado de [https://www.pencatala.cat/wp-content/uploads/2016/02/dlr\\_espanyol.pdf](https://www.pencatala.cat/wp-content/uploads/2016/02/dlr_espanyol.pdf)
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas. (2012). *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - Perú. Séptimo periodo de sesiones*. Ginebra, Suiza.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas. (2016). *Observación general n°. 4 sobre el derecho a una educación inclusiva*. Ginebra, Suiza.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1984). *Opinión consultiva OC-4/84*. San José, Costa Rica.
- Cruz-Aldrete, M. (2018). La evaluación del modelo educativo bilingüe para la comunidad sorda en México: un problema sin voz. *Voces de la Educación*, 3(5), 41-46.
- Decreto Supremo 006-2017-MIMP, Decreto que aprueba el Reglamento de la Ley 29535, Ley que otorga reconocimiento oficial a la lengua de señas peruana. (2017).
- Decreto Supremo 011-2012-ED, Decreto que aprueba el Reglamento de la Ley General de Educación, Ley 28044. *El Peruano*. Lima, Perú.
- Dworkin, R. (1981). What is equality? Part 2: Equality of resources. *Philosophy & Public Affairs*, 10(4), 283-345.
- Espinosa Larracochea, M. (2003). *Escuchar el movimiento: Despertar a una sociedad oyente* (tesis de licenciatura). Universidad de Las Américas de Puebla, México.
- Forster, J. (1994). Invertir la espiral de la vulnerabilidad. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 19(124), 327-335. doi:10.1017/S0250569X00019063
- Freire, P. (2009). *La educación como práctica de libertad*. Madrid, España: Siglo XXI.

- Galtung, J. (1969). Violence, peace and peace research. *Journal of Peace Research*, 6(3), 167-191.
- García Benavides, I. S. (2002). *Lenguaje de señas entre niños sordos de padres sordos y oyentes* (tesis de licenciatura). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.
- Google. (2019, 14 de abril). *Google Maps*. Recuperado de <https://www.google.com/maps/search/colegio+para+sordos/@-9.770999,-79.7032103,6z>
- Gutmann, A. (2001). *La educación democrática. Una teoría política de la educación*. Barcelona, España: Paidós Ibérica.
- Hernández Ríos, M. I. (2015). El concepto de discapacidad: de la enfermedad al enfoque de derechos. *Revista CES Derecho*, 6(2), 46-59.
- Humphries, T., Kushalnagar, P., Mathur, G., Napoli, D., & Padden, C. (2016). Avoiding linguistic neglect of deaf children. *Social Service Review*, 90(4), 589-619.
- Hunt, L. (2009). *La invención de los derechos humanos*. Barcelona, España: Tusquets.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2015). *Perú: Características de la población con discapacidad. Censo nacional 2012*. Lima, Perú: Instituto Nacional de Estadística e Informática.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2017). *Perú: perfil sociodemográfico. Informe nacional. Censos nacionales 2017*. Lima, Perú: Instituto Nacional de Estadística e Informática.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2019, 28 de abril). *Facebook - Instituto Nacional de Estadística e Informática*. Recuperado de <https://www.facebook.com/INEIpaginaOficial/photos/a.170388809711338/2224657074284491/?type=3&theater>
- Jaramillo, J. M.; Ruiz Cubillos, M. I.; Gómez Deantonio, A N.; López Peinado, L. D.; & Pérez Álvarez, L. (2014). Estrategias para la inclusión de niños, niñas y adolescentes en contextos familiares. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 32(3), 477-493.
- Lange, C.; Lane-Outlaw, S.; Lange, W.E; & Sherwood, D. L. (2013). American sign language/English bilingual model: a longitudinal study of academic growth. *The Journal of Deaf Studies and Deaf Education*, 18(4), 532-544.
- Latapí, P. (2009). El derecho a la educación. Su alcance, exigibilidad y relevancia para la política educativa. *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, Ministerio de Educación, 14(4), 255-287.
- Ley 27050, Ley general de la persona con discapacidad. (1999, 6 de enero). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Ley 27337, Código de Niños y Adolescentes. (2000, 7 de agosto). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Ley 28044, Ley General de Educación. (2003, 7 de julio). *El Peruano*. Lima, Perú.

- Ley 29535, Ley que otorga reconocimiento a la lengua de señas peruana. (2010, 21 de mayo). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Lissi, M. R.; Svartholm, K.; & González, M. (2012). El enfoque bilingüe en la educación de sordos: sus implicancias para la enseñanza y aprendizaje de la lengua escrita. *Estudios Pedagógicos*, 38(2), 299-320.
- Loeza Reyes, L. (2017). Violencia estructural, marcos de interpretación y derechos humanos en México. *Argumentos*, 30(83), 249-274.
- Ministerio de Educación (2019b, 14 de abril). *Identicole. Manual de uso*. Recuperado de [http://identicole.minedu.gob.pe/Tutorial\\_Identicole.pdf](http://identicole.minedu.gob.pe/Tutorial_Identicole.pdf)
- Ministerio de Educación. (2012). *Educación básica especial y educación inclusiva. Balance y perspectivas*. Lima, Perú: Autor.
- Ministerio de Educación. (2019a, 13 de abril). *Identicole*. Recuperado de <http://identicole.minedu.gob.pe/>
- Ministerio de Educación. (2019c, 2 de abril). *Padrón de instituciones educativas y programas*. Recuperado de <http://escale.minedu.gob.pe/padron-de-iiie>
- Mosca Martel, S. M. (2008). Proyecto “Lengua e Identidad”. *Quehacer educativo*, 55-58.
- Navarro Romero, B. (2010). Adquisición de la primera y segunda lengua en aprendientes en edad infantil y adulta. *Philologica Urcitana*, 2, 115-128.
- Organización de Estados Americanos. (1988). *Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)*. Washington D. C.
- Organización de las Naciones Unidas. (2008). *Convención de derechos de las personas con discapacidad*. Washington D. C.
- Padilla Mouriño, X. (2014). Educación bilingüe en edad escolar: beneficios de la inclusión de lengua de señas uruguayaya [pre-proyecto de investigación]. Universidad de la República, Uruguay.
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid, España: Cinca.
- Palacios, A. (2015). Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En E. Salmón, & R. Bregaglio, *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 9-33). Lima, Perú: IDEHPUCP.
- Palacios, A. (2017). El modelo social de discapacidad y su concepción como cuestión de derechos humanos. *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, 8, 14-18.

- Peluso, L. (2014). Panorámica general de la educación pública de los sordos en Uruguay a nivel de Primaria. *Psicología, Conocimiento y Sociedad*, 47, 211-236.
- Pittman, P., & Snow, D. (2003). Will the courts go bi-bi? IDEA 1997, the courts, and deaf education. *Exceptional Children*, 67, 187-198.
- Queralt, J. (2014). La igualdad de recursos de Ronald Dworkin: ¿una concepción fallida? *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 30, 17-36.
- Ramírez, S. (2007). Igualdad como emancipación: los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. En S. Millaleo, *Anuario de Derechos Humanos* (pp. 33-50). Chile: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Reis Monteiro, A. (2007). Educación y derecho a la educación. En G. Ramírez, *La educación superior en derechos humanos: una contribución a la Democracia* (pp. 193-211). México: Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Reyes Morela, A. (2008). El enfoque de las capacidades, la agencia cognitiva y los recursos morales. *Recerca, Revista de Pensament i Anàlisi*, 8, 153-172.
- Ronconi, L. M. (2018). *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ruiz Muñoz, M. M. (2014). El derecho a la educación y la construcción de indicadores educativos con la participación de las escuelas. *Sinéctica*, 43, 1-19.
- Salomé, L. (2017). Discriminación estructural. Aproximación al concepto y estándares en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En J. M. Sosa Saco, *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional* (pp. 147-174). Lima, Perú: Palestra.
- Segato, R. L. (2013). *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez. Territorio, soberanía y crímenes de estado*. Buenos Aires, Argentina: Tinta Limón.
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*. Buenos Aires, Argentina: Planeta.
- Sen, A. (2003). The importance of basic education. *Commonwealth Education Conference*. Edimburgo, Escocia. Recuperado de <http://birbhum.gov.in/DPSC/reference/4.pdf>
- Solís, P. (2017). *Discriminación estructural y desigualdad social*. Ciudad de México, México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- Svartholm, K. (2014). 35 anos de educação bilíngue de surdos - e então? *Educar em Revista, Curitiba, Brasil*, (spe-2), 33-50.
- Toboso Martín, M., & Arnau Ripollés, M. S. (2008). La discapacidad dentro del enfoque de

capacidades y funcionamientos de Amartya Sen. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 20, 64-93.

Veinberg, S. (2007). Perspectiva socioantropológica de la Sordera. *Cultura Sorda*. Recuperado de [http://www.cultura-sorda.org/wp-content/uploads/2015/03/Veinberg\\_perspectiva\\_socioantropologica\\_Sordera.pdf](http://www.cultura-sorda.org/wp-content/uploads/2015/03/Veinberg_perspectiva_socioantropologica_Sordera.pdf)

Victoria Maldonado, J. (2013). El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. *Revista de Derecho UNED*, 12, 817-833.

Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, España: Trotta.

Zambrano Castro, W. (2009). La lengua: espejo de la identidad. *Investigación*, (18), 63-65.



**CUARTA SECCIÓN**

**VIOLENCIA CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y  
ADOLESCENTES QUE PERTENECEN A POBLACIONES  
INDÍGENAS**



# VIOLENCIA SIMBÓLICA EN LA NIÑEZ EDUCATIVA DE LA COMUNIDAD DE PELAPATA Y LA AUSENCIA DE REGULACIÓN NORMATIVA EN EL PERÚ. UNA PERSPECTIVA SOCIO-ANTROPOLÓGICA-JURÍDICA-EDUCATIVA

*Ronny Edinno Sánchez Magallanes<sup>1</sup>*  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Categoría Profesionales - Ganador

## **Sumilla**

La violencia simbólica es aquella violencia invisible en la que participan dos actores: el dominante y el dominado. El objetivo de esta investigación es dar a conocer la dominación que ejerce el padre sobre el hijo o hija, y la manera en que esta se ejerce para lograr que el segundo naturalice el comportamiento del primero y considere el castigo una práctica totalmente lícita. El chicote o chamberín, como símbolo de castigo, es característico de la violencia que ejerce el padre sobre el hijo ante la falta de obediencia de este: en algunos casos no tiene lugar un acto violento, sino que basta con el símbolo del chicote como instrumento de castigo para que el niño o la niña realice las actividades que le han sido encomendadas. La presente investigación se realizó en la comunidad de Pelapata, a fin de obtener fuentes necesarias para demostrar la importancia del ejercicio de violencia simbólica contra los menores de edad, y así aplicar el derecho comparado a la ausencia de regulación en este tipo de violencia. Por último, se sugiere que el Estado fomente propuestas educativas a fin de solucionar y dar a conocer este tipo de violencia, la cual, a pesar de que es difícil de percibir, existe en la sociedad peruana.

La violencia contra niños y niñas ocurre a diario, y en sus distintas formas (física, psicológica, sexual, económica) puede causar problemas en el desarrollo de los menores de edad. Lo que usualmente no se conoce es que detrás de los tipos de violencia mencionados existe otro tipo, que suele ser invisible: la violencia de carácter simbólico.

Este tipo de violencia es ejercido por el dominante hacia el dominado, lo que coloca al primero en una posición de poder y subordina al segundo. Varios factores pueden llevar a que se dé esta dominación. En el caso de niñas y niños, se debe al machismo del padre; producto del grupo social en el cual este se desarrolla, construye su propia estructura y la naturaliza, de tal manera que luego se vuelve un estilo de vida o una forma de vivir la relación padre-hijo.

---

<sup>1</sup> Profesor adjunto en derecho de familia y derecho de sucesiones por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a magíster de la maestría en Derecho Civil por la misma universidad.

El ejercicio de violencia simbólica fue estudiado en la comunidad de Pelapata, donde se realizaron las investigaciones, y se interactuó tanto con padres como con niños y niñas. En dicho lugar las diferencias entre los sexos son muy marcadas: se cree que la fuerza viene de parte del padre y que el servicio viene de parte de la madre, y en medio de ambos está el niño o la niña que recibe ese aprendizaje, y luego idealiza dichas diferencias y reproduce la misma estructura.

El presente trabajo consta de cuatro capítulos. En el primer capítulo se dará a conocer el concepto de violencia contra niños y las niñas, además del concepto de violencia simbólica y los elementos que hacen posible dicha violencia, donde la naturalización es la mayor fuente de construcción de estructuras, las cuales le dan sentido a la realidad. El segundo capítulo trata sobre la comunidad de Pelapata, su ubicación, el comportamiento de los padres hacia sus hijos y la forma en la que estos responden a sus padres, así como las relaciones que los posicionan como dominante y como dominado. Además, se presenta la relación entre los padres y los profesores de la escuela, y la percepción que estos tienen del comportamiento de los padres. En el tercer capítulo se aborda la violencia simbólica en el contexto del derecho comparado, y se trata el tema del vacío legal en la legislación peruana, que no considera la violencia simbólica como un tipo de violencia, como si lo hacen algunas legislaciones extranjeras, como las de Argentina y El Salvador. El cuarto y último capítulo ofrece propuestas como la incorporación de la violencia simbólica a la legislación peruana, sin perder de vista el tema de los niños y las niñas en dicha regulación, así como propuestas educativas para reducir la violencia simbólica, ya que detrás de ese tipo de violencia se esconden los otros tipos de violencia que ya se conocen.

### **La Violencia Contra los Niños**

La violencia es una realidad social que no puede pasar desapercibida ante nuestros ojos y no puede ser ajena a nuestra razón. Toda persona, en alguna etapa de su vida, ha sido víctima de ella, y probablemente en muchos casos los niños y niñas la siguen padeciendo con cierto grado de violencia en cada caso concreto, producto de las asimetrías que se imponen en un determinado grupo social. En las dinámicas de violencia, se establecen dos actores: el dominante, que ocupa una posición de poder frente al segundo actor, el dominado, que mantiene una relación de subordinación.

Existen diversos tipos de violencia que se pueden ejercer contra una persona. En el presente caso la materia de investigación y discusión es específicamente la violencia ejercida contra un niño o una niña. La violencia infantil, según Ames (2013), es “todo tipo de conducta que por acción u omisión causa daños. . . a niños. . . que gran parte. . . se desarrolla en el hogar, ya que los niños menores se relacionan principalmente con personas que viven con ellos, en especial con sus cuidadores” (p. 9). Dichas conductas violentas no solo no benefician a los menores de edad, sino que dañan su integridad física y/o psíquica. Muy a menudo, este tipo de violencia proviene de la misma familia, sobre todo de los familiares más cercanos al menor, ya que estos ejercen poder de dominio sobre él durante la infancia.

La violencia contra menores de edad se debe también a ese poder de dominio que creen ostentar el padre o la madre, quienes no usa la correcta razón al momento de aplicar esa dominación. Abad<sup>2</sup> afirma lo siguiente:

---

2 Gálvez Abad es fiscal adjunto provincial titular de la Fiscalía civil y familiar de Chíncha.

En el caso de los niños a veces no solamente son violentados por el varón. . . sino también desgraciadamente son violentados por su madre, es decir reciben violencia por parte de los varones y por parte de las mujeres adultas del grupo familiar, hay una pequeña diferencia, cuando los niños no solo pueden tener un agresor sino también varios agresores, sean hombres o mujeres y ellos por su propia vulnerabilidad debido a su corta edad no están en condiciones de entender por qué les pasa eso. (Comunicación personal, 2019)

Cuando el miembro o los miembros del grupo familiar abusan del menor de edad, puede deberse a actos que los progenitores de dichos miembros realizaron contra ellos. Ello desnuda por completo el comportamiento del agresor ante la subordinación del agredido, el cual por ser indefenso tiene que sucumbir y adecuarse a él. Además, dicho comportamiento progresivamente deja una huella en la vida de la persona y, por lo tanto, podría generar un círculo vicioso al producir un futuro adulto maltratador. Esta problemática puede conducir a que se afirme lo siguiente:

La violencia que afecta a los niños, niñas y adolescentes ocurre en todas partes, pero se manifiesta de manera diferente en cada sociedad. La violencia contribuye a que los niños, niñas y adolescentes desarrollen sentimientos de miedo, sean suspicaces, les roba la alegría en la vida cotidiana, socava su autoestima, así como su capacidad de autocontrol. (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables & Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2016, p. 3)

Es muy cierto que la violencia que se ejerce contra un niño o niña es muy diferente en cada sociedad, más específicamente en cada grupo social y según cada estilo de vida. Sin lugar a dudas un menor de edad es un candidato vulnerable a la violencia en todas sus dimensiones (física, sexual, patrimonial y psicológica), especialmente si es que el padre o la madre no han tenido una buena educación, o han sido criados en un ambiente de violencia contra los menores, de igual o peor magnitud que la que ellos ejercen contra sus hijos en el presente.

La violencia ejercida contra niños y niñas, en el presente caso, se debe también a la cultura del grupo social, cultura no en términos de en referencia al arte o las manifestaciones expresivas de un pueblo, sino de “un conjunto de formas y modos adquiridos de concebir el mundo, de pensar, de hablar, de expresarse, percibir, comportarse, organizarse socialmente, comunicarse, sentir y valorarse a uno mismo en cuanto individuo y en cuanto a grupo” (Heise, Tubino & Ardito, 1994, p. 7).

Muchas veces los actos violentos que se ejercen contra un niño o una niña provienen de la cultura a la que pertenece una persona. En el Perú existen diversos pueblos y culturas, cada uno con sus respectivos credos, formas de actuar y maneras de vivir. Así, la forma más idónea de entender por qué los padres ejercen violencia contra sus hijos es analizando dicho comportamiento en el contexto del grupo social al que pertenecen, interactuando con ellos, pues la violencia puede manifestarse no solo como lo reconoce y sanciona el derecho como disciplina (violencia sexual, patrimonial, física o psicológica), sino de forma no tipificada aún, como la violencia simbólica, tema que se aborda en esta investigación.

### **La Violencia Simbólica**

Generalmente, la violencia es provocada mediante el uso de la fuerza, cuyo efecto será un fin que provenga de esta. Por tanto, siempre que una persona tiene un cierto grado de poder,

lo ejerce de tal manera que afecta la integridad de la persona a la cual somete, lo que causa, en la gran mayoría de los casos, daños difíciles de superar si no se provee a tiempo la ayuda adecuada.

Para entender cómo afecta la violencia simbólica la vida del niño o niña, es necesario esclarecer un concepto previo y sus componentes; solo de esa manera se podrá apreciar las consecuencias que puede tener el ejercicio de violencia de parte del padre sobre el menor, y cómo el niño o niña responde este a ese sometimiento. Se trata de la violencia simbólica, tipo de violencia que para el derecho como disciplina aún no está regulada y es poco conocida. Esta forma de violencia, aquella que el dominante ejerce de manera indirecta sobre el dominado, opera de manera invisible, de manera tal que se naturaliza el comportamiento de los agentes, y se construye e impone como legítimo. Acosta (2013), opina lo siguiente sobre la violencia simbólica:

La intención de dominio de uno sobre otro, se encuentra censurada socialmente, de tal suerte que la única forma en la que puede actuar sin ser reprobada es disfrazándose, enmascarándose . . . Así pues, tenemos el paso de una violencia . . . oculta e invisible . . . inversamente proporcionales . . . De ahí que Bourdieu la defina como una violencia que se alimenta de creencias sociales, de aquello que la sociedad entiende como natural. (p. 183)

Cabe destacar que dicho tipo de violencia no es visible: el comportamiento de la persona, percibido como muy natural, estructura la realidad, y, por lo tanto, ante los ojos de las demás personas, vuelve a dicha conducta real, a pesar de ser solo el credo de una persona. En ella resalta el poder que ostenta más que cómo es la realidad, lo que hace del dominio simbólico una fuente vital para ejercer control sobre una persona o un grupo de personas, los cuales responden a dicho control de manera tal que se ejerce violencia en la relación entre el dominante y el dominado.

Con respecto a la utilización del término *natural* en el contexto de este tipo de violencia, el pionero en plantear esta teoría, Bourdieu, señala lo siguiente:

Parece “natural”, como se dice a veces para hablar de lo que es normal, al punto de volverse inevitable, se debe a que se presenta, en el estado objetivado, en el mundo social y también en el estado incorporado, en los *habitus*, como un sistema de categoría de percepción, pensamiento y acción. Se trata de la concordancia entre las estructuras objetivas y las estructuras cognitivas. (1996, p. 16)

Siguiendo la explicación fundamentada por Bourdieu, es posible afirmar que lo “natural” es aquello que se *naturaliza*, y se convierte en el mundo social real de la persona, lo que tiene como fundamento el *habitus*, que tiende a producir conductas razonables en los agentes y los estructura cognitivamente. La noción de *estructura objetiva*, más bien, se refiere a aquello que está en el entorno social de la persona, pero con respecto a lo cual es posible establecer reglas que son creaciones del grupo social.

Este tipo de violencia, desde este enfoque, está presente en situaciones en que la persona no emplea la racionalidad como fundamento del ser, sino que actúa de acuerdo a estereotipos; ello genera, por lo tanto, desigualdad entre las personas, situación perjudicial en especial para las más vulnerables. De este modo, se impide el desarrollo pleno de estas últimas, y se limita su máxima expresión con la única finalidad de que queden subordinadas sin pleno conocimiento de su propia racionalidad en el mundo que las rodea.

Si bien es cierto que la violencia simbólica puede darse en cualquier ámbito de la construcción social del grupo social, como lo puede ser el arte, la historia, la educación, la política, las ciencias de la comunicación, entre otros, cabe señalar que se refleja más en cuanto a la distinción de los sexos (si se diferencia entre masculino y femenino), ya que este dominio siempre fue ejercido por el hombre, más aún antiguamente cuando existía el patriarcado. Debido a la importancia de las circunstancias en las que se ejerce dicho poder, para entender la violencia simbólica se debe estudiar la distinción entre los sexos y cómo uno domina al otro. Bourdieu afirma lo siguiente al respecto:

Ajena a cualquier postura . . . esta experiencia es la forma más absoluta de reconocimiento de la legitimidad; aprehende al mundo social y a sus divisiones arbitrarias como naturales, evidentes, ineluctables, comenzando por la división socialmente construida entre los sexos. (1996, p. 16)

Ello permite afirmar que la sociedad construye y legitima a los sexos, y pone al hombre a menudo en un nivel superior que a la mujer, la cual poco o nada puede hacer frente a este. Además, este, al ejercer poderío en el seno familiar, toma atribuciones de abuso hacia sus miembros, es decir, hacia su mujer y, sobre todo, hacia los niños o niñas que puede haber en el hogar. Estos últimos son los que sufren las consecuencias de la violencia simbólica.

Muchas veces la división social de sexos se debe a un factor importante que el ser humano ha catalogado por siglos, el cual lleva hasta la actualidad, producto de la fuerza física o tal vez del desarrollo de mejores conocimientos, es decir, a la idea de que el hombre está en el centro de todo y a la práctica que sostiene dicha idea: la dominación.

## La Comunidad de Pelapata

### Ubicación geográfica

La comunidad de Pelapata está ubicada en el departamento de Huancavelica, en la sierra sur del Perú. Dicho departamento tiene una extensión de 22,131.47 km<sup>2</sup> y está conformado por siete provincias, entre las cuales se encuentra la provincia de Huaytará, donde se ubica la comunidad en cuestión (“Regiones Políticas del Perú”, 2019).

La provincia de Huaytará, con capital del mismo nombre, tiene una superficie de 6,458.39 km<sup>2</sup> y está ubicada a una altitud de 2,726 m s. n. m. (“Huancavelica”, 2017), y está catalogada como la capital arqueológica de Huancavelica por los restos arqueológicos allí encontrados. Asimismo, es rica por su agricultura y su ganadería.

En dicha provincia se encuentra el distrito de Pilpichaca, lugar donde se localiza la comunidad de Pelapata, a una altitud de 4,000 m s. n. m. Es un lugar ganadero por excelencia, donde se realiza la crianza de alpacas, llamas y vicuñas, y donde la lana de los auquénidos es muy valorada y se vende al mercado nacional.

### La comunidad de Pelapata

**Aspectos generales.** La comunidad de Pelapata<sup>3</sup> es uno de los anexos del distrito de Pilpichaca, a una altura de 4,450 m s. n. m. Es una zona dedicada a la ganadería de auquénidos

---

3 La comunidad de Pelapata fue creada en el año de 1960, y actualmente pertenece a la comunidad campesina de Lillinta-Ingahuasi.

como la llama, la alpaca y la vicuña. Presenta un clima muy frío, que oscila entre los  $-10^{\circ}\text{C}$  y los  $18^{\circ}\text{C}$ , por lo que no es adecuada para la agricultura. Los pobladores han sabido adaptarse a ese modo de vivir.

La comunidad campesina de Pelapata se convirtió en centro poblado el 29 de diciembre de 2017 y tuvo como primer alcalde a Juan Huamani Cayllahua<sup>4</sup>, quien vela por el interés general de la comunidad y los problemas que se puedan presentar. Cuenta actualmente con 350 comuneros activos que tienen como lengua materna el quechua y realizan asambleas semanales para tratar diversos problemas que resuelven por consenso. Tiene una población general de 500 personas entre hombres, mujeres y 150 niños.

**La Institución Educativa Primaria 22122 de la comunidad de Pelapata.** Esta institución educativa primaria fue fundada el 9 de junio de 1972. Su actual directora es Raida Huamán Condori<sup>5</sup>, quien también es profesora allí; la institución cuenta con cuatro profesores más que integran la plana docente.

La Institución Educativa Primaria 22122 cuenta con seis grados (de primer a sexto grado), y tiene una población de 60 alumnos, los cuales se distribuyen de la siguiente forma: el primer año cuenta con ocho alumnos; el segundo año, con 10; el tercer grado, con 15; el cuarto grado, con 10; el quinto grado, con siete; y el sexto grado, con 10<sup>6</sup>. Ello suma un total de 60 alumnos debidamente matriculados entre niños y niñas, ya que es un colegio mixto.

La escuela cuenta con el programa Qali Warma, donde las madres son las encargadas de cocinar y se turnan diariamente la distribución de la comida entre toda la población estudiantil del nivel primario. En cuanto al programa, el Estado no logra abastecer por completo a la población estudiantil, así como tampoco provee los alimentos necesarios para que los niños tengan una alimentación balanceada.

Si un profesor pide la asistencia de los padres, son los hombres quienes se presentan. Ello hace que sea excepcional que vayan las madres, a no ser que el padre esté ausente por motivos de viaje a Ayacucho o Ica, cuando llega la temporada de cosecha.

Los niños y niñas, en el presente caso, ejercen un rol pasivo en el funcionamiento de la escuela, pues se someten a los mandatos que el profesor o sus padres les imponen, como arreglar las carpetas, ayudar a traer el agua para preparar la comida o hacer el aseo de los salones. Muchas veces, según lo que han expresado, no lo desean ni lo consienten, pero lo acatan por obligación. Así, el padre, jefe del hogar, impone su autoridad aun sin estar muchas veces presente en la escuela; lo hace mediante el poder que engloba a un hombre, el machismo.

4 Juan Huamani Cayllahua es un comunero activo de la comunidad campesina de Pelapata. Fue elegido por elección popular al ganar en la contienda electoral a Emiterio Ordoñez Huamaní, luego de haber sido aprobado por la asamblea comunal. Una vez electo asumió el cargo el 11 de junio de 2019 por cuatro años. Es ganadero y zootecnista con gran experiencia en auquénidos, sobre todo en vacunación y tratamiento de enfermedades.

5 La actual directora ejerce el cargo en la Institución Educativa Primaria 22122 desde el año 2019.

6 De los ocho alumnos pertenecientes al primer grado, dos son mujeres y seis varones; de los 10 pertenecientes al segundo grado, cinco son mujeres y cinco varones; de los 15 pertenecientes al tercer grado, nueve son mujeres y seis son varones; de los 10 pertenecientes al cuarto grado, cuatro son mujeres y seis son varones; de los siete pertenecientes al quinto grado, tres son mujeres y cuatro son varones; de los 10 pertenecientes al sexto grado, cinco son mujeres y cinco son varones.

### **El Machismo Como Fuente de Violencia Simbólica en los Niños**

El machismo siempre ha predominado en las zonas de la sierra, sobre todo en los grupos sociales más alejados de la zona urbana, aunque este está presente en todos los lugares del Perú.

El Perú es considerado un país machista debido al dominio ejercido sobre la mujer en diversos aspectos de su vida diaria; en el caso particular del hombre andino, muchos tildan este comportamiento machista como natural o señalan que es parte de costumbres que han adquirido estatus de creencia. Sin embargo, no es sino el modo de pensar o de actuar del hombre. Ello influencia al niño o niña, y hace que estos sean dominados no por la razón, sino por conductas que los condicionan a reproducir el comportamiento de los padres.

Sin embargo, ¿qué es el machismo y cómo puede repercutir en los menores? En primer lugar, se puede definir el machismo de la siguiente forma:

Todas aquellas acciones que contribuyen al menoscabo sistemático de la dignidad, el estima [sic] y la integridad física y mental de las . . . personas con una identidad de género y la sexualidad distinta a la normativa. . . ya que se encuentra presente en todas las sociedades y en todos los espacios sociales, aunque se da en distintos niveles y mediante diferentes mecanismos dependiendo de diversas cuestiones de raza, clase y pertenencia a determinado grupo étnico. (Comisión de Ayuda al Refugiado en Euskadi, 2009)

El hombre machista practica comportamientos que muestran fuerza, poder y autoridad sobre la mujer, lo que genera un ambiente de dominación masculina, donde predomina el patriarcado y donde él es el único responsable de tomar decisiones. Estas pueden ser tomadas para el beneficio de la comunidad o en el interior del hogar, pero no implican la participación alguna de las mujeres, quienes solo acatan los roles de atribución que ya tienen asignados.

Este machismo es formativo para los menores de edad: a lo largo de su crecimiento, estos aprenden a partir de cómo ven funciona el mundo a su alrededor, sobre todo el comportamiento de sus padres. Los niños y niñas pueden entender la diferencia entre las tareas que hace el padre y las que hace la madre, las imposiciones que realiza el hombre sobre la mujer y la subordinación de la una al otro. El menor de edad piensa que lo que ocurre a su alrededor es natural y que los modos del comportamiento de los padres son correctos, aun cuando no sea el caso.

Tanto niños como niñas observan el machismo de los padres como cabeza de familia y creen en la dominación de este, así como que su comportamiento es totalmente natural, tanto cómo actúa frente a la mujer como con ellos. Hablar de machismo no solamente involucra a la mujer; también está relacionado a los hijos, sean niños o niñas, pues “el machismo de los hombres se extiende a su propio género . . . para ejercer su dominio genérico sobre ellos y así empoderarse” (Benalcázar, 2015, p. 145).

El padre de familia de un grupo social machista siempre buscará el poder y la autoridad, y el niño o la niña naturalizará el comportamiento por el cual es sometido o sometida a dicho poder. Así, construirá una vida natural dentro de la realidad, en la cual la violencia simbólica existirá de manera tal que no podrá ser percibida por los agentes (dominante y dominado), sino que estos se adecuarán a dicha naturalización de forma tal que todo lo que ocurra será considerado ideal por ellos.

Esta violencia simbólica, cuyo origen es el machismo, se produce como consecuencia de que las estructuras se adecúan a las circunstancias. Así, los estereotipos que encarna el padre

de familia serán aprehendidos por el niño o la niña en plena formación, que obedecerá ante cualquier conducta naturalizada de parte del padre. Sin embargo, el menor no solo obedecerá ante el comportamiento estereotípico del padre, sino que entenderá el machismo como un comportamiento natural, por lo que, cuando llegue a una edad en la cual pueda alcanzar independencia, dicho menor, o seguirá siendo machista, porque así lo aprendió del padre, en el caso de los niños, o seguirá estando subordinada, porque así fue criado, en el caso de las niñas.

Eso no sería posible si, en primer lugar, no existiese una construcción social que tuviese una estructura tal que el dominante y el dominado no generasen reciprocidad entre sí, en la cual el niño no presintiese la violencia simbólica, porque para el grupo social, y en particular para el menor, esta es totalmente lícita, a pesar de que en realidad es incongruente e ilícita, y perjudica al menor a lo largo de su etapa de formación.

### **La Violencia Simbólica en la Comunidad de Pelapata**

El tema de la violencia simbólica en la comunidad de Pelapata es sumamente relevante. Su estudio permite conocer cómo en un grupo social específico en el que impera el machismo puede haber una serie de factores que pasan casi inadvertidos, y cómo en la relación padre-hijo se pueden naturalizar ciertos aspectos de su relación, que así se vuelven reales y, por lo tanto, aceptados y aprobados por el grupo social.

La comunidad, específicamente, con la característica machista como ingrediente principal, es la base que permite que esta violencia simbólica contra los niños y niñas en plena etapa de formación se ejerza. Los menores responden de manera pasiva al obedecer a sus padres, ya sea respecto de las tareas del hogar o de los estudios, cuando los padres se comunican con los profesores. Es decir, se crean lazos de comunicación que se interconectan hasta naturalizar los comportamientos que generan que unos sean dominantes y otros dominados.

Respecto de las relaciones descritas en el párrafo anterior, se analizarán los comportamientos de el padre hacia el hijo, viceversa, y del mismo padre con respecto a los profesores, para así poder identificar cómo la violencia simbólica se lleva a cabo en este grupo social definido.

### **Comportamiento de los padres hacia los hijos**

El comportamiento de los padres hacia los hijos tiene una tendencia marcada pero naturalizada. En el presente caso se mencionarán tres historias que han sido extraídas de la experiencia vivida en el grupo social, pues para comprender este tipo de violencia simbólica es necesario conocer dicha experiencia, y resaltar el comportamiento que tiene el padre como ente dominante con respecto al hijo y cómo este se condiciona ante ese tipo de violencia.

**La historia de Ismael.** Ismael<sup>7</sup> es un comunero activo de la comunidad de Pelapata, ganadero y padre de Kevin<sup>8</sup>, de nueve años de edad, y Junior, de dos años. Realiza sus actividades ganaderas desde muy temprano (4:00 a. m.), y vive en una estancia de piedra y barro cuyo techo es de calamina. En su interior se encuentra una pequeña cocina con chimenea y el espacio utilizado para almorzar, mientras que el espacio donde duerme la familia es otro ambiente similar.

7 El nombre ha sido modificado por confidencialidad.

8 El nombre ha sido modificado por confidencialidad.

Ismael solo realiza las actividades ganaderas; su esposa se encarga de la cocina y las labores domésticas. Los hijos (Kevin y Junior) se encargan de apoyar a su madre en labores como traer el agua para la comida, y a su padre en la ganadería, ya que él espera que sus hijos aprendan a la perfección dicha labor. Ello se puede apreciar a continuación:

Entrevistador: ¿Qué actividad le enseñas a Kevin?

Entrevistado: Bueno, trenzar y como esquilan animales.

Entrevistador: ¿A qué edad le enseñaste?

Entrevistado: Cuando tenía 8 años.

Entrevistador: ¿A él le gusta lo que tú le enseñas?

Entrevistado: Bueno yo como muestra hago y (él) después sigue, noto que también se aburre con hacer eso.

Entrevistador: ¿Alguna vez no has aplicado el chamberín<sup>9</sup> como golpe pero si como un modo de asustar?

Entrevistado: Sí, para que sea responsable y haga rápido (la tarea) siempre, le digo “si no haces rápido te voy a echar ese chamberín”.

Entrevistador: ¿En qué parte de tu casa tienes el chamberín?

Entrevistado: Lo tengo visible en la cocina para que lo vea. (Comunicación personal, 2019)

Como se puede apreciar, enseñarle la actividad ganadera a Kevin es muy importante para Ismael, pero, por otro lado, el menor, por su misma condición, no está totalmente preparado para realizar una faena de tal magnitud, lo que hace que muchas veces no le resulte divertido. Dado que está en un periodo de aprendizaje, el menor se forma según la realidad que lo rodea. No se trata de cuestionar que un menor tenga que aprender; todas las personas deben aprender en su etapa de formación, cuando son niños y niñas, pero emplear un objeto como el chamberín para condicionar al menor lo manipula de manera tal que naturaliza la violencia. Al respecto, Champagne, Pinto & Shapiro señalan lo siguiente:

Para los hombres, en cambio, se trata de una diferencia necesaria en el otro, ya que es constitutiva de su propia identidad. En realidad, el dominador participa en la construcción de la identidad del dominado porque ella funda su propia existencia y así todo el orden legítimo, que el dominado reconoce como tal porque no puede existir de otro modo que en el reconocimiento de la superioridad del otro. (2005, p. 70)

Es posible afirmar que el menor de edad es formado por el padre dominante, sobrevive y se alimenta del condicionamiento, y a su vez estructura su formación como ser humano. El poder utilizar un látigo no solo significa un posible castigo físico o psicológico, sino también un posible castigo simbólico. El hecho de tener dicho símbolo, el látigo, como representación de la violencia, implica de por sí violencia simbólica; no es necesario ponerlo en uso. Gracias al simple hecho de que este chicote es utilizado para otros fines en contra de la integridad de la persona (por condicionamiento o intimidación), este se convierte en un instrumento de violencia, la cual ningún niño o niña debe padecer durante su etapa de formación.

**La historia de Carlos.** Carlos<sup>10</sup> es un comunero activo de la comunidad de Pelapata, ganadero de alpacas, y padre de cinco hijos, tres hombres y dos mujeres, entre los cuales se

9 Instrumento de tres puntas con nudillos que se utiliza para castigar a los animales.

10 El nombre ha sido modificado por confidencialidad.

encuentra Roberto<sup>11</sup>, de seis años de edad. Se levanta desde muy temprano (4:30 a. m.) para las faenas ganaderas y, al igual que Ismael, vive en una estancia de piedra y barro, cuyo techo está hecho a base de ichu. En su interior se encuentra una pequeña cocina con chimenea y un pequeño espacio para almorzar; tiene otra casa pequeña donde duerme la familia.

Carlos, además de realizar las faenas ganaderas, se encarga de hacer reparaciones a la casa, como arreglar el techo, o de hacer huaracas<sup>12</sup>, mientras que la madre de sus hijos realiza las labores domésticas. Esta les enseña a sus hijas cómo reliazar dichas labores, mientras que los hijos se encargan de aprender las tareas diarias de Carlos, ya que existe la expectativa de que todos colaboren con las actividades de la casa. Al respecto, el padre de familia indica lo siguiente:

Entrevistador: ¿Le enseñas las actividades que haces?

Entrevistado: Sí.

Entrevistador: ¿A qué edad le has enseñado (por Roberto)?

Entrevistado: Le estoy enseñando (tiene 6 años)

Entrevistador: ¿A Roberto le gusta?

Entrevistado: No le gusta, cuando le digo solamente va, si no le digo nada no va.

Entrevistador: ¿Si no obedecen, como corriges a tus hijos menores de edad?

Entrevistado: Si son menores enseño chicote para asustar.

Entrevistador: ¿En qué parte de la casa tienes el chamberín?

Entrevistado: Lo tengo colgado en la pared de la cocina y ellos obedecen. (Comunicación personal, 2019)

Se puede apreciar que Carlos, con respecto a Roberto en particular pero también a sus demás hijos, ejerce poder y dominio, comportamiento construido sobre la base de violencia simbólica, realidad distinta al ambiente educativo en el que un menor de edad se debería desenvolver. Así, Roberto no se pregunta por qué su padre utiliza violencia, sino que la asume como un mecanismo natural —el látigo— que tendrá un efecto en él si no tiene una determinada conducta.

Al respecto, Bourdieu señala lo siguiente:

La violencia simbólica impone una coerción que se instituye por medio del reconocimiento extorsionado que el dominado no puede dejar de prestar al dominante al no disponer, para pensarlo y pensarse, más que de instrumentos de conocimiento que tienen en común con él y que no son otra cosa que la forma incorporada de la relación de dominio. (1996, p. 22)

Carlos, en el presente caso, impone una conducta dominante que no necesariamente es la que espera Roberto, quien probablemente espera un modo de castigar que no sea violento. Sin embargo, la conducta del padre puede llegar a manipular a su favor la mente del hijo, de tal forma que el látigo forme parte de la vida Roberto y sea parte del día a día en su formación.

**La historia de Edgar.** Edgar<sup>13</sup> es un comunero activo de la comunidad de Pelapata, que también tiene como ocupación la ganadería. Es padre de Ángel<sup>14</sup>, de siete años de edad, y

11 El nombre ha sido modificado por confidencialidad.

12 Instrumento usado para ahuyentar a los zorros que buscan a las alpacas como presa.

13 El nombre ha sido modificado por confidencialidad.

14 El nombre ha sido modificado por confidencialidad.

Jesús<sup>15</sup>, de 11. Edgar se levanta desde muy temprano (4:30 a. m.) para realizar faenas diarias de ganadería y traer el ichu seco que se utiliza como leña para cocinar. La familia vive en una estancia de piedra y barro, cuyo techo es de calamina. En esta hay una pequeña cocina con chimenea y un ambiente muy reducido para almorzar; en otro lugar, muy cercano, duerme la familia.

Mientras Edgar realiza las labores del campo, su esposa realiza las labores domésticas, mientras que Ángel y Jesús ayudan en tareas pequeñas como traer ichu, igual que su padre, o transportar los instrumentos con los cuales su padre esquila a las alpacas. Sobre la manera en que educa a sus hijos, Edgar indica lo siguiente:

Entrevistador: ¿Ellos reniegan de lo que le enseñas?

Entrevistado: Claro, siempre

Entrevistador: ¿Si ellos no entienden y discuten, de qué manera actúas?

Entrevistado: Claro, con tres puntas (referido al látigo)

Entrevistador: ¿Dónde tienes guardado el chamberín?

Entrevistado: Está clavado en la vista de la pared para que obedezcan con solo mirar. (Comunicación personal, 2019)

Se puede apreciar que si bien la intención de ser violento física o psicológicamente existe, también está presente la violencia simbólica, imperceptible ante la realidad física, pero marcada y dirigida. El látigo, como símbolo de castigo, es un modo de dominación de parte del padre, quien no sabe desempeñar su rol de padre adecuadamente, piensa y actúa rudamente, y educa al niño y a toda su familia sobre la base del machismo y su imposición de poder para dominar.

Hecht señala lo siguiente:

Por otra parte, nos sirve para reconstruir las imágenes culturales que están asociadas con estos diferentes momentos y para explorar el sistema de representaciones, estereotipos y valores que legitiman y modelan el capital cultural de cada generación. (2009, pp. 28-29)

Las imágenes culturales conciernen al modo en el que se desenvuelve el grupo social y cómo el ser piensa en el interior de un determinado grupo. Ello está vinculado a costumbres que determinados grupos sociales quizás aprehenden e internalizan, de manera tal que se logra una legitimidad real, aun si se sabe que algunos miembros consideran que no está bien comportarse de ese modo, en este caso los niños. El padre de familia del grupo social, en este caso, naturalizó el látigo y, este instrumento fue aceptado por el grupo como algo totalmente lícito. Como se ha reiterado, no se trata de determinar si existe el castigo físico o psicológico, sino que más allá de dichos castigos existen otros cuyas consecuencias no son tan evidentes.

La violencia simbólica no solamente se ejerce contra la mujer (sea niña o mujer adulta), sino también contra los niños, que son frágiles ante el poder de autoridad que el padre tiene sobre ellos, así como ante los símbolos que utiliza y el mensaje que quiere transmitir. El menor de edad es vulnerable por naturaleza porque necesita protección, educación y atención del padre, pero estos elementos no se deben distorsionar con la violencia simbólica que desea imponer el padre, que transforma en lícito lo prohibido por la ley en cuanto a violencia<sup>16</sup>, en todas las modalidades que el derecho plantea.

15 El nombre ha sido modificado por confidencialidad.

16 Es decir, lo ya regulado por ley con respecto a la violencia física, psicológica, sexual y patrimonial.

### Comportamiento de los hijos hacia los padres

El estudio realizado se enfocó en niños de un promedio de seis a once años de edad, todos pertenecientes a la Institución Educativa Primaria 22122 de la comunidad de Pelapata.

El muestreo fue realizado mediante entrevistas personales, en las cuales se deseaba identificar la violencia simbólica materia de investigación. Se aplicó la observación participante y la observación no participante, puntos fundamentales para el desarrollo del presente trabajo, ya que tanto niños como niñas colaboraron de manera muy activa con el investigador sin que se perjudique el espacio social en que se desenvuelven.

Los hijos se relacionan con sus padres de manera muy activa, de manera tal que los niños y niñas realizan las tareas del hogar tanto como los padres. En la gran mayoría de situaciones cumplen microfaenas como traer agua para la cocina, alcanzar algunos instrumentos de trabajo del padre, y ayudar al padre o la madre cuando se requiera, además de realizar sus tareas escolares por cuenta propia. Además, casi no se observó que los niños realicen actividades recreativas, ya que en la mayoría de casos el tiempo que podría ser dedicado a estas es limitado.

A continuación, se expondrán las historias de los niños y niñas, así como fragmentos de las entrevistas realizadas, con la finalidad de identificar la violencia simbólica.

**La historia de Kevin.** Kevin<sup>17</sup>, cuyo padre es Ismael, tiene nueve años de edad y cursa el tercer grado de primaria. Es un niño muy servicial, que se levanta todos los días a las 5:30 a. m. e inmediatamente realiza su aseo personal. Como todo menor, ayuda luego de sus atenciones personales en las labores que le puedan encomendar su padre o su madre (algunas tareas domésticas, como traer agua o ichu), y se alista para ir al colegio.

Sabe pastorear las alpacas, como le ha enseñado su padre, pero se puede notar que no está completamente conforme con realizar dicha actividad. El comportamiento de Kevin es como el de un niño mayor; es decir, a pesar de su corta edad sabe cómo realizar muchas de las actividades que le ha enseñado su padre. Asimismo, se encarga de algunas tareas relacionadas a la cocina para ayudar a su madre, pero, a diferencia de las actividades que realiza con su padre, no lo hace con frecuencia. Esto se debe a que la expectativa social de que el hombre sea quien aprenda las faenas que se realizan fuera de casa. Kevin habla sobre ello a continuación:

Entrevistador: ¿Estás aprendiendo el pastoreo como te enseña papá?

Entrevistado: Sí

Entrevistador: ¿Desde qué edad te enseña a pastorear?

Entrevistado: Desde los 4 años.

Entrevistador: ¿Alguna vez te ha asustado con el chamberín?

Entrevistado: Sí, me hace asustar nomas, y luego lo hacemos [referido a las faenas encomendadas por el padre].

Entrevistador: ¿Dónde tiene tu papá el chamberín en casa?

Entrevistado: Esta clavado en una pared. (Comunicación personal, 2019)

En este caso se puede apreciar que, aunque el susto es un medio de violencia psicológica, el punto medular de esta dinámica es que detrás de dicha violencia se encuentra la violencia simbólica. Nuevamente el látigo es el símbolo de castigo ante la desobediencia; la estructura

17 El nombre ha sido modificado por confidencialidad.

que se crea es un poder de dominio invisible para el padre, la madre y el hijo, que implica que dicho comportamiento es naturalizado, de tal forma que prospera la dominación. Al respecto, Raez señala lo siguiente:

Cuando tú aceptas la dominación, cuando tú crees que es el mundo natural, cuando es el derecho del otro de hacer eso, de ti o sobre otra persona, cuando mamá acepta. . . esa es la función del papá, no tengo por qué meterme, está naturalizado. (Comunicación personal<sup>18</sup>, 2019)

En el caso de Kevin se puede apreciar que la dinámica de dominación no solo está constituida por la relación padre-hijo, sino que también la madre participa, actuando, por un lado, como otra subordinada y, por otro, aceptando el castigo que se le impone al menor. La violencia simbólica se forma dentro del comportamiento de la persona de tal manera que busca adecuarla a la realidad y, como en el caso de Kevin y su madre, hace que la persona la acepte y se someta a las órdenes del padre que tiene toda la autoridad.

**La historia de Ysabel.** Ysabel<sup>19</sup>, cuyo padre es Jairo<sup>20</sup>, comunero activo de Pelapata que desarrolla faenas de ganadería de alpacas, cursa el sexto grado de primaria en la Institución Educativa 22122 de dicha comunidad.

Todos los días se levanta temprano, a las 5:30 a. m., para realizar, en primer lugar, su aseo personal; luego, realiza las labores que le encomiendan su padre o su madre. En cuanto a los quehaceres cotidianos, se dedica más a las labores domésticas que le está enseñando su madre. Es una niña muy activa y sabe realizar cada tarea que le encomiendan sus padres.

Aunque muy pocas veces lo hace, sabe pastorear a las alpacas, tal como le enseñó su padre. Si bien es jovial y carismática, es muy reservada y no habla mucho, a menos que sea con sus padres o amigos; siempre agacha la cabeza para hablar, producto de la costumbre de la dominación del hombre sobre la mujer, que se va marcando ya en los niños desde su formación. Ysabel conversa sobre ello en la siguiente entrevista:

Entrevistador: ¿Sabes pastorear?

Entrevistado: Sí (algo), mi papá enseñó.

Entrevistador: ¿Qué te enseña mamá en casa?

Entrevistado: Cocinar, lavar ropa, tejer.

Entrevistador: ¿Más ayudas a papá o a mamá?

Entrevistado: A los dos ayudamos.

Entrevistador: ¿Alguna vez tu papá ha utilizado el chamberín?

Entrevistado: Sí, de susto.

Entrevistador: ¿Dónde tiene tu papá el chamberín?

Entrevistado: En la pared colgado. (Comunicación personal, 2019)

Como se puede apreciar, Ysabel es una niña que se dedica más a las labores domésticas de la casa; se debe prestar atención a hechos cotidianos del día a día, en los cuales ella, desde niña, se prepara para una posible subordinación a futuro. Además, a pesar de que exista violencia psicológica, existe violencia simbólica detrás de la misma. El látigo es símbolo del castigo no

18 Raez Retamozo es profesor en antropología de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

19 El nombre ha sido modificado por confidencialidad.

20 El nombre ha sido modificado por confidencialidad.

debido al “susto”, sino porque el objeto material, aun sin ser manipulado físicamente, puede dominar el comportamiento de los individuos y naturalizarlo de tal forma que es visto de manera justa ante los ojos de un niño o niña. Debido a esta manipulación sobre el comportamiento es que se señala lo siguiente:

La dominación masculina. . . se basa. . . sobre la génesis del poder masculino. . . el dominado, a pesar de su estatuto inferior, ejerce una función esencial, la del contrario indispensable para la unión, . . . que son interdependientes. (Champagne et al. 2005, p. 71)

Resulta importante analizar que la dominación permite tener autoridad sobre otros y que sobre esta siempre se estructura un determinado comportamiento. En el caso de un menor de edad en formación, la dominación se torna más natural aun y la subordinación está presente, pues, en el caso de las niñas, ellas tienen una pasividad tal que se acostumbran a participar solo de las labores domésticas que les enseña su madre, por lo que participan en muy menor grado o no participan en lo absoluto de las labores de fuerza que realiza el padre.

**La historia de Willian.** Willian<sup>21</sup> es hijo de Abel<sup>22</sup>, comunero activo de Pelapata y ganadero de apacas. El menor tiene 11 años de edad y cursa el sexto grado de primaria en colegio primario de la comunidad.

Se levanta temprano, a las 5:00 o 5:30 a. m., para realizar su aseo personal y luego lleva a cabo labores que le encomiendan su padre o su madre; en la gran mayoría de los casos se dedica a las labores de ganadería que le enseña su padre y muy pocas veces realiza las labores que le ha enseñado su madre. Es un niño que participa en todo momento de las actividades domésticas, pero ayuda más a su padre. Nunca descuida sus estudios, ya que estos son indispensables para su formación.

Sabe pastorear a las apacas, tal como le enseñó su padre, y lo hace de forma casi perfecta gracias a los años de práctica. Es muy atento y servicial, además de ser abierto al diálogo. Siempre mantiene la cabeza erguida para hablar, a comparación de su hermana de 9 años, quien la agacha, gesto que evidencia la diferencia entre niños y niñas desde su formación. Sobre las actividades que realiza y el chamberín, Willian manifestó lo siguiente:

Entrevistador: ¿Qué actividades sabes hacer?

Entrevistado: Hacer huaraca y pastear.

Entrevistador: ¿Alguna vez tu papá te ha asustado con el chamberín?

Entrevistado: Sí.

Entrevistador: ¿En qué momentos te ha asustado? Dame un ejemplo

Entrevistado: Me asusta si no salgo a pastear o no hacer la tarea (sea escolar o doméstica).

Entrevistador: ¿Dónde tiene el chamberín?

Entrevistado: En la pared. (Comunicación personal, 2019)

Es necesario saber diferenciar cuándo un grupo social tiene reglas que se tienen que cumplir y cuándo tiene reglas que son impuestas mediante la intimidación visible. En este caso, se trata de violencia psicológica, pero detrás de esta se encuentra la violencia simbólica, por medio de la cual se crea una conducta naturalizada; el dominado no hace otra cosa que acatar

21 El nombre ha sido modificado por confidencialidad.

22 El nombre ha sido modificado por confidencialidad.

las reglas, no debido a una adecuada educación, sino por un factor de conducta impuesto que lo condiciona a realizar determinados actos producto de la dominación.

Debido a que los comportamientos son estructurados es que “esto nos indica que los padres tenían un poder de decisión muy fuerte sobre los cuerpos y la vida de sus hijos” (Ames, 2013, p. 53). Cuando un poder le da a uno cierta autoridad, uno comienza a tener distintos efectos sobre los demás por su condición superior de paternidad. Además, muchas veces, en el caso del padre, ese poder se maneja de manera arbitraria, al punto que este se cree poseedor de los cuerpos que tiene bajo su dominio –los menores de edad, en este caso –, y así imparte las ideas que sus hijos practicarán en el futuro.

**La historia de Fabiana.** Fabiana<sup>23</sup> es hija de Rolando<sup>24</sup>, comunero activo de Pelapata así como ganadero de alpacas. La menor tiene 9 años de edad y cursa actualmente el tercer grado de primaria en el colegio primario de la comunidad.

Suele levantarse temprano, a las 5:30 a. m., para realizar el aseo personal y llevar a cabo las labores que le encomiendan su padre o su madre. Se dedica a las labores domésticas más que a la ganadería; sigue los mismos pasos que su madre, cocina y teje, y practica con poca frecuencia la ganadería. Es más activa dentro de casa que fuera de ella y asiste todos los días al colegio. Realiza sus tareas escolares luego de salir de la escuela, al llegar a casa.

Es muy servicial, pero a la vez es muy tímida y cerrada al diálogo, por lo que ganar su confianza llevó un poco de tiempo. Al conseguirla, narró parte de su historia, con lo cual contribuyó a identificar su modo de vida y cómo gira la violencia simbólica en torno a los niños por ser la parte más débil en este tipo de violencia. Fabiana expresó lo siguiente:

Entrevistador: ¿Tu mamá que te enseña?

Entrevistado: A cocinar.

Entrevistador: ¿Sabes pastear?

Entrevistado: Sí.

Entrevistador: ¿Alguna vez te ha asustado tu papá con el chamberín?

Entrevistado: Sí.

Entrevistador: ¿En qué momento te asusta?

Entrevistado: Cuándo no hago caso.

Entrevistador: ¿Dónde guarda tu papá el chamberín en casa?

Entrevistado: Lo tiene colgado en la pared.

Entrevistador: ¿Quién manda en tu casa?

Entrevistado: Mi papá. (Comunicación personal, 2019)

En el presente caso se puede percibir que, al igual que en los otros, este tipo de comportamiento del menor hacia el padre también está naturalizado. El dominado es sometido al castigo por resistirse a realizar alguna actividad, pero lamentablemente tanto la menor como la madre consideran dicha consecuencia racional. Es un tipo de violencia con cuya ejecución todos están de acuerdo y que, por lo tanto, se ejerce y se acepta con suma naturalidad de parte de los involucrados en ella. Con esta narración la subordinación queda al desnudo y se observa que “la mujer que está simbólicamente consagrada a la sumisión y a la resignación no puede

23 El nombre ha sido modificado por confidencialidad.

24 El nombre ha sido modificado por confidencialidad.

obtener poder alguno en las luchas domésticas más que usando la fuerza sumisa” (Bourdieu, 1996, p. 21).

En el caso de la comunidad de Pelapata se repite el fenómeno de la sumisión. Un grupo social específico naturaliza sus propias creencias, estructura su forma de vivir y el resultado es aceptado por todos los integrantes de la comunidad. Los dominados, en este caso los niños y niñas, no ejercen las labores guiados por la razón, sino que una fuerza externa simbolizada en el chicote y el machismo son las piedras angulares para que se haga efectiva la dominación que determina dichas labores. La subordinación se ejecuta y no solo va dirigida a mujeres adultas, sino que los niños también son partícipes de este tipo de violencia simbólica.

### **Relación de los padres hacia los profesores con respecto a sus hijos**

La relación entre los padres y los profesores es muy activa. Los primeros se presentan cuando los profesores se lo requieren, ya sea para actividades de recreación, el aniversario del colegio, la reunión de APAFA o para discutir el desenvolvimiento académico del menor de edad.

Las actividades que realizan los padres para sus hijos también les permiten ver lo que sus hijos aprenden en la escuela, y es allí donde entra en juego el rol del profesor como educador y como fuente de ayuda para el menor de edad. Asimismo, el profesor es aquella persona que observa el comportamiento cotidiano de los niños y cómo la violencia simbólica que tiene lugar en casa surte efectos que son trasladados a la escuela.

En la entrevista realizada a los padres –Ismael, Carlos y Edgar<sup>25</sup>–, estos expresan cómo delegan el poder hacia los profesores, y cómo estos notan los efectos de la violencia simbólica traídos de casa.

Ismael, con respecto a la relación de su hijo Kevin con su profesor, indicó lo siguiente:

Entrevistador: ¿Le das permiso al profesor para que reprenda a tus hijos?

Entrevistado: Sí, justamente le digo a la profesora. . . si alguna vez le falta el respeto o hace desorden en tu hora de clase por favor hacerle asustar con ortiga porque yo no me voy a negar a eso, es para él, para que aprenda.

Entrevistador: ¿Sabes si el profesor lo ha realizado?

Entrevistado: No lo ha aplicado. (Comunicación personal, 2019)

Por otro lado, Ismael es una persona que racionalmente otorga poder al profesor para que este pueda ejercer violencia simbólica y, de esta manera, lo involucra en la dinámica de dominación. Producir esa violencia convierte al chicote en un símbolo para el niño: sin necesidad de que este instrumento esté físicamente el menor de edad ya lo estructuró en su mente. Este tipo de violencia simbólica se estructura mediante determinados actos realizados día a día, porque “compartimos con otros determinados hábitos y códigos culturales, es porque los hemos ido incorporando en nuestra socialización y vamos comprobando su utilidad para movernos en nuestro mundo, en nuestras relaciones sociales diarias” (Ansión, 1994, p. 12).

El padre siempre ha incorporado en su esfera personal el chicote como medio de castigo, lo que ha sido aceptado en su esfera social. Para el padre es totalmente natural poder ejercerlo, ya que, en efecto, es una práctica naturalizada.

Respecto a la relación de su hijo Roberto con el profesor, Carlos indicó lo siguiente:

25 Algunas partes de las entrevistas a los padres en cuestión se encuentran en la sección “Comportamiento de los padres hacia los hijos”.

Entrevistador: ¿Le das permiso al profesor para que reprenda a tus hijos?

Entrevistado: Le puedo decir que le haga asustar con chamberín solo para que asuste. (Comunicación personal, 2019)

En esta entrevista se puede observar que es un comportamiento tan natural por parte del padre, que se lo expresa al profesor con autoridad. Asimismo, le otorga un cierto poder a fin de que este también pueda ejercerlo y reproducir la dominación hacia el menor, al hacer que mentalice el chicote y naturalizarlo como medio de castigo.

Es justamente mediante el chicote que se ejerce “la existencia de una ‘cultura de violencia’. . . es la base de la aceptación social de algunos tipos de violencia contra los niños y niñas, es un factor importante que contribuye a su perpetuación” (Guzmán, 2015, p. 31). Esta perpetuación se basa mayormente en que existan estilos de vida similares dentro del grupo social, de manera tal que todos piensan que los actos que realizan son normales. Así, los dominantes nunca perderán autoridad ante los dominados, quienes a su vez nunca abandonarán la condición subordinación.

Con respecto a la relación de sus hijos Ángel y Jesús con su profesor, Edgar afirmó lo siguiente:

Entrevistador: ¿Le das permiso al profesor para que reprenda a tus hijos?

Sí.

Entrevistador: Si tú fueras profesor, ¿de qué modo los reprenderías?

Entrevistado: Con chamberín más corriges, con otras cosas no, [el] maltrato físico con palos, con manos de otra manera [es agresión], solamente con chamberín nada más corregimos. (Comunicación personal, 2019)

Este es un claro ejemplo de cómo piensa Edgar; para él, el corregir a un menor debe hacerse empleando el chamberín. Además, según su raciocinio no se trata de un castigo, ya que solo lo sería el maltrato físico que se realiza con objetos como palos, o el agredir con la mano. Su modo de pensar lo lleva inconscientemente al simbolismo; recrea la imagen en su cabeza y naturaliza la práctica, y, al igual que él todo el grupo social, internaliza que el uso del chamberín es un modo de corregir, mas no un castigo.

Esta forma distinta de pensar el castigo mediante el chamberín es un ejemplo de como “las sociedades y grupos culturales en contacto han inventado diversas formas de simbolización para significar la realidad, diferenciarse de los ‘otros’ y conjugar una identidad grupal” (Guevara, 2009, p. 80). La simbolización que se lleva a cabo en este grupo social en relación a los menores de edad consiste en idealizar un estilo de vida. Los padres también fueron criados de esa manera, y ahora retransmiten esa forma de crianza a sus hijos, en la cual el machismo y el chamberín están naturalizados de manera tal que no son considerados una amenaza para ellos. Al contrario, su empleo es visto como sumamente natural, no como una práctica irracional.

Los profesores también dieron su versión de los hechos y de cómo los padres les otorgan un poder. La profesora Bertha<sup>26</sup> narra, en una sección de la entrevista, lo siguiente:

Entrevistador: ¿Algún padre le da permiso para que pueda maltratar a su hijo?

Entrevistado: Sí.

Entrevistador: ¿Lo ha realizado?

26 Bertha Quispe enseña el sexto grado y trabaja en la Institución Educativa 22122 de Pelapata.

Entrevistado: No.

Entrevistador: ¿Cree que los niños están aprendiendo lo mismo que hacen los padres en casa?

Entrevistado: Por supuesto, la educación viene de casa.

Entrevistador: ¿Los niños tienen más dominación sobre las niñas?

Entrevistado: Sí bastante. Por ejemplo, para sentarse se sientan solo los hombres [dejando] solo a las mujeres por un lado. (Comunicación personal, 2019)

De este modo, la profesora da a conocer la existencia del poder que tiene el padre sobre el hijo, y del poder indirecto que este transmite al profesor para que ejerza la intimidación. Al ejercerse dicho poder, el menor se forma una idea del chamberín y se subordina a este; así, en este caso, la violencia infantil no es psicológica necesariamente, sino que la violencia simbólica se encuentra detrás de ella.

Un determinado grupo social puede contribuir al fenómeno de que “la pobreza en el área rural y de las personas que hablan lenguas originarias; ... constituyen los patrones socioculturales que discriminan y subordinan. . . y contribuyen a la violencia” (Ríos & Palomino, 2016, p. 15). Es importante tener en cuenta que este tipo de comportamiento por parte del grupo social está muy enraizado, sobre todo en las comunidades más alejadas del Perú. El patriarcado se detiene en el tiempo en estas comunidades y la autoridad predomina, subordinando a miembros del grupo familiar.

A continuación, se presenta un extracto de la entrevista a la profesora Marybel<sup>27</sup>:

Entrevistador: ¿Algún padre le da permiso para que pueda maltratar a su hijo?

Entrevistado: Sí me han dicho pero no lo he hecho.

Entrevistador: ¿Cree que los niños están aprendiendo lo mismo que hacen los padres en casa?

Entrevistado: Claro la mayoría, todo niño que ves por más que tú le hables están en desarrollo y constante aprendizaje, por más que digas que no de todas maneras influye.

Entrevistador: ¿Los niños tienen más dominación sobre las niñas?

Entrevistado: Sí, hay agresión, le pegan a las niñas, no hay distinción. Cuando se sientan, se sientan puros niños, al igual como se sientan puros niñas. (Comunicación personal, 2019)

Asimismo, en cuanto al género, la diferencia en el grupo social está muy marcada. Desde que son pequeños, niños y niñas son formados de forma distinta: para aprehender el poder, en el caso de los niños, y para la subordinación, en el caso de las niñas. Ellos toman los simbolismos y asumen las dinámicas como naturales; se quieren identificar y a la vez diferenciar. En el futuro se separarán estructuralmente los niños y niñas, y se marcarán las diferencias entre los posibles dominantes y dominados. Así, a partir de su formación, la violencia está presente en todo momento de su vida.

Este tipo de violencia simbólica no solo es ejercida contra mujeres adultas, sino también contra los niños. Ello ocurre gracias a la existencia del machismo, y se normaliza gracias al castigo mediante el chicote, el cual es empleado como símbolo para subordinar a los dominados, como en el presente caso son los niños, y lograr que estos se aferren a la creencia en la naturalidad de ese tipo de acción.

27 Marybel Pacheco enseña el segundo grado y trabaja en la Institución Educativa 22122 de Pelapata.

### **La Violencia Simbólica en el Derecho Comparado**

La legislación peruana no regula este tipo de violencia simbólica. Tal vez esto se debe a que la incluye dentro de la violencia psicológica. Desde el punto de vista de esta investigación, eso quiere decir que se ha entendido a la primera de manera errada, pues es necesario diferenciar los tipos de violencia, diferencia que debe expresarse en las normas. Como los operadores de justicia, los abogados, legisladores y todas las personas informadas al respecto saben, la Ley 30364<sup>28</sup> regula solamente cuatro tipos de violencia: a) la violencia física, b) la violencia psicológica, c) la violencia sexual, y d) la violencia económica o patrimonial. Sin embargo, aún existe una forma de violencia no regulada, la violencia simbólica. No obstante, otras legislaciones la contemplan y la regulan expresamente, de tal manera que es fácil poderla identificar normativamente y distinguirla de la violencia psicológica. Si bien es cierto este tipo de violencia está regulada en las legislaciones de algunos otros países, en el presente texto nos enfocaremos en la experiencia normativa de Argentina y El Salvador.

#### **Desde la legislación argentina**

En cuanto a tipos de violencia, la legislación argentina está mucho más avanzada que la legislación peruana, pues integra dentro de su normativa a la violencia simbólica, cuya regulación es un gran avance para el país vecino. Mediante la Ley 26.485<sup>29</sup> se regularon los distintos tipos de violencia que existen, incluso la violencia simbólica, que define de la siguiente manera:

La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad. (2009, art. 5, inc. 5)

Como se puede apreciar, la norma describe los instrumentos con los cuales se ejerce la violencia simbólica, y discute la naturalización y la subordinación, aspectos importantes respecto de este tipo de violencia. Aunque es un gran avance para la legislación comparada, dicha normativa, que aborda el tema de la mujer y la subordinación, no se refiere en parte alguna a los menores de edad. Como se ha explicado en este trabajo, la violencia simbólica es ejercida también contra niños y niñas, y no solo contra la mujer, por lo que estos sujetos deben ser incorporados a la regulación argentina si desea tener una normativa más completa y sólida.

#### **Desde la legislación salvadoreña**

La legislación de El Salvador también dio un paso importante en su legislación interna al regular la violencia simbólica mediante el Decreto 520<sup>30</sup>, del 17 de marzo de 2011, el cual expresa lo siguiente:

Violencia simbólica: son mensajes, valores, iconos o signos que transmiten y reproducen relaciones de dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales que se establecen entre las personas y naturalizan la subordinación de la mujer en la sociedad. (art. 9, apartado g)

28 Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

29 Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollan sus relaciones interpersonales.

30 Ley de igualdad, equidad y erradicación de la discriminación contra las mujeres.

Por ende, se trata de una norma ligeramente más específica que la normativa argentina, ya que hace referencia a “relaciones sociales que se establecen entre las personas”, las cuales pueden incluir a menores de edad. Sin embargo, no lo detalla: la norma salvadoreña, tal como la argentina, debería incluir expresamente al menor de edad, ya que la violencia simbólica no solo puede ser ejercida contra una mujer, sino también contra un niño o una niña.

### Propuestas y Soluciones

Tras haber analizado la experiencia comparada, es posible realizar una propuesta sobre cómo debería lidiarse con la violencia simbólica en el Perú, de tal modo que abarque todos los campos de la realidad social. La primera propuesta es la incorporación de la violencia simbólica en la legislación peruana, y la segunda es una propuesta educativa para reducir la violencia simbólica contra niños y niñas.

#### Propuesta de incorporación de la violencia simbólica en la legislación peruana

Actualmente, en la normativa peruana, la Ley 30364<sup>31</sup> expresa lo siguiente:

##### Tipos de violencia

Los tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar son:

- a) Violencia física. Es la acción o conducta, que causa daño a la integridad corporal o a la salud. Se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.
- b) Violencia psicológica. Es la acción u omisión, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla, avergonzarla, insultarla, estigmatizarla o estereotiparla, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.
- c) Violencia sexual. Son acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción, incluyen actos que no involucran penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran tales la exposición a material pornográfico y que vulneran el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación.
- d) Violencia económica o patrimonial. Es la acción u omisión que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de cualquier persona, a través de:
  1. la perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;
  2. la pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;
  3. la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones;
  4. la limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo. (2015, art. 8)

Como se puede apreciar, la normativa actual no expresa ni toma en consideración la violencia simbólica; solo visualiza los tipos de violencia más conocidos (física, psicológica, sexual, y económica o patrimonial). Debido a ello es que se propone la siguiente regulación, a fin de que sea incorporada en la normativa jurídica:

31 Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar del 23 de noviembre de 2015.

Incorpórese al artículo 8 de la ley 30364 el inciso 5, que quedará de la siguiente manera:  
'Violencia simbólica: es aquella que mediante mensajes, valores, iconos o símbolos transmiten y reproducen relaciones de dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales y culturales que se establecen entre las personas, donde naturaliza la subordinación de la mujer en la sociedad y se transmite esta naturalización a los niños en etapa de formación en un grupo social determinado'.

Como se puede observar, en esta propuesta la regulación es más específica y genérica a la vez; no solo se toca el tema de la subordinación de la mujer, sino que también está dirigida al menor de edad. De ello depende la formación de la persona, y que al llegar a la adultez apliquen la razón y no un estereotipo, que es lo que siempre sucede al adoptar un comportamiento. La violencia simbólica no se debe dejar pasar por alto en la legislación peruana, sino que debe ser incorporada de forma que tome en consideración, como posibles víctimas, tanto a las mujeres como a los menores de edad.

### **Propuesta educativa para reducir la violencia simbólica**

Es posible afirmar que el ejercicio de violencia simbólica no requiere una sanción punitiva, sino que se trata más bien de un tema educacional. En cuanto a los niños y niñas, existen muchas leyes protectoras, pero es imposible que se logre absoluta efectividad.

Por ende, una propuesta educativa sería muy adecuada; sin embargo, es necesario una que no permanezca en un "pergamino dorado", sino que sea efectiva en la práctica. Por lo tanto, se presentan las siguientes propuestas educativas:

- a) Que los medios de comunicación radial y televisiva, a través del Estado, difundan qué es la violencia simbólica en general y aborden el tema del maltrato en cuanto los menores de edad se refiere.
- b) Que se fomente un programa educativo desde el Estado, a fin de que personal capacitado dé charlas informativas en las comunidades alejadas de la sierra, la selva y otras zonas rurales, para que poco a poco este tipo de violencia simbólica disminuya, ya que en la buena educación está el eje de la razón del ser humano.
- c) Que se difunda en instituciones educativas primarias y secundarias, institutos y universidades el significado de la violencia simbólica y las repercusiones que puede ocasionar, sobre todo en los menores de edad.
- d) Que se difunda información sobre violencia simbólica en paneles, afiches y cualquier medio de comunicación visual, a fin de que el ciudadano de a pie o los conductores tomen conocimiento de este tipo de violencia.

Realizar este trabajo es una labor del Estado que todos los ciudadanos deben apoyar. Asimismo, se debe tomar conciencia razonablemente, y dejar de lado los estereotipos y las asimetrías sociales. Se debe pensar en la igualdad, incompatible con una subordinación así de marcada, ya que esta violencia es la "madre de todas las violencias" que ya se conocen, y queda en cada uno poder cambiarla.

Es posible afirmar que la violencia simbólica es tan importante como otros tipos de violencia existentes y que no debe ser dejada de lado. Cuando se la ejerce, el dominante, en este caso, el padre de familia, utiliza su autoridad como un medio de dominación, y así el menor

de edad cree que todo lo que hace el padre es cierto y, por lo tanto, correcto. De esta forma, se crean estructuras en las que el grupo social valida el comportamiento, y ante las cuales ninguna de las partes, ni dominante ni dominado, muestran oposición.

Se debe resaltar que el machismo es un factor determinante en la relación del padre, el dominante, con el menor de edad, así como en la respuesta automática que este emite ante el accionar del padre. El rol de padre no da un derecho a tratar mal a un menor, ya sea mediante castigo físico o psicológico. Aquella violencia motiva a actuar de ciertos modos y limita cómo la persona puede aplicar la razón, naturalizando sin ver lo natural. Así, el padre ocupa una posición de superioridad y el hijo una de inferioridad mientras esté bajo las ordenes del primero.

El chicote como símbolo es el aspecto más importante de esta violencia simbólica. Aunque esta puede dar origen a violencia de carácter físico o psicológico, no se puede olvidar que en ambos casos la violencia simbólica ya habría estado presente previamente, pues, como se ha afirmado, es una violencia invisible y, por lo tanto, es muy difícil que el grupo social la pueda percibir, ya que este se acostumbra a tal modo o estilo de vida.

Debido a las razones expuestas, desde el derecho se debe regular este tipo de violencia, respecto de la cual actualmente existe un vacío normativo. Asimismo, no debe confundirse esta con la violencia psicológica: mientras que la violencia simbólica es invisible, la violencia psicológica se percibe, por lo que es muy fácil de identificar, sobre todo cuando el menor de edad la padece o sufre en carne propia.

Para finalizar, es labor del Estado fomentar la difusión de conocimiento sobre la violencia simbólica a través de la creación de programas y la difusión en medios de comunicación, en tanto una de sus labores fundamentales es ofrecer una buena educación, pilar fundamental para que las violencias cotidianas contra el menor aminoren y se pueda crear conciencia a tal punto que, a pesar de que no se pueda reducir por completo el índice de violencia contra el menor de edad, al menos se pueda reducir.

## REFERENCIAS

- Acosta, L. (2013). *Violencia simbólica: una estimación crítico-feminista del pensamiento de Pierre Bourdieu* (Tesis doctoral). Universidad de la Laguna, Tenerife, España. Recuperado de <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/81/Luc%C3%ADa%20Acosta%20Mart%C3%ADn.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Ansi3n, J. (1994). La interculturalidad como proyecto moderno. *P3ginas*, XIX(129), 12-20.
- Ames, P. (2013). *Entre el rigor y el cari3o, infancia y violencia en comunidades andinas*. Lima, Per3: Instituto de Estudios Peruanos.
- Benalc3zar, M. & Venegas, G. (2015). Micromachismo: manifestaci3n de violencia simb3lica. *UTCIENCIA*, 2(3), 140-149.
- Bourdieu, Pierre. (1996). *La dominaci3n masculina*. Par3s, Francia: La Teor3a.
- Comisi3n de Ayuda al Refugiado en Euskadi. (2009). Violencia machista. *Diccionario de Asilo*. Recuperado de <https://diccionario.cear-euskadi.org/violencia-machista/>
- Champagne, P.; Pinto, L.; & Sapiro, G. (2005). *Pierre Bourdieu, soci3logo*. Buenos Aires, Argentina: Nueva Visi3n.
- Decreto 520, Ley de igualdad, equidad y erradicaci3n de la discriminaci3n contra las mujeres. (2011, 17 de marzo). *Diario Oficial de El Salvador*.
- Guevara, A. (2009). *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la antropolog3a e historia del derecho*. Lima, Per3: Fondo Editorial Pontificia Universidad Cat3lica del Per3.
- Guzm3n, B. (2015). *La gesti3n del cuidado: una investigaci3n acci3n participativa con World Vision Per3 (2012-2014) para construir un instrumento de protecci3n de la ni3ez* (Tesis de maestr3a). Pontificia Universidad Cat3lica del Per3, Lima, Per3.
- Hecht, A. (2009). Ni3ez y desplazamiento ling3istico: reflexiones acerca del papel del habla en la socializaci3n de los ni3os tobas de Buenos Aires. *Anthropologica*, 27(27), 28-29.
- Heise, M.; Tubino, F.; & Ardito, W. (1994). *Interculturalidad: un desaf3o*. Lima, Per3: Centro Amaz3nico de Antropolog3a y Aplicaci3n Pr3ctica.
- Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familia. (2015, 23 de noviembre). *El Peruano*. Lima, Per3.
- Ley 26.485, Ley de protecci3n integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los 3mbitos en que se desarrollan sus relaciones interpersonales. (2009, 14 de abril). *Bolet3n Oficial*. Lima, Per3.

- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables & Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2016). *Entender para prevenir. Violencia hacia las niñas, niños y adolescentes en el Perú*. Recuperado de <https://www.unicef.org/peru/media/1896/file/Entender%20para%20prevenir.pdf>
- Provincia de Huaytará*. (2017). Recuperado de [www.huancavelica.com/provincias/huaytara/](http://www.huancavelica.com/provincias/huaytara/)
- Regiones políticas del Perú*. (2019). Recuperado de <http://carpetapedagogica.com/regionespoliticasdelperu>
- Ríos, C. & Palomino, R. (2016). *Violencia de género y embarazo adolescente*. Lima, Perú: Ministerio de Educación.

## EL DIFÍCIL CAMINO A LA CONSOLIDACIÓN DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE LA VIOLENCIA EN CONTRA DE LOS NIÑOS COMO NORMA DE *IUS COGENS*. EL CASO DE LOS NIÑOS MAPUCHES

María Lorena Rossel Castagneto<sup>1</sup>  
Universidad de las Américas  
Categoría Docentes

Asumirás la voz de un pueblo,  
y será la voz de tu pueblo,  
y serás, para siempre, pueblo.  
Vicent Andrés Estellés,  
“Propiedades de la Pena (II)”.

### Sumilla

El respeto de los derechos de los niños es, en la actualidad, uno de los grandes desafíos para el Estado, toda vez que constituye obligaciones *erga omnes*, derivadas tanto de la amplia adhesión que ha tenido la *Convención sobre Derechos del Niño* como del desarrollo progresivo de estos derechos de parte de tribunales y organismos internacionales, muchos de los cuales son órganos de control de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Dichas obligaciones son normas de *ius cogens*, y constituyen el núcleo duro de los derechos del niño; por tanto, el Estado no puede transgredirlas. Sin embargo, muchos de estos organismos internacionales han advertido que en Chile se ha vulnerado sistemáticamente los derechos de los niños mapuches, debido a la violencia desmedida que ejerce la policía contra dicha población, lo cual es inaceptable en el estado de desarrollo actual de los derechos humanos. El presente trabajo pretende precisar qué son las normas de *ius cogens*, para luego identificar el núcleo duro de los derechos del niño en lo relativo a la prohibición de violencia en contra de ellos, para finalmente demostrar que el Estado de Chile vulnera normas de la más alta jerarquía en el derecho internacional, como son las normas de *ius cogens*.

El creciente proceso de especificación de los derechos humanos ha traído consigo el reconocimiento de ciertos derechos esenciales respecto de grupos que se consideran vulnerables debido

---

<sup>1</sup> Abogada. Doctora en Derecho por la Universidad de Valparaíso. Académica de la Universidad de las Américas. Contacto: mrossel@udla.cl

a que están más expuestos a sufrir la trasgresión de sus derechos. Así, durante las últimas décadas los derechos de los niños se han desarrollado progresivamente, en especial gracias a la *Convención sobre Derechos del Niño (CDN)*, la labor del Comité de Derechos del Niño, y la doctrina y la jurisprudencia de tribunales internacionales e internos, de tal modo que muchos de los derechos enunciados en la Convención son normas imperativas de derecho internacional general o normas de *ius cogens*, que constituyen el núcleo duro de los derechos del niño. La universalidad e inderogabilidad de las normas de *ius cogens* les otorga la más alta jerarquía en el derecho internacional, por lo que su vulneración es sancionada con la nulidad de cualquier norma que se oponga a ellas y su incumplimiento genera responsabilidad internacional de parte del Estado. Sin embargo, esto contrasta con la realidad de muchos niños al interior de Estados que, si bien han ratificado la CDN, no cumplen con sus disposiciones. Dicha vulneración es más grave aun cuando proviene de órganos del Estado, por cuanto este tiene la función de garante de dichos derechos.

Si bien el Estado de Chile ha ratificado la CDN, informes de distintas instituciones internas, como el Instituto Nacional de Derechos Humanos, e internacionales, como el Comité de Derechos del Niño, han constatado que en Chile se ejerce violencia policial desmedida en contra de los niños mapuches, lo cual genera daños graves e irreparables en su salud, sin que el Estado sancione a los responsables de estos atropellos. En el avanzado estado de desarrollo progresivo de los derechos humanos hoy, resulta inaceptable que un Estado democrático viole sistemáticamente los derechos humanos de quienes debe proteger, por lo que es de suma importancia identificar cuál es el núcleo duro de los derechos de los niños, para determinar que la violencia policial que sufren los niños mapuches no solo constituye una vulneración a sus derechos fundamentales, sino una vulneración de derechos que son esenciales para la comunidad internacional en su conjunto.

El objetivo de este trabajo es definir las normas de *ius cogens* e identificar sus características, para luego describir los derechos del niño que constituyen este tipo de normas. Finalmente, se retratará la violencia que sufren los niños mapuches por parte de la Policía chilena, de tal manera que se derive que dichas acciones no solo constituyen una infracción a las normas de la *Convención de Derechos del Niño*, sino que además constituyen vulneración a normas imperativas de derecho internacional general.

### **Sobre las Fuentes del Derecho Internacional, las Normas de Ius Cogens y las Obligaciones Erga Omnes. Hacia la Determinación de Núcleo Duro o Irreductible de los Derechos del Niño**

Como señala Diez de Velasco (1991), la soberanía del Estado trae consigo los dos rasgos formales más característicos del derecho internacional contemporáneo: su voluntarismo y su relativismo. En efecto, el derecho internacional es eminentemente voluntarista, en el sentido de que las normas que lo componen resultan obligatorias en la medida en que hayan sido aceptadas por los destinatarios de las mismas, y ello no solo en cuanto a su creación jurídica, sino además en lo relativo a su aplicación. De esta característica del derecho internacional contemporáneo se desprende el otro rasgo fundamental, el relativismo, que implica que los Estados, en principio, solo resultan obligados por normas que hayan consentido libremente y, en general, “no se [encuentran] obligados por reglas que no han consentido” (Remiro, 2007, p. 40). Así, mientras mayor sea el número de Estados que ratifican un tratado, mayor será la obligatoriedad de este. Sin embargo, como manifestación de su soberanía, el Estado mantiene

la posibilidad de oponerse a la formación de una costumbre, formular reservas a los tratados o incluso derogar normas dispositivas generales mediante acuerdos particulares.

A su vez, Carrillo Salcedo señala lo siguiente:

Junto al clásico principio de la soberanía, ha aparecido otro principio constitucional del orden internacional contemporáneo: el de los derechos humanos. . . La innovación que en este orden de cosas introdujo la Carta de las Naciones Unidas - con la proclamación de la noción jurídica de la dignidad de todo ser humano y la afirmación del respeto universal de los derechos humanos, unida a la obligación de los Estados miembros de tomar medidas para la realización de dicho propósito. (1995, pp. 69-70)

Esta dinámica ha contribuido a que las organizaciones internacionales impongan límites a la discrecionalidad de los Estados, en especial gracias a la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, por medio de la adopción de tratados multilaterales de contenido normativo, que contribuyen a la determinación y precisión de las normas consuetudinarias, lo cual hace progresar el derecho internacional (Diez de Velasco, 1991, p. 67). Este tipo de tratados, como señala Carrillo Salcedo (1995), tienen la virtud de atenuar

la dimensión contractualista de los tratados, en la medida en que la regulación convencional sobrepasa la reciprocidad de derechos y deberes entre los Estados parte, ya que estos buscan la consecución de un interés común más que la satisfacción de intereses particulares. (p. 101)

Ello ha contribuido a erosionar y relativizar el principio de la soberanía del Estado, aunque en modo alguno este ha sido desplazado o eliminado (Carrillo, 1995).

Agrega Carrillo que “los derechos humanos han puesto de manifiesto que las obligaciones no derivan exclusivamente de la voluntad de los Estados. . . sino también de” principios generales del derecho, y así lo ha puesto de manifiesto la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre las reservas a la *Convención sobre Prevención y Sanción del Genocidio* de 1951, en la cual se expresó que tal instrumento contiene “principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorios para todos los Estados incluso al margen de todo vínculo convencional” (1995, pp. 102-103). En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en numerosas sentencias, como la relativa al estrecho de Corfú, del 9 de abril de 1949; la relativa al asunto Barcelona Traction, del 5 de febrero de 1970; la opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de África del Sur en Namibia, del 21 de junio de 1971; y la sentencia sobre asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra de Nicaragua, del 27 de junio de 1986.

De esta manera, como señala Carrillo Salcedo (1995), la CIJ, sin ignorar el papel del consentimiento del Estado en la creación de normas internacionales, ha ido elaborando una concepción de principios generales del derecho, que denomina *principios constitucionales del derecho internacional contemporáneo*, y los derechos humanos han sido terreno fértil para ello. En efecto, difícilmente puede encontrarse otra materia en la que se demuestre de manera tan clara “la manifestación de un consenso general de los Estados” (p. 103). Estos principios generales del derecho constan en tratados internacionales y en otros instrumentos, tales como las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, la *Carta de las Naciones Unidas* y la *Declaración Universal de Derechos Humanos* en el ámbito universal (Carrillo, 1995).

Por su parte, en el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha constatado la existencia de estos principios generales del derecho y le ha dado valor

a un instrumento no convencional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Opinión consultiva OC-10/89, denominada *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*<sup>2</sup>. Allí se constata lo siguiente:

La Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere materia de derechos humanos, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA. (1989, párr. 43)

En el mismo documento, se concluye que “la circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto” (párr. 47).

De lo anteriormente expuesto, surge la noción o postura doctrinal según la cual existe un núcleo duro de derechos fundamentales que son absolutos e inderogables, que estaría compuesto por un conjunto de principios que tienen vigencia incluso al margen de todo vínculo convencional (Carrillo, 1995). Este núcleo duro de los derechos fundamentales concretamente estaría contenido no solo en la *Carta de las Naciones Unidas*, la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, y la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, sino también en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* –artículo 4.2–, la *Convención Europea de Derechos Humanos* –artículo 15.2– y la *Convención Americana de Derechos Humanos* –artículo 27.2–. Los derechos que comprendería este núcleo duro serían el derecho a la vida; el derecho a no sufrir torturas ni penas, o tratos crueles, inhumanos o degradantes; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; y el principio de legalidad en materia penal (Carmona, 2011).

El fundamento para establecer un núcleo duro de derechos fundamentales, como señala Carrillo (1995), es ético. En ese sentido, radica en la necesidad de poseer ciertas leyes de humanidad o exigencias de conciencia pública –como señalan los preámbulos de las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, relativas a leyes de guerra–. Estas, progresivamente, han ido impregnando la doctrina y la jurisprudencia internacional, y se han elaborado nociones tales como *normas de ius cogens* y *obligaciones erga omnes*. Un ejemplo de cómo la jurisprudencia ha incorporado estas nociones es la opinión individual del juez Schücking, en la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional relativa al asunto Oscar Chinn, del año 1934, en la que sostuvo la existencia de normas de *ius cogens* “de tal modo que todo acto efectuado en contravención con una obligación imperativa es nulo de pleno derecho” (Carrillo, 1995, p. 107). Posteriormente la CIJ tuvo la oportunidad de referirse a ciertas consideraciones de humanidad contenidas en las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, y en la sentencia de 9 de abril de 1949, relativa al asunto del estrecho de Corfú, en la cual señala la existencia de “ciertos principios generales bien reconocidos, tales como elementales consideraciones de humanidad, más absolutos en tiempos de paz que en tiempos de guerra” (CIJ, 1948). Del mismo modo, cabe resaltar el extraordinario desarrollo que han tenido las normas de la *Carta de las Naciones Unidas*, tanto gracias a las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas como gracias a convenios internacionales, junto con el también extraordinario desarrollo normativo del derecho internacional humanitario en las Convenciones

2 Opinión consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989

de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales de 1977 (Carrillo, 1995). Tal como señala Carrillo, existe una “aceptación general de la noción jurídica de la dignidad intrínseca de todo ser humano” (1995, p. 107) que ha quedado de manifiesto en la jurisprudencia internacional, en convenciones e instrumentos internacionales que se refieren a ella, y que constituiría la principal fundamentación de los derechos humanos.

### **Hacia una Definición de las Normas de *Ius Cogens***

Como señala Antonio Remiro Brotóns (2007), la idea de *ius cogens* –que surge del *ius preceptivum*, al que se refería Francisco de Suárez en el siglo XVII– dejó el terreno doctrinal para adentrarse en la práctica de los Estados, y en los procesos de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional.

El primer instrumento codificador de las normas de *ius cogens* es la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, que señala lo siguiente:

Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario –“*aucune dérogation n'est permise*”, según el texto francés– y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. (1969, art. 53)

Del concepto acuñado en la *Convención de Viena*, se desprenden una serie de características de las normas imperativas de derecho internacional general, o normas de *ius cogens*, que permiten dilucidar si las normas de la CDN pueden considerarse parte del exclusivo grupo de normas a las que se les ha conferido esta categoría en el derecho internacional. Sin embargo, uno de los primeros problemas que se advierte respecto del concepto señalado es su falta de precisión, lo cual se debe probablemente a las dificultades para lograr acuerdo en su redacción, entre quienes preferían que la convención enumerara las normas de esta categoría y quienes se oponían a ello por temor a la petrificación de una materia esencialmente dinámica (Remiro, 2007).

En todo caso, las normas de *ius cogens* tienen un carácter excepcional, por cuanto constituyen un límite a la autonomía de la voluntad de los Estados, esto es, a su libertad contractual, autonomía que en el derecho internacional contemporáneo se ha configurado como uno de los atributos esenciales de la soberanía de los Estados. La existencia de este tipo de normas en el derecho internacional se ha justificado argumentando que protegen los derechos más elementales, los valores de la comunidad internacional en su conjunto, como ocurre con las normas relativas a los derechos humanos, o de una importancia tal que su no aplicación expondría a la humanidad a un grave peligro, como la norma que prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (Virally, 1997).

Como señala Carmona (2011), las normas de *ius cogens* han constituido “un particular régimen de tutela colectiva y de responsabilidad” (p. 378) del Estado por violaciones de estas normas, aunque no se ha desarrollado plenamente en el derecho internacional contemporáneo. Aunque resistidas por algunos, este tipo de normas responden a la necesaria complementariedad entre voluntad del Estado y obligatoriedad extrínseca. Como se señaló anteriormente, la existencia de las normas de *ius cogens* permite, de alguna manera, desplazar el principio de soberanía del Estado en pos de intereses y valores colectivos esenciales para la comunidad en su conjunto, lo cual genera obligaciones para todos quienes la componen, por tanto obligaciones *erga omnes*.

En el caso Barcelona Traction, la CIJ indicó sobre las normas con naturaleza de *ius cogens* que:

Estas obligaciones resultan, por ejemplo, del Derecho Internacional Contemporáneo de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y del genocidio, así como los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial. (p. 31)

Por su parte, señala Pastor Ridruejo (1992) que la doctrina —en especial Carrillo— también ha contribuido a precisar qué normas tienen el carácter de *ius cogens* por responder a un mínimo jurídico esencial que la comunidad internacional requiere para su pervivencia, como la existencia de los derechos fundamentales de la persona humana, el derecho de los pueblos a su libre determinación, la prohibición del recurso a la fuerza o a la amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales, la obligación pacífica de las controversias, la igualdad de status jurídico de los Estados y el principio de no intervención en los asuntos de los Estados.

De entre estos principios, destaca Carrillo Salcedo (1995) los derechos de la persona humana, que responden al proceso de humanización que ha vivido el derecho internacional contemporáneo, y, en especial, a la estructura esencialmente abierta y dinámica de las normas imperativas. Sin embargo, gracias a la estructura esencialmente dinámica de las normas de *ius cogens*, nada impide que surjan nuevas normas de imperativas de derecho internacional general.

### **Prohibición de ciertas Formas de Violencia, *Ius Cogens* y los Derechos del Niño**

Los derechos del niño forman parte del derecho internacional de los derechos humanos. En consecuencia, todo niño goza de ciertos derechos inherentes a su condición, así como de la protección que este grupo de normas le dispensa. Además, como sostiene Carmona Luque (2011), en la CDN es posible encontrar una norma imperativa de derecho internacional general, que consiste en la obligada invocación y ponderación específica de los derechos del niño en cualquier situación en donde pueda estar involucrado.

Uno de los primeros criterios que permiten identificar las normas de *ius cogens* en la CDN, según señala Carmona (2011), sería la atención al sufrimiento de las víctimas, esencial para determinar la universalidad y generalidad de las normas de *ius cogens*, que en el caso de los niños destaca cuando son víctimas de tratos inhumanos o degradantes, que incluyen a la esclavitud y a la tortura. En efecto, añade Carmona (2011), la atención al sufrimiento de las víctimas, al igual que la generalidad de las normas de *ius cogens* en el ámbito de los derechos humanos, impone obligaciones negativas respecto de las prácticas que implican un serio daño a las personas que las padecen. Así, prácticas tales como la esclavitud, la tortura, los tratos crueles o degradantes, y la discriminación o el genocidio no encuentran ninguna justificación por razones culturales, económicas o sociales, y no cabe ninguna duda sobre el carácter imperativo de su prohibición, lo cual constituye un elemento universal de identificación.

En lo que se refiere a los derechos del niño, se advierte claramente este criterio identificador, en especial, en los trabajos del Comité de Derechos del Niño sobre la violencia ejercida contra menores de edad. La condición particular del niño y su especial vulnerabilidad, sumada al criterio del sufrimiento de las víctimas, permite delimitar mejor las situaciones de violencia que podrían constituir normas de *ius cogens* (Carmona, 2011). Siguiendo con esta argumentación, Carmona (2011) sostiene que no existe ninguna duda respecto de que la prohibición

de la pena de muerte en menores de 18 años es una norma de *ius cogens*. La evolución que ha tenido esta prohibición en los distintos ordenamientos internos, instrumentos del derecho internacional humanitario<sup>3</sup> y otros instrumentos internacionales<sup>4</sup> refuerza esta idea.

Del mismo modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se pronunció sobre la prohibición de la pena de muerte respecto de menores de edad en el Asunto Terry Roach and Jay Pinkerton (CIDH, 1987). En dicha oportunidad el gobierno norteamericano sostuvo que no era parte de la *Convención Americana de Derechos Humanos* y que dicha convención no constituía derecho consuetudinario, puesto que “la mayoría de edad para efectos de la imposición de la pena de muerte no es una práctica uniforme de los Estados” (CIDH, 1987, párr. 38.g). A su vez, señaló que la CIDH solo podía analizar el caso a la luz de lo señalado en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, que los Estados Unidos sí habían adoptado.

Sin embargo, la CIDH consideró “que los Estados miembros de la OEA reconocen una norma de *ius cogens* que prohíbe la ejecución de menores de edad. Tal norma es aceptada por todos los Estados del Sistema Interamericano, incluyendo los Estados Unidos” (como se citó en Núñez, 2001, pp. 226-228). Sin embargo, tal como destaca Núñez (2001), en dicha oportunidad la CIDH estuvo de acuerdo con la posición de Estados Unidos respecto a que “no existe. . . una norma consuetudinaria en el derecho internacional que establezca la edad de 18 años como edad mínima para la imposición de la pena de muerte” (párr. 60). No obstante, hizo notar lo siguiente:

Dicha norma está emergiendo, en vista del número creciente de países que han ratificado la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y que debido a ello han modificado su legislación interna para conformarla a dichos instrumentos. (Núñez, 2001, p. 227)

Cabe hacer presente que en 2005 la Corte Suprema norteamericana, en el caso *Roper vs. Simmons*, declaró que era inconstitucional aplicar la pena de muerte en niños (Ragués i Vallès, 2009), con lo cual confirmó la universalidad de dicha norma, siempre que sea aplicada en el interior de los Estados, incluso por aquellos que no han ratificado los instrumentos internacionales que determinan su prohibición.

Posteriormente, la CDN, como instrumento universal, codifica en su artículo 37.a una norma de derecho internacional anterior, que cristaliza y transforma en una norma imperativa de derecho universal (Carmona, 2012). Cabe recordar que cuando un tratado multilateral recoge una norma que tuvo su origen en una costumbre de carácter general, pero que hasta entonces se encontraba en vías de formación –*in status nascendi*– dicho tratado tiene un efecto cristalizador respecto de esa costumbre. Dicha norma vuelta costumbre a través del proceso de cristalización vincula a todos los Estados que no se hayan opuesto a la de manera expresa a su creación como costumbre y a aquellos que sean parte de dicho tratado. Gracias a este efecto, se facilita la identificación de los elementos de la costumbre –*práctica y opinio iuris*– que aceleran su formación, perfilan su contenido y ámbito de aplicación, y contribuyen a unificar las prác-

3 Por ejemplo el *Convenio de Ginebra*, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949 –artículo 12– y sus protocolos adicionales.

4 Por ejemplo, el *Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos* –artículo 6.5–, las *Reglas de Beijing* y la *Convención Americana de Derechos Humanos* –artículo 4.5–.

ticas divergentes (Remiro, 2007). Así lo declaró la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte (1969). De esta manera la CDN, al recoger la costumbre que prohíbe la imposición de la pena de muerte en menores de 18 años, que se encontraba en vías de formación, la consolida, confirmando y fortaleciendo dicha norma, sin que se pueda luego discutir su obligatoriedad. Finalmente, cabe recordar las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos, que en el 103º periodo de sesiones, del 17 de octubre al 4 de noviembre de 2011, CCPR/C/IRN/CO/3, en el documento denominado *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del Artículo 40 del Pacto*, recomendó al Estado de Irán lo siguiente:

El Estado parte debe poner fin inmediatamente a la ejecución de menores y, además, modificar el proyecto de ley de investigación de delitos cometidos por menores, así como el proyecto de código penal islámico, con el fin de abolir la pena de muerte para las personas que hubieran cometido un delito cuando eran menores de 18 años. Debe también conmutar todas las condenas a muerte dictadas contra delincuentes que hubieran cometido un delito cuando eran menores de 18 años. (párr. 13)

Del mismo modo, el Comité de Derechos del Niño, en el documento denominado *Observaciones Finales sobre los Informes Periódicos Tercero y Cuarto de la República Islámica de Irán*, insta a dicho Estado a poner fin a la ejecución de menores de 18 años de edad. Ello confirma que la prohibición de la aplicación de la pena de muerte en niños menores de 18 años constituye una norma de *ius cogens* para el derecho internacional.

En segundo lugar, destaca Carmona (2011), también tendría el carácter de norma de *ius cogens* la prohibición de ciertas prácticas calificadas de la siguiente manera:

Formas contemporáneas de esclavitud, están el matrimonio precoz y forzado de menores de edad; el tráfico, venta o trata de niños; las calificadas como “peores formas de trabajo infantil”; la participación de menores de 18 años en conflictos armados; las prácticas tradicionales nocivas para la salud y el desarrollo del niño –tales como la mutilación genital femenina, la alimentación forzosa u otras–; etc. (Carmona, 2011, p. 393)

En dichos casos, de la labor que han realizado los órganos especializados de la Organización de las Naciones Unidas y el Comité de Derechos del Niño se desprende que existe un consenso generalizado en cuanto a condenar dichas prácticas, de manera que su prohibición constituiría normas de *ius cogens*.

En tercer lugar, sobre la prohibición de la tortura, y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, también existe reconocimiento doctrinal y jurisprudencial –sobre la base de la interpretación de instrumentos internacionales– en cuanto a que constituyen normas de *ius cogens*. Como destaca Aguilar (2006), *la Convención Contra La Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (1984) y *la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (1985), son dos instrumentos clave en dicha materia, ya que definen la tortura y, además, de ellos emana no solamente la prohibición de la tortura, sino además la obligación del Estado de prevenir, investigar y perseguir estos actos, que “tendrían naturaleza *erga omnes* y pertenecerían al *ius cogens* internacional” (Aguilar, 2006, p. 144). Agrega Aguilar que “no solo la doctrina, sino que diversos órganos e instituciones internacionales, se han pronunciado reiteradamente” (2006, p. 145) sobre el carácter de *ius cogens* de la norma que prohíbe la tortura. A modo de ejemplo, cita la decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

en el caso Furundzija, en el que el Tribunal configura la “prohibición de la tortura como una obligación *erga omnes* cuya vulneración otorga a cualquier otro miembro de la comunidad internacional derecho a solicitar su cesación” (Aguilar, 2006, p. 146):

La prohibición de la tortura se ha convertido en uno de los principios básicos de la comunidad internacional alcanzando la categoría de *ius cogens*, lo que la dota de un rango jerárquico superior, no pudiendo ser derogada por tratados o costumbres internacionales.<sup>5</sup> (Aguilar, 2006, p. 146).

Del mismo modo, se han pronunciado sobre el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura la Corte IDH, en el caso Tibi vs. Ecuador (2006) y en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala (2005). Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos reconoció el carácter de norma de *ius cogens* de la norma que prohíbe la tortura en el caso Al-Adsani vs. The United Kingdom, mediante la sentencia del 21 de noviembre de 2001. Del mismo modo, distintos tribunales nacionales han reconocido dicho carácter, por ejemplo en Norteamérica y en España, incluido el Tribunal Constitucional español y la Cámara de los Lores, que en numerosas sentencias han ratificado que la prohibición de la tortura constituye una norma de *ius cogens*.

Mediante una interpretación extensiva de este tipo de normas, Carmona (2011) también incluye entre las normas de *ius cogens* la prohibición de la violencia en contra de niños, en especial del empleo de castigos corporales.

Carmona sostiene que la prohibición de los castigos corporales respecto de niños constituye una norma de *ius cogens*, y ella se derivaría de la interpretación sistemática de varios instrumentos. En primer lugar, del “derecho de toda persona al respeto de su dignidad, de su integridad física y a gozar de igual protección ante la ley” proclamado en los tratados internacionales y, en especial en la CDN; en segundo lugar, de la interpretación del Comité de los Derechos del Niño en la *Observación general n.º. 8*, que define castigos corporales como “todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve” (2006, párr. 11); y, por último, debido a que el Comité de Derechos del Niño ha considerado los castigos corporales como denigrantes.

A ello, Carmona añade que “hay otras formas de castigo no físicas, pero igualmente crueles y degradantes y, en ese sentido, incompatibles con la Convención” (2011, p. 395). También el Comité de Derechos del Niño ha vinculado o identificado estas prácticas con la tortura o con actos crueles, inhumanos o degradantes, y otros órganos de vigilancia de tratados de derechos humanos han seguido el mismo camino, como el Comité de Derechos Humanos; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité contra la Tortura; y el Comité Europeo de Derechos Sociales. Se han pronunciado en el mismo sentido, en instancias jurisdiccionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte IDH, y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

El Comité de Derechos Humanos, en la *Observación general n.º. 20*, indica lo siguiente:

Es más, a juicio del Comité, la prohibición debe hacerse extensiva a los castigos corporales, incluidos los castigos excesivos impuestos por la comisión de un delito o como medida educativa o disciplinaria. A este respecto, conviene subrayar que el artículo 7 protege, en

5 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (Case IT-95-17/1, Judgement, 10-XII-1998): considerandos 148 a 150

particular, a los niños, a los alumnos y a los pacientes de los establecimientos de enseñanza y las instituciones médicas. (1992, párr. 5)

Del mismo modo, en la Resolución 2000/43, la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas “recuerda que el castigo corporal, incluido el de los niños, puede ser equivalente a un trato cruel, inhumano o degradante, e incluso a un acto de tortura” (2000, párr. 3).

Finalmente, como recuerda Nogueira (2017), la Corte IDH, en el Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complexo do Tatuapé” da FEBEM respecto de Brasil, del 30 de noviembre de 2005, determinó acerca de menores privados de libertad lo siguiente:

Están estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor. (párr. 13, como se citó en Nogueira, 2017, p. 428)

Para Carmona (2011), todas estas aportaciones demuestran que, en el derecho internacional, existe un rechazo a la violencia contra los niños, y concluye que la prohibición de los castigos corporales se encuentra inserta en una noción más amplia y general que prohíbe todo tipo de violencia contra los niños, la cual está en vías de convertirse en una norma de *ius cogens*.

En efecto, coincido con Carmona (2011) en el hecho de que si bien la prohibición de los castigos corporales se encuentra inserta en una norma más amplia y general que prohíbe la violencia contra los niños, esta aún no constituye por sí sola una norma de *ius cogens*. La CDN, en sus artículos 19 y 24.3, solo hace somera referencia a los malos tratos, y entrega a los Estados la facultad de adoptar las medidas para evitarlos: así, le otorga discrecionalidad para calificar en qué consisten los malos tratos y cómo evitarlos. Si bien el desarrollo posterior de la doctrina y de la jurisprudencia, así como las resoluciones de organismos internacionales previamente aludidas, hacen referencia a la conexión entre los castigos corporales, y la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, considero que ello no es suficiente para que se convierta en una norma de *ius cogens*, aunque el dinamismo de este tipo de normas y el desarrollo progresivo del derecho internacional podrían convertir la prohibición de los castigos corporales en normas imperativas, per se. Ahora bien, si ese maltrato constituye un trato cruel, inhumano o degradante, estaría inserto en la norma de *ius cogens* que prohíbe la tortura.

### **Violencia en contra de la Infancia Mapuche y Vulneración de Normas de *Ius Cogens* por Parte del Estado de Chile**

A pesar de que el Estado de Chile ha recibido sendas recomendaciones por parte de diversos organismos internacionales respecto de la situación que vive el pueblo mapuche en la Araucanía, se advierten pocos avances en cuanto a la situación de los niños que forman parte de esta etnia, quienes son víctimas de maltrato por parte de la Policía chilena.

Así, en 2003 se emitió el *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas*, presentado de acuerdo con la resolución 2003/56 de la Comisión. En dicho informe, el relator especial Stavenhagen constató lo siguiente:

A pesar de los esfuerzos realizados desde el retorno de la democracia al país, la población indígena sigue estando marginada del reconocimiento y la participación en la vida pública del país, como resultado de una larga historia de negación, exclusión socioeconómica y discriminación por parte de la sociedad mayoritaria. Chile aún no ha realizado una reforma constitucional ni ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales de 1989. (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2003, resumen)

Asimismo, Stavenhagen destacó los altos índices de pobreza y el bajo nivel de bienestar de los pueblos indígenas, que permanecían por debajo del promedio nacional, de tal manera que era posible constatar que las políticas asistenciales del Estado, hasta la fecha, habían resultado insuficientes para revertir dicha situación. Señaló además su preocupación por la falta de seguimiento y atención rigurosa a las necesidades de las comunidades indígenas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, lo que agrava su situación de vulnerabilidad y extrema pobreza, la cual es particularmente preocupante en el caso de los mapuches. Los porcentajes de indigencia y de analfabetismo entre la población indígena y, en particular, entre los mapuches, sobrepasan en más del doble la media nacional, y son particularmente elevados entre las mujeres y los niños. (2003, párr. 51)

No obstante, la principal preocupación del relator especial estuvo dirigida a la aplicación de la *Ley 18.314, Ley que Determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad*, (en adelante *Ley Antiterrorista*) contra el pueblo mapuche. Constató que, a pesar de que en Chile se estaba aplicando un procedimiento penal reformado, la *Ley Antiterrorista* modificaba en algunos aspectos dicho procedimiento: por ejemplo, devolvía ciertos elementos de secreto que poseía el antiguo procedimiento, forzaba la aplicación de la detención provisional y agravaba las penas por ciertos delitos (ONU, 2003). Además, en el considerando 36 se señala que cuando participa algún/a agente de la fuerza pública como posible responsable de un delito o como víctima, el proceso debe ser sustraído del fuero penal común y, por tanto, de la acción del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública, y pasar al fuero de los tribunales militares, donde será resuelto de acuerdo con sus propios procedimientos. Adicionalmente, hace alusión a la opinión de varios especialistas, que coinciden en lo siguiente:

Esta combinación entre nuevo procedimiento penal, ley antiterrorista y fuero militar establece una condición de vulnerabilidad del derecho al debido proceso, que afecta de manera selectiva a un grupo claramente identificado de dirigentes mapuche. Esto resulta preocupante, independientemente de la gravedad de los hechos en que hubieren estado involucrados, en lo que se refiere al respeto de su derecho a un debido proceso. (ONU, 2003, cndo. 37)

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño, en el 44º período de sesiones, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al artículo 44 de la convención, explicitó lo siguiente:

Lamenta que aún no se hayan incorporado en la Constitución disposiciones específicas que reconozcan a los pueblos indígenas y sus derechos. Expresa su preocupación por el alto grado de correlación entre la pobreza y el origen indígena y por la discriminación de hecho que siguen sufriendo los niños indígenas, en particular en la educación y la salud. El Comité celebra que se hayan adoptado medidas para establecer un programa de enseñanza bilingüe, pero observa que la cobertura y los recursos de éste son limitados y que siguen siendo altas las tasas de abandono. (2007, párr. 73)

Pero, sobre todo, señala su preocupación por la noticia “recibida de que jóvenes indígenas han sido víctimas de maltrato a manos de la policía” y “lamenta que no se haya presentado información detallada sobre [la situación de] los niños indígenas en el informe del Estado Parte” (2007, párr. 73). Finalmente, en el párrafo 74, hace recomendaciones a Chile para que “vele por que los jóvenes indígenas no sean víctimas de malos tratos a manos de la policía y adopte medidas preventivas y correctivas en los casos de presuntos malos tratos”. Asimismo, insta a que el Estado “tome debidamente en cuenta las recomendaciones adoptadas por el Comité tras el día de debate general en septiembre de 2003, sobre los derechos de los niños indígenas y preste especial atención a las recomendaciones presentadas en el informe de la misión realizada en Chile en 2003 por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas” (2007, párr. 74.e).

Luego se emitió el *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas* (ONU, 2009), donde indicó lo siguiente:

[Persisten] en Chile severas brechas de desigualdad en el goce de los derechos económicos y de la salud y educación de los pueblos indígenas. De acuerdo a la encuesta Casen 2006, todavía persiste en Chile una marcada discriminación en los ingresos entre personas indígenas y no indígenas, y desigualdades en la cobertura de seguros de salud y previsión. (párr. 8)

En cuanto a las alegaciones de violencia y maltrato policial que constató el relator anterior, Anaya mostró preocupación por el hecho de que “en algunos de estos allanamientos se ha denunciado uso excesivo y desproporcionado de armas de fuego y gases lacrimógenos, así como la existencia de golpes e insultos por parte de la policía en contra de la población indígena, afectando a mujeres, niños y ancianos” (ONU, 2009, párr. 42). Asimismo, resaltó la información recibida respecto de que la acción de la Policía ha tenido como resultado la muerte de jóvenes mapuches, como Matías Catrileo (enero de 2008) y Jaime Facundo Mendoza Collio (agosto de 2009). Asimismo, el relator especial manifestó preocupación por la aplicación de la *Ley Antiterrorista* para procesar y condenar a personas mapuches por delitos cometidos en un contexto de protesta social, y recomendó al Estado de Chile acoger la recomendación que le hiciera en 2017 el Comité de Derechos Humanos, de “adoptar una definición más precisa de los delitos de terrorismo de tal manera que se asegure que individuos no sean señalados por motivos políticos, religiosos o ideológicos” (2009, párr. 7), así como la recomendación que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial le hiciera en agosto de 2009 (2009, párr. 15), de contenido similar.

En 2014, Chile volvió a ser objeto de recomendaciones en el *Informe del Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo*, elaborado por Ben Emmerson, encomendado por el Consejo de Derechos Humanos en su 25º período de sesiones. En este se manifiesta la preocupación del relator respecto del

uso excesivo de la fuerza por agentes de Carabineros y la Policía de Investigaciones en redadas o allanamientos de las comunidades mapuches, y la detención de sospechosos, junto con la falta casi total de responsabilidad por los delitos de violencia excesiva contra los mapuches durante esos allanamientos. (ONU, 2014, párr. 14)

Asimismo, en el informe se advierte que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ya había señalado lo siguiente:

La aplicación de la Ley antiterrorista, y el uso indebido y excesivo de fuerza hacia miembros del pueblo mapuche, incluyendo niños, mujeres y ancianos, podría tener impactos negativos que afectarían y discriminarían a los pueblos indígenas más allá de los individuos sospechosos de haber cometido un delito.<sup>6</sup> (ONU, 2014, párr. 14)

Emmerson observó además la prevalencia de situaciones violentas que vulneran los derechos de los niños mapuches, las cuales ya habían sido documentadas por la CIDH en un comunicado de prensa emitido el 2 de agosto de 2012, en el cual se condenaba a la Policía por el uso desproporcionado de la fuerza (ONU, 2014). Según el relator, en el *Informe sobre la Violencia Policial en contra del Pueblo Mapuche 2009-2013*, se advierte que “el uso excesivo de la fuerza por Carabineros durante esos allanamientos al pueblo mapuche ha sido, hasta hace poco, habitual e incluso sistemático” (2014, párr. 72). En dicho informe, “el Observatorio Ciudadano documentó 70 casos en que Carabineros y la Policía de Investigaciones hicieron un uso excesivo de la fuerza contra de miembros del pueblo mapuche” (2014, pág. 17). Asimismo, constató que, en numerosas ocasiones, “fuerzas especiales armadas ingresaron a las comunidades, frecuentemente acompañadas de helicópteros y refuerzos, y dispararon armas de fuego no letales, no solamente contra hombres adultos sino también contra ancianos, mujeres, niños e incluso lactantes” (párr. 72), lo cual resultó en numerosos heridos. También se menciona, en el considerando 73, que llama la atención el uso de la fuerza excesiva e injustificada por parte de la Policía, lo que “constituye un delito penal que debe ser investigado”, ya que “las comunidades mapuches tienen igual derecho a ser protegidas por la legislación penal”. Al respecto el relator especial Emmerson (2014) concluyó que lo más alarmante era “la falta casi total de exigencia de responsabilidad por los delitos presuntamente cometidos por los agentes del orden” (párr. 74). Asimismo, hace referencia a la visita que hizo a “la comunidad Juan Catrilaf II, a la que ingresaron fuerzas especiales de Carabineros en octubre de 2009, buscando a un solo individuo desarmado” (párr. 76):

A pesar de que otros miembros de la comunidad que opusieron resistencia no llevaban armas, las fuerzas especiales dispararon numerosas armas de fuego contra la comunidad, hiriendo a 19 personas, incluidas tres mujeres y un bebé de 9 meses de edad, alcanzados por balas de plástico. Muchas de las víctimas fueron hospitalizadas; hay disponibles para la investigación registros independientes de sus heridas y tratamientos. (2014, párr. 76)

Entre otros incidentes que señala el relator especial, “se cuentan los disparos de perdigones de la Policía contra niños y adolescentes durante el desalojo del Hospital de Collipulli en julio de 2012” (2014, p. 18). Al respecto, Emmerson (2014) manifiesta su consternación, pues “a pesar de la gravedad del incidente, ni el jefe de Carabineros de la Araucanía ni el fiscal de Temuco parecían estar al tanto” (cndo. 77) de su ocurrencia, y tampoco consideraban que conocer estos hechos formase parte de sus responsabilidades. Finalmente, entre las recomendaciones que hace el relator especial al Estado de Chile, se señala lo siguiente:

El Relator Especial insta a las autoridades competentes a que investiguen las denuncias de abusos y violencia contra los pueblos indígenas por parte de agentes de la policía, que enjuicien y sancionen a los autores de esos actos, y que proporcionen indemnización a las

6 Véase también Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, 2012, párrs. 20 -21.

víctimas o sus familiares. Además, el Relator Especial exhorta a las autoridades competentes a que adopten las medidas necesarias para prevenir esos actos. (2014, párr. 95)

Asimismo, la Corte IDH (2014) constató la violencia policial desmedida en contra del pueblo mapuche, en especial, en contra de los niños de dicha etnia, en la sentencia del caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Este caso fue llevado a la Corte por la CIDH, ya que, según la Comisión, en dicho caso tuvo lugar la

violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.f, 8.2.h, 9, 13, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Patricia Roxana Troncoso Robles y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, debido a su procesamiento y condena por delitos terroristas, en aplicación de una normativa penal contraria al principio de legalidad, con una serie de irregularidades que afectaron el debido proceso y tomando en consideración su origen étnico de manera injustificada y discriminatoria. (2014, párr. 1)

Según la CIDH, “el caso se inserta dentro de un reconocido contexto de aplicación selectiva de la legislación antiterrorista en perjuicio de miembros del pueblo indígena mapuche en Chile” (2014, cndo. 85). Así, constata lo siguiente:

Las acciones de las fuerzas de seguridad del Estado (miembros de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigación) en este contexto de protesta social han dado lugar a alegaciones sobre abusos, violencia (física y verbal) o maltrato ejercidos en contra de los miembros del Pueblo indígena Mapuche (incluyendo niños, mujeres y ancianos) cuando realizan registros, allanamientos y ejecutan ordenes de aprehensión de sospechosos. (2014, cndo. 85)

En la sentencia la Corte IDH resolvió el deber del Estado de Chile de adoptar todas las medidas necesarias –judiciales, administrativas o de cualquier otra índole– para dejar sin efecto las sentencias penales condenatorias, por ser arbitrarias e incompatibles con la *Convención Americana*, vulnerar los principios de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia, así como por establecer “restricciones indebidas y desproporcionadas al derecho a la libertad de pensamiento y expresión y al ejercicio de los derechos políticos” (2010, párr. 421), además de la violación al principio de igualdad y no discriminación, y el derecho a la igual protección ante la ley, pues las sentencias condenatorias estaban fundadas en estereotipos y prejuicios en contra del pueblo mapuche (párrs. 421-422). Asimismo, decretó medidas de rehabilitación para las víctimas, de atención médica y psicológica, y medidas de satisfacción que consistieron en la difusión de la sentencia y el otorgamiento de becas de estudio a las víctimas, entre otras.

Por su parte, diversos órganos internos de protección de derechos humanos en Chile han constatado la sistemática violencia en contra de la infancia mapuche. En efecto, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), desde su creación en 2010, ha emitido informes en los cuales constata la situación que viven los niños de esta etnia. Además, entre los años 2011 y 2017, ha presentado ante el Poder Judicial al menos 133 denuncias por distintas formas de violencia ejercidas por Carabineros y la Policía de Investigaciones contra niños mapuches,

según indica el reportaje *La Niñez Marcada. Historia de Violencia Policial contra la Infancia Mapuche* (Balcazar & Mussa, 2017).

El informe anual del INDH de 2018 denunció nuevos casos de violencia desmedida contra niños mapuches, así como la necesidad de interponer recursos de amparo en los casos Lof Mapuche Mawidanche y Trapilwe, y el caso Lof Rankilko, recursos que fueron acogidos por la Corte de Apelaciones de Temuco. En ambos casos se vieron afectados niños mapuches que fueron víctimas del allanamiento y destrucción de sus hogares por parte de efectivos policiales.

Por último, a fines del año 2018 se produjo otro hecho que tuvo amplia difusión y provocó gran conmoción pública, en el que un comunero y un niño mapuche fueron víctimas de violencia policial excesiva: el denominado caso Catrillanca. El 14 de noviembre de 2018, Camilo Catrillanca recibió un disparo en la cabeza por parte de un Grupo de Operaciones Policiales Especiales de Carabineros, mientras se encontraba manejando un tractor en la comunidad de Temucucui junto a un niño de 15 años, de iniciales M. A. C. P. Catrillanca fue trasladado a un centro asistencial de la localidad de Ercilla, donde falleció. El menor de edad, principal testigo de lo ocurrido, fue detenido junto a otras tres personas por Carabineros, detención que fue declarada ilegal por el Juzgado de Garantía de Collipulli. Posteriormente, M. A. C. P. declaró haber sido víctima de golpes por parte de agentes de Carabineros, tras lo cual el INDH, en conjunto con la Defensoría de la Niñez, presentó el 22 de noviembre de 2018 una querrela criminal por las torturas a las que habría sido sometido el niño que iba junto a Catrillanca, por parte de los mismos efectivos que le dieran muerte al comunero mapuche. Tras ello el Juzgado de Garantía de Collipulli acogió la medida de protección solicitada a favor del menor: la prohibición de que agentes de Carabineros se acerquen a la víctima en términos violentos. Las primeras declaraciones de las autoridades mencionaban que Catrillanca habría tenido participación en un hecho delictual, que tenía antecedentes policiales y que se había opuesto a la detención, por lo que agentes de Carabineros habrían disparado haciendo uso de sus facultades. Sin embargo, la comunidad de Temucucui negó esta versión, afirmando que el Grupo de Operaciones Policiales —que fue llamado por los medios *Comando Jungla*— había entrado a la localidad disparando ráfagas de bala, sin mediar provocación alguna de parte de la población. Luego se dio a conocer que Catrillanca no tenía antecedentes policiales ni había participado en los hechos delictuales que la policía investigaba, y el subsecretario del Ministerio del Interior debió reconocer que, al parecer, la muerte de Catrillanca se habría tratado de un homicidio.

Este último caso da cuenta de que en Chile se producen actos de violencia contra la infancia mapuche, y que el Estado de Chile viola las obligaciones que ha contraído en materia de derechos humanos. Como se señaló anteriormente, la prohibición de la tortura, y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes es una de las normas de mayor jerarquía que existe en el derecho internacional —constituyen normas de *ius cogens*—, y la vulneración de normas de esta naturaleza constituye un hecho que compromete la responsabilidad internacional del Estado, y además vulnera valores que la comunidad internacional en su conjunto ha consagrado como esenciales.

### Conclusión

Como se ha señalado, los derechos de los niños forman parte del *corpus iuris* de los derechos humanos, que se encuentra plasmado en una serie de declaraciones y tratados universales y regionales. Muchas de estas normas, además, constituyen normas imperativas del derecho

internacional general, que obligan *erga omnes*, por cuanto constituyen los valores esenciales que la comunidad internacional ha querido preservar. Estas normas constituyen el núcleo duro de los derechos del niño, y es deber del Estado respetarlas: su infracción constituye un grave incumplimiento de sus obligaciones internacionales y compromete su responsabilidad internacional.

Por su parte, las violaciones a los derechos humanos en los casos señalados se producen respecto de niños indígenas, quienes conforman uno de los grupos más vulnerables del Estado. En efecto, la Corte IDH, respecto del caso Rosendo Cantú y otra vs. México, en su sentencia del 31 de agosto de 2010, ha señalado que “los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados”, adoptando medidas tales como la entrega de información y la implementación de procedimientos que se adapten “a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento” (párr. 201). Asimismo, indica que es deber del Estado, en caso de que los niños sean víctimas de delitos, respetar “su derecho a ser escuchados, garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos, y que las salas de entrevista sean un entorno seguro y no intimidatorio” (párr. 201). Finalmente, la Corte IDH señaló también en dicha sentencia que es deber del Estado intentar que los niños no sean interrogados mayor cantidad de veces de las que sean necesarias, para evitar su doble victimización y un posible impacto traumático.

Como se señaló anteriormente, la prohibición de la tortura, y de los tratos crueles inhumanos o degradantes, es una de las normas de mayor jerarquía que existe en el derecho internacional –constituyen normas de *ius cogens*–, y la vulneración de normas de esta naturaleza compromete la responsabilidad internacional del Estado, y además vulnera valores que la comunidad internacional en su conjunto ha consagrado como esenciales.

De todo lo anterior se sigue que el Estado de Chile no solo tiene la obligación de evitar que la violencia contra niños mapuche por parte de la Policía se siga repitiendo, sino que además debe velar especialmente por la protección de todos los niños indígenas en Chile, así como garantizar la reparación de las víctimas de esas graves vulneraciones de derechos que, para la comunidad internacional, son de la más alta jerarquía.

A modo de *lege ferenda*, puede afirmarse que el Estado de Chile no debe aplicar la *Ley Antiterrorista* contra el pueblo mapuche, pues como se ha señalado en los informes de los relatores especiales y el Comité de Naciones Unidas, esta se aplica de manera desproporcionada e indiscriminada, y afecta en muchos casos a menores de edad, tal como ocurrió en los casos a los que se ha hecho referencia en este trabajo. Además, en el caso Norin Catriman, la Corte IDH advirtió que el fallo que condenaba a los comuneros mapuches estaba fundamentado en razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios, lo cual vulnera principios del debido proceso, tales como el principio de legalidad, la garantía de presunción de inocencia, el principio de igualdad y no discriminación, y el derecho a la igual protección ante la ley. Si bien la Corte desestimó en este caso la sugerencia de la CIDH de reformar la *Ley Antiterrorista*, ya que había sido modificada con anterioridad al fallo –Ley 20.467–, la Corte IDH señaló que las condenas en contra de los comuneros mapuches habían sido arbitrarias e incompatibles con la *Convención Americana*, por lo que impuso al Estado de Chile la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para dejarlas sin efecto y disponer la libertad personal de las víc-

timas que aún se encuentran sujetas a libertad condicional, además de adoptar otras medidas de reparación.

El Estado de Chile debe, por lo tanto, generar un proceso de diálogo con la comunidad mapuche y evitar la represión, ya que el proceder hasta ahora empleado no ha resuelto el conflicto, sino que más bien lo ha agudizado. Con ello, se ha afectado a los sujetos más vulnerables de la comunidad mapuche, los niños, quienes viven en una situación de miedo permanente que impide su desarrollo holístico, tal como lo exigen la CDN y la Corte IDH. Para evitar este grave perjuicio a la comunidad mapuche, el Estado puede utilizar las herramientas que entrega la *justicia transicional*.

Para aplicar los principios de la justicia transicional, el secretario general de las Naciones Unidas recomienda la utilización de comisiones de verdad, como la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala, que se empleó para casos de actos de genocidio de las comunidades indígenas mayas, que afectaron la conservación de sus tradiciones y violaron sus derechos culturales, pues impidieron que la comunidad tuviera acceso, entre otros, a un nivel de vida digno.

Del mismo modo, en Chile se ha recurrido a la justicia transicional, como ocurrió con la Comisión de Verdad y Reconciliación, que declaró que uno de los colectivos más afectados durante la dictadura de Pinochet fue la comunidad indígena, y determinó reparaciones individuales y colectivas. También se sugiere implementar programas de reparación administrativa como el que aplicó Chile en el caso de exiliados políticos durante la dictadura.

En consecuencia, en Chile es totalmente factible buscar soluciones pacíficas, con tal que las autoridades dejen de utilizar mecanismos represivos contra del pueblo mapuche, y se lleve a cabo un profundo trabajo orientado a la paz y la reconciliación en la zona, como afirma el poeta Estellés (1971), “con la conciencia de no ser nada, si no se es pueblo”.



## REFERENCIAS

- Aguilar Cavallo, G. (2008). El principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, año 6, (1), 223-247.
- Briones, N. (2019, 8 de mayo). *INDH ha presentado 20 amparos constitucionales por violencia contra niños mapuches en la Araucanía*. Recuperado de <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-la-araucania/2019/05/08/indh-ha-presentado-20-amparos-constitucionales-por-violencia-contra-ninos-mapuches-en-la-araucania.shtml>
- Carmona Luque, M. del R. (2011). *La Convención sobre los Derechos del Niño: Instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid, España: Dykinson.
- Carrillo, J. A. (1995). *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid, España: Tecnos.
- Comisión de Derechos Humanos. (2000, 20 de abril). La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes [Resolución 2000/43].
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1987, 22 de setiembre). *Caso 9213*. Estados Unidos.
- Comité de Derechos Humanos. (1992, 10 de marzo). *Observación general n.º. 20, que reemplaza la Observación general n.º. 7, sobre prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles*.
- Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer. (2012, 12 de noviembre). *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1 a 19 de octubre de 2012)*, CEDAW/C/CHL/CO/5-6.
- Corte Internacional de Justicia. (1948, 25 de marzo). *Sentencia de la CIJ (Gran Bretaña vs. República Popular de Albania)*
- Corte Internacional de Justicia. (1970). *Barcelona Traction Light and Power Company (Bélgica vs. España)*.
- Diez de Velasco, M. (1991). *Instituciones de derecho internacional público* (Tomo I). Madrid, España: Tecnos.
- Equipo El Día. (2017, 14 de octubre). INDH alerta sobre la situación de violencia que viven los niños y niñas mapuches. *El Día*. Recuperado de <http://www.diarioeldia.cl/mundo/indh-alerta-sobre-situacion-violencia-que-viven-ninos-ninas-mapuche>

- Estellés, V. (1971). *Llibre de meravelles*. Valencia, España: L'Estel.
- Gómez, A. (2003). *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2018). *Informe anual 2018: Situación de los derechos humanos en Chile*. Recuperado de <https://www.indh.cl/destacados-2/informe-anual-2018/>
- Nogueira Alcalá, H. (2017). La protección convencional de los derechos de los niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Partes respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los derechos de los niños y adolescentes. *Ius et Praxis*, 23(2), 415-462.
- Núñez, M. T. (2001). *La prohibición de la pena capital a los menores de 18 años en el derecho internacional: ¿Un paso hacia la abolición universal de la pena de muerte?* Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831259.pdf>
- Observatorio Ciudadano. (2013). *Informe sobre la violencia policial en contra del pueblo mapuche 2009-2013* [Documento inédito].
- Organización de las Naciones Unidas (2003, 17 de noviembre). *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas* [conforme a la Resolución 2003/56. E/CN.4/2004/80/Add.3].
- Organización de las Naciones Unidas. (1969). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Nueva York.
- Organización de las Naciones Unidas. (2003, 23 de diciembre). *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas* [conforme a la Resolución 2003/56. E/CN.4/2004/80/Add.2].
- Organización de las Naciones Unidas. (2009, 15 de julio). *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior* [A/HRC/12/34].
- Organización de las Naciones Unidas. (2014, 10 de marzo). *Informe del relator especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*. [A/HRC/25/59/Add.2].
- Organización de las Naciones Unidas. (2015). *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales*. Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-13-05\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-13-05_sp.pdf)
- Pastor Ridruejo, J. (1992). *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales* (4ta ed.). Madrid, España: Tecnos.

- Remiro Brotóns, A. R. (1997). *Derecho internacional* (1era ed.), Madrid, España: McGraw Hill.
- Silva Balcazar, S. & Mussa, Y. (2017). *La niñez marcada. Historias de violencia policial contra la infancia mapuche* [Informe periodístico]. Recuperado de <https://www.eldesconcierto.cl/especiales/la-ninez-marcada/>
- Virally, M. (1997). *El devenir del derecho internacional. Ensayos escritos al correr de los años*. México: Fondo de Cultura Económica México.



## **QUINTA SECCIÓN**

### **VIOLENCIA CONTRA LA INFANCIA EN LA FAMILIA**



## EL DAÑO MORAL PRODUCIDO POR NO SER RECONOCIDO JURÍDICAMENTE POR EL PADRE BIOLÓGICO COMO HIJO O POR LA NO REVELACIÓN DE LA IDENTIDAD DEL PADRE BIOLÓGICO POR PARTE DE LA MADRE

*Ignacio Morales Galán*<sup>1</sup>  
Categoría Profesionales

### **Sumilla**

El objetivo principal de esta investigación es establecer si se ocasiona daño moral al hijo o hija de una familia monoparental cuando este no es reconocido por su padre biológico o cuando su madre biológica se niega a revelarle la identidad de dicho progenitor. Esta investigación se desarrolla desde el marco jurídico del derecho civil. En España no existen investigaciones que analicen el tema en profundidad, y no existe doctrina que afirme si existe o no dicho daño moral. Si bien el Tribunal Supremo ha afirmado en varias sentencias que existe daño moral cuando el padre, después de la realización de una prueba de ADN, se entera que su supuesto hijo biológico no lo es, estas no emiten un juicio de valor sobre el daño moral al hijo. Así, las preguntas que aquí se abordan son las siguientes: a) ¿Cuándo existe daño moral?; b) ¿la negación a reconocer a un hijo biológico produce daño?; si es el caso, ¿ese daño debe ser considerado daño moral?; c) ¿la negativa a revelar la identidad del padre biológico produce un daño?; si es el caso, ¿ese daño debe ser considerado como daño moral? Este trabajo plantea la hipótesis de que ambas circunstancias producen un daño moral en niños, niñas y adolescentes, pues los priva de un derecho fundamental, el derecho a la identidad.

Esta investigación, que se realiza desde el punto de vista del derecho civil, consiste en determinar si existe daño a niños, niñas o adolescentes cuando estos no han sido reconocidos jurídicamente por sus padres biológicos, y si ese perjuicio se puede clasificar como daño moral. Además, busca establecer si, de existir dicho daño, este provoca, a su vez, daños emocionales significativos en la vida de esos niños, niñas y adolescentes, en cuanto a su identidad y el desarrollo de su personalidad. Asimismo, se estudia si existe daño moral o maltrato psicológico en el caso de omisiones por parte de la madre biológica que resultan en negarle la identidad del padre biológico al niño, niña o adolescente. De hecho, en países como Dinamarca y Noruega se ha regulado jurídicamente la obligación de revelar la identidad del padre biológico por parte

---

<sup>1</sup> Doctorando por la Universidad de Barcelona. Abogado independiente.

de la madre biológica. Por otro lado, en Argentina se regula la inscripción en el registro civil de niños y niñas cuando estos son registrados con padre desconocido.

Respecto de ambos casos se analizará si la negación de un derecho fundamental produce un acto ilícito, ya que la negación consciente de este tipo de derecho produce un daño significativo a la persona, ya sea menor o mayor de edad, el cual debe resarcirse de forma económica.

### **El Daño Moral al Niño, Niña y Adolescente por el No Reconocimiento Paterno**

Para poder determinar si existe daño, si este es moral o, incluso, si existe maltrato psicológico en el hecho de que un progenitor no reconozca jurídicamente a su hijo biológico o en la no revelación de la identidad del padre biológico por parte de la madre, es necesario analizar exhaustivamente qué es el daño, qué es el daño moral y qué es el maltrato psicológico. De existir, también se debe preguntar si dicho daño produce secuelas reales en la formación de la personalidad del niño, niña o adolescente, y si estas han perdurado en la edad adulta.

Según la Real Academia Española, la definición de *daño* es “el efecto de dañar, es todo agravio producido a alguien o algo”. Esta clasifica el daño de diferentes formas; por ejemplo, define a los “daños y perjuicios” como “la compensación que se exige a quien ha causado un daño, para reparar este”. Además, cuando dicho daño produce un perjuicio, se lo califica como “el efecto de perjudicar, el detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien los causa y la indemnización que se ha de pagar por un perjuicio” (Daño, 2014).

Por otra parte, la Real Academia Española define *moral* como “perteneciente o relativo a las acciones de las personas, desde el punto de vista de su obrar en relación con el bien o el mal y su función de su vida individual y, sobre todo, colectiva”, “conforme con las normas que una persona tiene del bien y del mal” y “que concierne al fuero interno o al respeto humano, y no al orden jurídico” (Moral, 2014). Esta última definición es la más cercana a aquello que aquí se pretende investigar.

La profesora de Derecho Civil Yoleida Vielma Mendoza, de la Universidad de los Andes, ubicada en Mérida, Venezuela, afirma lo siguiente:

El derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el cual la víctima tenía un interés jurídicamente reconocido. Por lo tanto, lo que define al daño moral no es el dolor o los padecimientos, estos serán resarcibles en la medida que sean consecuencias de la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales, reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico. Y estos intereses, pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales. (2001, pp.1-2)

Por otro lado, el Dr. Eu. Marcelo Barrientos Zamorano conceptualiza el daño de otra manera:

Considerando la lesión de un interés jurídicamente relevante se puede llegar a la compensación del daño no patrimonial y no solo por el dolor o sufrimiento que se padece. La visión reduccionista del daño moral pertenece al pasado y debe ser superada, como ya lo ha sido en el Derecho comparado. Hoy el daño extrapatrimonial protege más allá del *pretium doloris* que es solo una especie del mismo. Así, si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad, debe ser indemnizada por daño moral. (2008, p. 85)

Además, el mismo Dr. Barrientos indica una acepción de daño moral que cuenta con gran influencia del derecho canónico:

Los autores del Código Civil francés, formados todos en la doctrina canonista intentaron supeditar la “responsabilidad civil” a la “responsabilidad moral”, lo que tuvo como consecuencia principal colocar a la “culpa” en el centro de la responsabilidad civil. La moral, al tener las nociones del bien y del mal, requiere la reparación del daño causado cuando medie culpa o dolo del responsable o autor del daño. (2008, pp. 86-87)

Hoy en día existe una nueva concepción sobre en qué consiste proteger la integridad física y psíquica del ser humano. De hecho, lo que califica como daño a una persona ha evolucionado a través del tiempo. Dicha evolución se ha producido debido a los acontecimientos ocurridos durante el siglo XX. Carlos Fernández Sessarego (2003) sostiene que este cambio se produjo gracias a los pensamientos de un grupo de filósofos importantes que en la primera mitad del siglo XX lograron coincidir en ideas que hoy en día son la base de nuestro derecho, “como la libertad, la coexistencialidad o la temporalidad”. Entre ellos, el autor menciona a Heidegger, Jaspers, Marcel, Mournier, Sartre, Zubiri, entre otros. (2003, p. 15)

Para llegar a la conclusión de si existe daño moral o no, se debe reflexionar sobre si existe similitud entre el daño moral (*pretium doloris*) y el daño a la persona, ya que ambos son modalidades genéricas que capturan una noción más específica del concepto de daño. Si el daño moral y el daño a la persona son ejercidos sobre personas, y no sobre cualquier objeto o cosa, estos tipos de daño producen dolor, sufrimiento y trastorno psicológico, aunque no sea de naturaleza patológica. Al producir un daño moral se perturba la estructura psíquica de la persona y se hieren sus sentimientos: “¿Y qué son los sentimientos? Pues, hasta dónde alcanzan nuestros conocimientos, ello constituye aspecto del psiquismo humano junto a lo intelectual y lo volitivo. A ese aspecto de la unidad psicósomática no se le conoce como moral” (Fernández Sessarego, 2003, p. 60). El daño moral debe quedar delimitado; no deben incluirse en él la contrariedad, la incomodidad, el desengaño, el desasosiego, la decepción, la angustia y el enfado, de mayor o menor intensidad, ya que cualquier ser humano puede experimentar estos últimos a lo largo de su vida.

En el caso de los niños, niñas y adolescentes de familias monoparentales no reconocidos jurídicamente por su padre biológico, para determinar si existe daño moral o incluso maltrato psicológico se debe señalar cuál es el bien jurídico protegido que ha sido vulnerado: el derecho a la identidad, el derecho al propio origen y/o la verdad biológica. Las acciones de todo ser humano producen obligaciones y derechos; en este caso, la obligación se sitúa en el momento de la concepción de dicho ser humano, quien no nace por decisión propia, sino producto de una decisión tomada consciente o inconscientemente por parte de sus progenitores. La obligación nace en el momento de concebir; desde ese momento los progenitores están obligados a cuidar a esa persona. En el momento del nacimiento de dicho ser humano las obligaciones se convierten en responsabilidad por parte de ambos progenitores: alimentarlo, cuidarlo, educarlo y decidir cuáles tareas deben ser compartidas. A la madre biológica le corresponde la obligación de alimentar a su hijo desde el primer momento de su nacimiento a través de la lactancia.

Tras el parto, el niño o niña queda inscrito en el hospital con el nombre y apellidos de la persona que da a luz, debido a que actualmente este no puede registrarse como un parto anónimo. Hasta 1999, la madre biológica podía mantener su anonimato cuando daba a luz, año en el que se suprimió el artículo 47 de la Ley del Registro Civil español por inconstitucional-

dad sobrevenida. Aquella situación daba derecho a no facilitar ninguna información al médico que le asistiera en el parto, y se constaba en el parte del parto a la madre como desconocida.

En dicho artículo se señalaba lo siguiente:

En la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria. No constando el matrimonio de la madre ni el reconocimiento por esta de la filiación, el encargado del Registro, sin demora, notificará el asiento personalmente a la interesada o a sus herederos. La mención de esta filiación podrá suprimirse en virtud de sentencia o por desconocimiento de la persona que figura como madre, formalizado ante el encargado del Registro, el cual lo inscribirá marginalmente. Este desconocimiento no podrá efectuarse transcurridos quince días de aquella notificación. La supresión de la mención será notificada del mismo modo al inscrito o, si hubiere fallecido, a sus herederos; en su caso, si el representante legal del inscrito no fuere conocido, esta notificación se hará al Ministerio Fiscal. (“Ley del Registro Civil”, 1957, art. 47)

En el antiguo artículo 167 del reglamento de la Ley de Registro Civil en España se reconocía el derecho de ocultación de la identidad de la madre biológica:

En el parte de nacimiento, además del nombre, apellidos, carácter y número de colegiación de quien lo suscribe, constará con la precisión que la inscripción requiere la fecha, hora y lugar del alumbramiento, sexo del nacido y menciones de identidad de la madre, indicando si es conocida de ciencia, propia o acreditada, y en este supuesto, documentos oficiales examinados o menciones de identidad de persona que afirme los datos, la cual, con la madre, firmará el parte, salvo si esta no puede o se opone, circunstancia que también se hará contar. El parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad. (“Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil”, 1958)

Tanto el artículo 47 de la Ley de Registro Civil como el artículo 167 del reglamento de la Ley del Registro Civil en España fueron suprimidos por inconstitucionalidad sobrevenida por la sentencia del Tribunal Supremo del 21 de septiembre de 1999 de España. El Tribunal Supremo “opta por la preferencia de la verdad material (la biológica) frente a la formal (el derecho), anteponiendo por tanto el derecho de los hijos a conocer sus antecedentes biológicos frente al derecho de la madre a ocultar su maternidad e identidad” (Pinto Andrade, s. f.). Así, esta sentencia declaró inconstitucionales las normas registrales que permitían la ocultación de la identidad de la madre en el parto, aun si decidiese dar el hijo en adopción. De ese momento en adelante, la identidad de la madre siempre debe constar en el Registro Civil (Pinto Andrade, s. f.).

Sin embargo, lo interesante de esta situación es que el padre biológico no comparte dicha obligación jurídica; puede permanecer oculto sin incurrir en un acto inconstitucional. Además, la madre no está obligada a revelar la identidad del padre en el momento del nacimiento, si no desea hacerlo. Se entiende que la revelación de la identidad del padre produciría obligaciones legales con respecto al hijo desde ese momento, y si eventualmente resultase que ese no fuese el padre biológico, ello podría ocasionar perjuicios; no obstante, es la única forma de garantizar el derecho del niño a tener una identidad desde el momento de su nacimiento.

### **La dignidad de la persona**

En la Constitución Española, al señalar los derechos fundamentales, se afirma lo siguiente:

La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. (1978, art. 10.1)

La profesora María Corona Quesada señala lo siguiente:

La dignidad de la persona constituye la esencia del ser humano y comprende: 1.º por una parte aquello que es atributo propio de su existencia antropológica y le distingue de otros seres vivos; y 2.º, por otra parte, lo que diferencia a cada hombre de los demás, incidiendo, pues, en lo que cada persona es, su individualidad. (1994, p. 247)

La esencia del ser humano hace que cada individuo sea diferente de otro: independientemente de los cambios superficiales que atraviese una persona, su esencia se mantiene intacta. Lo que verdaderamente constituye a un ser humano no es su aspecto físico o su apariencia, sino la esencia que está formada por los sentimientos que este construye de forma individual. Así, cada ser humano siente de manera diferente, tiene su propia reflexión y conciencia, y es consciente de que esa diferenciación del resto de personas le es transmitida a través de sus progenitores y de todos sus antepasados. La individualidad de la persona está dada por sus propias vivencias, adquiridas durante su desarrollo personal. Su ADN lo diferencia del resto de personas, con quienes solo comparte el hecho de ser un ser humano.

Por lo tanto, la historia de cada persona no comienza en el momento del nacimiento, sino en el de la unión del óvulo y el espermatozoide que dan vida a un nuevo ser. No se puede olvidar que la transferencia de cromosomas produce un ser completamente único que, sin embargo, poseerá rasgos y comportamientos que los ligan a sus progenitores. De ahí que sea esencial para cualquier ser humano pensar sobre su historia individual, y poder saber sobre su verdadera procedencia genética y su filiación (Quesada, 1994, p. 247). Es importante saber no solo los datos genéticos sino de qué individuos los recibió, para así poder completar su verdadero árbol genealógico.

### **El libre desarrollo de la personalidad**

La naturaleza del derecho al libre desarrollo de la personalidad es proteger la realización del proyecto vital que tiene el ser humano como ser autónomo e individual, proyecto vital en el cual podrá ejercer los derechos inviolables que le son inherentes para poderse formar como persona. Al respecto, surge la siguiente pregunta: ¿es necesario conocer el propio origen biológico para poder tener un buen desarrollo de la personalidad? Ello tendrá distinta relevancia de acuerdo con la historia personal de cada individuo. Nadie que tenga un padre y una madre se preguntará por quiénes eran sus padres, porque siempre ha sido claro para ellos. No obstante, para una persona que no sabe cuál es su origen biológico, a lo largo de toda su vida habrá momentos en que se pueda despertar el interés por dicha búsqueda, seguramente debido a la intranquilidad que le genera ese desconocimiento que ha sido asumido durante años, pero ha estado latente durante toda su vida.

La profesora Quesada (1994) señala que el derecho al conocimiento de la verdadera filiación es parte del derecho de la personalidad, pues ese conocimiento entraña los principios constitucionales fundamentales, que dignifican a la persona y facilitan el libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, entiende dicho conocimiento en dos planos, el material y el espiritual: averiguar la filiación y generar obligaciones a los padres con respecto a los hijos para el

sustento en la vida se encuentra en el plano material; el plano espiritual, más bien, potencia el libre desarrollo de la personalidad mediante el apoyo y afecto del padre, o, si no se produce ese contacto, con obtener un testimonio respecto de su propia identidad, ya que saber el propio origen es el objetivo de cualquier desarrollo de la identidad de una persona (Quesada, 1994).

Asimismo, Quesada (1994) señala que la identidad se completa cuando se constata jurídicamente la filiación que implica la atribución de los apellidos. Dicho signo es el más evidente marcador de pertenencia a una familia, y puede aclarar el árbol genealógico y dar constancia de la verdadera ascendencia familiar.

### **Los daños a la identidad personal**

De acuerdo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia del 13 de febrero de 2003 sobre el caso *Pascale Odièvre vs. Francia*, el derecho a la identidad y el derecho a la personalidad son derechos fundamentales reconocidos internacionalmente, y ambos forman parte del derecho a conocer el propio origen biológico. La parte actora sostuvo que su solicitud de información sobre aspectos puramente personales de su historia y de su infancia entra dentro del campo de aplicación del derecho europeo, y que el derecho francés que guarda la confidencialidad o el secreto de los datos de la madre viola el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Ante ello, el tribunal estimó lo siguiente:

Artículo 8 del Convenio “(apartado 29 de la sentencia *in fine*). Como el tribunal ya ha reconocido que el derecho al respeto de la vida privada incluye el derecho al desarrollo de la personalidad y crecimiento personal conmovedor a la identidad fundamental de la persona, la cuestión del acceso a sus orígenes constituye un elemento esencial de la privacidad protegida por el artículo 8 de la Convención, que determina, como reconoce el Tribunal. Incluso en caso de adopción, la posibilidad de tener acceso a sus orígenes, y poder rastrear los elementos de su historia personal de libertad y, por lo tanto, de dignidad humana, que está en el corazón de los derechos humanos garantizado por la Convención. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDDHH], 2003, p. 40)

En la misma sentencia se expone que la búsqueda que realiza la “demandante no trata de cuestionar la existencia de su filiación adoptiva sino conocer las circunstancias de su nacimiento y de su abandono” (TEDDHH, 2003, p. 40), lo que se traduce en conocer la identidad de los padres biológicos y de los hermanos, lo cual está enmarcado en el derecho a la vida privada. Asimismo, se afirma que las personas “tienen un interés primordial protegido por el Convenio en recibir informaciones que necesitan conocer para comprender su infancia y sus años de formación” (p. 40). En la misma sentencia, el TEDDHH recuerda a los Estados que deben garantizar el artículo 8 de la Convención, y advierte que la mayoría de los Estados firmantes “no prevén la obligación de declarar el nombre de los padres biológicos en el momento del nacimiento” (p. 41), mientras que en otros tiene lugar el abandono de niños que son considerados producto de alumbramientos anónimos.

El tribunal indica que la protección de la madre no puede imponerse “sobre el derecho de alguien que nada pudo hacer para evitar el conflicto, pues no estaba en su decisión nacer o no” (TEDDHH, 2003, p. 42). Además, deja constancia de que “se ha demostrado que los niños adoptados experimentan a menudo como una forma de deber la búsqueda de sus padres biológicos. El niño... que no puede acceder a sus orígenes familiares, de la forma que sea, es puesto en una situación de sufrimiento en la que corre el riesgo de padecer secuelas” (TEDDHH,

2003, p. 42, como se citó en Durán García, 2004, p. 1396). Asimismo, esta sentencia pone de relieve que el derecho a la identidad, como una condición esencial del derecho a la autonomía y al desarrollo de la personalidad, forma parte del núcleo duro del respeto por la vida privada.

Por otro lado, el TEDDHH, en el caso Odiévre, analizó el riesgo de padecer secuelas consecuencia de la imposibilidad de conocer los orígenes biológicos. Las secuelas son signo de que se ha producido un daño en la persona, el cual se debería analizar y cuantificar en cada caso. La filiación es la relación biológica, no jurídica, que existe entre un hijo y sus progenitores. El derecho a la identidad corresponde a cada persona por ser un sujeto individual que está formado por la identidad que sus progenitores le traspasaron genéticamente, lo que hace que dicho sujeto sea único.

La identidad está compuesta por diferentes elementos: el nombre, los apellidos, la nacionalidad y la identidad de género, así como el derecho a conocer los orígenes. Estos elementos son reconocidos por diferentes leyes internacionales, europeas y estatales, como lo son la *Convención de Derechos del Niño*, la *Convención de Derechos Humanos* y la Constitución española.

El daño en el plano jurídico se ocasiona con la lesión que se produce a un bien jurídico protegido. Cuando los progenitores le niegan a un niño o niña la posibilidad de conocer su propio origen o la filiación que le es atribuida por nacimiento, vulneran el bien jurídico protegido, el cual consiste en el derecho a conocer el propio origen y el derecho a la identidad, es decir, el derecho a saber la verdad biológica sobre quiénes son sus progenitores y el derecho a tener una filiación.

### **La verdad personal como interés existencial jurídicamente protegido**

La esencia, principal identificativo de la personalidad humana, es dada a través de la genética transferida por nuestros progenitores. Por medio del ADN quedan reconocidos los ascendientes y descendientes como signo de identificación de cada persona, y a la vez quedan identificados dentro de un grupo de personas al que pertenece. El legislador reconoce que el vínculo familiar entre el padre, la madre y el hijo se debe reglamentar a través de la investigación cromosómica de los genes de estos. Esta se realiza con la clara intención de averiguar quiénes aportaron material genético en la concepción de ese nuevo ser, y fueron separados de él antes o después del nacimiento.

Hoy en día no resulta difícil averiguar quién es el verdadero progenitor. A diferencia de lo que ocurría en el pasado, actualmente a través del ADN es posible demostrar, con un alto índice de probabilidad, la similitud genética entre dos individuos. Existen diferentes pruebas para poder llegar a esa conclusión. La prueba mitocondrial es realizada para poder determinar si dos mujeres son madre e hija, o si pertenecen a la misma rama genética, por el lado materno. Esta prueba podría hacerse entre abuelas maternas y probables nietas, y puede realizarse única y exclusivamente entre personas pertenecientes al género femenino. Para que las pruebas de ADN tengan un alto porcentaje de probabilidad es necesario que participen en dicha prueba no solo el supuesto padre biológico sino también la madre biológica.

### **El daño emocional a los niños, niñas y adolescentes a consecuencia de la no revelación de la identidad del progenitor**

El reconocimiento de un derecho fundamental (el derecho a la identidad y el libre desarrollo de la personalidad) debe ser garantizado con la finalidad de que todas las personas puedan

formar su identidad libremente y desarrollen su personalidad desde niños. Todos los seres humanos se preguntan por su existencia alguna vez en sus vidas; por esa misma razón, “uno debe saber de dónde viene para saber a dónde va”. Según Fernández Sessarego, la identidad es “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. . . Es todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’” (1992, p. 113).

Desde que el mundo es mundo, el ser humano ha indagado sobre diversos aspectos de la historia de las civilizaciones antiguas, entre ellos la cultura y la raza, y actualmente cualquier descubrimiento de restos humanos antiguos pasa por un análisis de ADN. Es inherente en el ser humano la búsqueda de la historia; por esa razón, no es de extrañar que las personas que no conocen sus orígenes biológicos tengan la necesidad natural de conocer sus raíces, su verdadera esencia como personas únicas en el mundo.

Dado que un bien jurídico protegido se vulnera al no revelar la identidad del progenitor, el derecho de la madre a ocultar su identidad se declaró inconstitucional en España en 1999. Si es inconstitucional que la madre biológica esté oculta, ¿por qué el padre puede seguir en el anonimato?

El daño que produce la no revelación de la identidad del progenitor no es igual para todos, ya que cada ser humano siente y padece de forma diferente, pues tiene una identidad propia formada por lo vivido a lo largo de su existencia. Sin embargo, si uno se pregunta si las circunstancias de su vida le hicieron pasar por una incansable angustia constante en búsqueda de su verdad biológica, ¿serían estas circunstancias catalogadas como un daño producido a su persona? O, por el contrario, ¿es que no se causa ningún tipo de daño por no revelar la identidad del progenitor?

### **El concepto de maltrato psicológico**

Entre los diferentes tipos de maltrato, se encuentra, en el ámbito familiar, el maltrato psicológico, definido como el comportamiento inadecuado o intolerable de ambos padres. Al respecto, María Ignacia Arruabarrena señala lo siguiente:

Las situaciones de desprotección se definirían de esta forma como aquellas en que hay un comportamiento inadecuado de los adultos que ha provocado o potencialmente puede provocar un daño significativo en el niño. Tal comportamiento puede producirse de diferentes formas –por acción u omisión– y puede ser de índole física o psicológica. En función de la tipología específica de la que se trate, el peso de cada uno de los dos componentes –comportamiento parental y daño en el niño– varía. Como puede observarse, la definición de desprotección no hace referencia a la intencionalidad del comportamiento parental. (2011, p. 28)

Arruabarrena (2011), de la Universidad del País Vasco, señala que entre el comportamiento y las consecuencias debe existir un nexo causal, y define cómo debe establecerse el límite que existe entre un comportamiento parental inadecuado y uno intolerable: este último conlleva una verdadera desprotección infantil. La administración debe intervenir solo cuando existe un comportamiento intolerable en la intimidad de la familia, para preservar el bienestar y proteger al niño. De hecho, señala lo siguiente:

El caso de España. . . el artículo 172.1 del Código Civil y el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se refieren a las situaciones de desprotección infantil como situaciones de riesgo y desamparo, definiendo de forma muy genérica. Lo mismo sucede con la mayor parte de legislaciones autonómicas en esta materia. (Arruabarrena, 2011, p. 28)

Esta forma genérica de definirlo hace que no siempre la administración tenga la facilidad de ejercer su potestad para intervenir en todas las situaciones de desprotección. Existe un concepto generalizado que define la desprotección infantil, para la cual deben existir dos elementos: el comportamiento del adulto y las consecuencias en el niño. Además, estos dos elementos deben tener un nexo causal (Arruabarrena, 2011), y las consecuencias en el niño deben producir en él un daño significativo. Este daño puede ser causado por una acción u omisión, y puede producir daños físicos o psicológicos.

Arruabarrena señala lo siguiente:

Es importante tomar en consideración que la determinación de si existe desprotección no requiere que el comportamiento parental haya producido necesariamente un daño constatable en el menor (*demonstrable harm*) —sea a nivel físico, cognitivo, social o emocional—. La definición de desprotección incluye también (a) la consideración de que el comportamiento parental coloca al niño en peligro (*endangerment*) de sufrir un daño significativo aun cuando este no se haya producido, y (b) situaciones en que el comportamiento parental es tan extremo, inherentemente traumático o inadecuado en su naturaleza que puede asumirse que se ha producido un daño emocional significativo, incluso aunque el niño pueda no mostrar signos obvios de daño ni a nivel físico ni comportamental (US Department of Health and Human Services, 2009). (2011, p. 28)

Asimismo, de acuerdo a Arruabarrena (2011):

McGee y Wolfé presentaron en 1991 una revisión de lo que diferentes investigadores establecían en ese momento como daño psicológico:

- daño emocional serio (por ejemplo, retraimiento extremo, agresión o ansiedad);
- daño emocional serio manifestado en ansiedad severa, depresión, retraimiento, o agresión intensa hacia sí mismo o hacia otros;
- daño en la capacidad intelectual o psicológica del niño manifestada en una limitación observable y sustancial en su capacidad para funcionar en el nivel normal de rendimiento y conducta esperable en su contexto cultural; y
- diagnóstico de desviaciones en el desarrollo general, emocional o comportamental en grado suficiente como para resultar imprescindible una intervención para garantizar la seguridad y bienestar del niño.

El carácter general de estas definiciones vuelve a aparecer en la revisión más reciente de Baker (2009):

- limitación en el desarrollo de las competencias del niño;
- funcionamiento psicológico o desarrollo dañado;
- daño inmediato o a largo plazo en el funcionamiento comportamental, cognitivo, afectivo, social, psicológico o físico del niño;
- daño en la autoestima del niño, degradación de sus sentimientos de competencia y pertenencia, e impedimento de un desarrollo sano y vigoroso;
- daño psicológico y restricción a la superación por parte del niño de logros evolutivos importantes; y
- daño o reducción sustancial de las capacidades potenciales del niño a nivel cognitivo, intelectual, perceptivo, lingüístico, en su memoria, atención y sentido moral. (Arruabarrena, 2011, p. 28-29)

¿Puede la desprotección infantil inadecuada provocar daños significativos en los niños, o solo la desprotección infantil intolerable puede tener esas consecuencias? La presente investigación tiene como objetivo determinar si la vulneración de un derecho fundamental como el derecho a la identidad y el libre desarrollo de la personalidad, y el derecho a conocer los orígenes biológicos, por el hecho de la no revelación de la identidad del padre biológico por parte de la madre al hijo de familia monoparental supone un comportamiento inadecuado de la madre. ¿Puede ese comportamiento parental provocar un daño emocional significativo en el hijo? Esta pregunta suscita la reflexión sobre si existe un nexo causal entre el comportamiento de la madre al negarse a revelar la identidad del padre biológico y un posible daño emocional en el hijo. ¿Existe desprotección infantil? ¿Existe maltrato psicológico?

### **El daño moral derivado de la ocultación de la paternidad**

El descubrimiento de que el hijo que uno creía biológico no lo es produce un daño en la persona, denominado daño moral, ocasionado por la angustia emocional o el sufrimiento psíquico que ha tenido que soportar el que se suponía era el padre. La única forma en la que la jurisprudencia ha resarcido ese perjuicio ha sido mediante el pago de una indemnización económica por daño moral.

La sentencia 466/2007, del 5 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Valencia de España, valora ese perjuicio:

Partiendo de estos dos informes, corroborados por el diagnóstico de doña Virginia, estimamos que ha quedado probado el padecimiento que ha sufrido el demandante como consecuencia del conocimiento de la no paternidad de los 3 menores que creía sus hijos, y la pérdida de su contacto, y de los lazos afectivos que mantenía con ellos, que según todos los facultativos que han depuesto, genera un sufrimiento que puede ser superior al de la muerte de los menores al no poder elaborar el duelo como respuesta a la pérdida sufrida. . . . El daño moral se sustantiviza para referirlo a dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece. . . 2º) Puede ser también aspecto integrador de ese daño moral, cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito, o por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que pueden quedar ciertas personas por las lesiones por la muerte de sus parientes más cercanos, por ejemplo, en el supuesto de una relación parental intensa, la pérdida del padre con respecto a los hijos, o a la inversa y demás parientes, o incluso, a veces, por relaciones de propia amistad o convivencia, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudo-parentales. (Audiencia Provincial de Valencia, 2007)

El Tribunal Supremo de España señala en la sentencia 217/2012 del 13 de abril que la Jurisprudencia de la Sala Civil sección 1ª señala lo siguiente:

Que el daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido”. (Tribunal Supremo de España, 2012, fundamento 5)

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de España califica como daño moral el sufrimiento psíquico o espiritual, la tristeza, la desazón o la inquietud. A pesar de que no generaliza, afirmando por ejemplo que a todas las personas les produce el mismo daño, sí afirma que a algunas personas ciertas conductas les pueden producir un daño significativo. Por otro lado, no existe un baremo que valore económicamente la cantidad de indemnización adecuada para resarcir el daño moral, pero la doctrina equipara “los daños sufridos por el descubrimiento de la verdad biológica con la pérdida de un ser querido” (Tribunal Supremo de España, 2012, fundamento 2).

La jurisprudencia en España hace referencia al daño sufrido por el descubrimiento de la verdad biológica por parte del que se creía padre biológico y no lo es. Ello hace que uno reflexione sobre si el padre sufre un daño moral ante dicho descubrimiento. Ahora, ¿podría sufrir tristeza, desazón o inquietud el hijo que no puede acceder a la identidad del padre por la negación de la madre a revelar la verdad biológica? Además, si ese sufrimiento quedase demostrado, ¿habría sufrido ese niño o niña un daño?

### **Los sentimientos que provoca el abandono de los progenitores**

Usualmente, una persona adoptada manifiesta un sentimiento de agradecimiento hacia sus nuevos padres por haber cuidado de él; de la misma manera, muchos niños de familias monoparentales sin reconocimiento paterno poseen ese mismo sentimiento de gratitud hacia la madre por el hecho de haberlos criado ella sola. En ambos casos, también tiene lugar el sentimiento de abandono, que se agrava ante la falta de respuestas sobre por qué fueron abandonados. Como señala la Dra. Ana Berástegui, “el sentimiento de abandono (o sentimiento de pérdida) suele estar presente en las personas adoptadas, y frecuentemente, es un sentimiento que les acompaña gran tiempo de su vida” (2012, p. 60).

Asimismo, Berástegui (2012) relata que el sentido de abandono de un niño adoptado produce inseguridad y miedo a cualquier otro abandono que se pueda volver a producir a lo largo de su vida, desde ser rechazado tras una discusión con amigos hasta ser abandonado por sus propios hijos tras un enfrentamiento con ellos.

El conflicto de lealtad está presente en ambos casos: no se desea defraudar a los padres adoptivos o a la madre biológica al emprender la búsqueda por los padres o el padre biológico, respectivamente. En este último caso, dicho conflicto se ve reflejado en el sentimiento de protección que adopta el hijo hacia la madre para evitarle el sufrimiento de recordar heridas cicatrizadas.

El sentimiento de resiliencia, en palabras de Berástegui, “es la capacidad de sobreponerse de cualquier dificultad que se presente en la vida, sin ser debilitado por ello, sino, al contrario, ser fortalecido” (2012, p. 64). Asimismo, la resiliencia suele encontrarse en personas adoptadas, y en personas que han nacido y crecido con el abandono del padre biológico. Cuando este tipo de personas se enfrenta a situaciones graves en la vida de las que cualquier otra persona estaría muy afectada, ellos lo manifiestan enfrentándose a esa situación con cierto sentido de humor (Berástegui, 2012). No son personas frías o insensibles; sencillamente tienen la capacidad de enfrentarse al problema con la fuerza y positividad necesaria para hacerle frente.

Todos los sentimientos que van unidos al hecho de que las personas han sido abandonadas por sus progenitores cuando eran niños forman parte de las habilidades de supervivencia del ser humano. Sin esa capacidad de adaptación a los hechos que afectan al sentimiento humano

serían incapaces de sobrellevar la situación. Las personas que tienen resiliencia no son invulnerables; son todo lo contrario, ya que todo ser humano tiene un límite con respecto al número de fatalidades que puede sufrir en su vida. Por esa misma razón es muy normal que en algún momento de su vida una persona que no conoce a uno o dos de sus progenitores decida buscar su propio origen, con la intención de dejar a un lado ese duelo y empezar de nuevo sin la carga emocional que la ha acompañado a lo largo de toda su vida.

### **El Reconocimiento del Derecho a Conocer los Orígenes Biológicos como un Derecho Fundamental**

El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes es un derecho reconocido en el artículo 39.2 de la *Constitución Española* (1978), pero se debe indagar en el reconocimiento que hace efectivo el ordenamiento jurídico. El derecho a conocer los orígenes biológicos podría ser catalogado como un derecho humano y fundamental (“Constitución Española”, 1978), y debería ser integrado al derecho a la identidad personal.

Los derechos fundamentales son aquellos derechos que son inherentes a las personas, es decir, aquellos que tienen un valor esencial para estas. Así, el derecho necesita de más argumentos para llegar a la conclusión de que la búsqueda de los orígenes es inherente a la persona. En cambio, según investigaciones de psicología, sociología, antropología, etc., esto está fundamentado sobre la base de lo perjudicial que es el secreto sobre los orígenes biológicos para las personas que lo buscan, y estas disciplinas afirman que los beneficios del contacto con los orígenes aseguran valores jurídicos fundamentales como la psíquica, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

El reconocimiento jurídico es la única arma legal de la que se puede valer una persona para hacer efectivo ese derecho. La primera norma jurídica que lo ampara es la *Constitución Española* (1978), en su artículo 39.2, donde se reconoce textualmente que la ley hará posible la investigación de la paternidad. El fraseo que el legislador le dio al texto ha provocado muchas interpretaciones: no fue claro y no lo garantizó como un derecho fundamental; dejó que la jurisprudencia fuera modelando el texto a la realidad existente.

El artículo 10.2 de la *Constitución Española* (1978) indica que los derechos fundamentales y las libertades deben interpretarse conforme a los tratados de los derechos humanos, y siempre que hayan sido ratificados por España formarán parte del ordenamiento jurídico interno, tal como señala el artículo 96.1. Las normas internacionales como el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* de 1950 y la *Convención sobre Derechos del Niño* de 1989 resultan trascendentales para sostener el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos. En la *Convención de los Derechos del Niño* se señala lo siguiente:

Un niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo que sea posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. (1989, art. 7.1)

En este caso, al menos, se indica que el niño tiene derecho, “en la medida de lo que sea posible, a conocer a sus padres”. El artículo 8.1 de la misma convención resalta que “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad” (1989, art. 8.1). Estos dos artículos indican la individualidad y diferenciación como persona como signo de identidad.

El doctor Isaac Ravetllat Ballesté, en el análisis que realiza para la Universidad de Talca en Chile, describe la iniciativa de la que parte el artículo 8 de la *Convención de Derechos del Niño* presentada por Polonia en marzo de 1978:

La iniciativa de incorporar un precepto específico relativo al derecho a la identidad vino de la mano de la República Argentina en el año 1985, y detrás de su propuesta se escondía la preocupación de esta delegación andina por los cambios de identidad de recién nacidos acacidos en su territorio durante el período de la dictadura militar —esencialmente la adulteración de documentos públicos y la sustracción de identidades—. Esta propuesta contó con la oposición expresa de las delegaciones de Noruega, Holanda, Austria, Estados Unidos y Canadá, partidarias todas ellas de la no necesidad de inclusión de una disposición al estilo de la apuntada, por considerar que el derecho a la identidad ya se encontraba consagrado en otros artículos del Proyecto de Convención. Secundaron, en cambio, la idea argentina tanto Polonia como Brasil. Finalmente, y a sugerencia de la delegación brasileña, el open-ended Working Group encargado de los trabajos de elaboración del texto de la CDN, decidió crear un grupo informal integrado por los representantes de Argentina, Holanda, Noruega y Polonia —con la asistencia técnica de la International Commission of Jurists— para que tratara y solventara la cuestión objeto de la controversia. Los trabajos se extendieron durante un período de doce meses —año 1986— y tras arduas discusiones, en las que en ningún momento, por razones obvias de la época, se vinculó identidad y género, se llegó a un acuerdo unánime para: en primer término, incorporar a la CDN un precepto alusivo al derecho a la identidad; y, en segundo lugar, proveer al Working Group de una propuesta de redacción final, iniciativa esta que a la postre, y tras unas pequeñas modificaciones, se convirtió en el actual artículo 8º CDN. (2018, pp. 416-417)

En los ordenamientos jurídicos español y catalán existe un reconocimiento expreso para que las personas adoptadas tengan garantizado el derecho a la búsqueda de su origen biológico; la administración les proporciona los medios adecuados para buscar cualquier información sobre sus orígenes en los diferentes registros públicos y privados. Se deben cumplir cuatro reglas para que esta sea efectiva. La primera es que debe existir la anotación registral del nombre de la progenitora en la partida literal de nacimiento, aunque, como ya se mencionó, a partir de la sentencia de 1999 esa anotación se realiza en una hoja aparte. La segunda regla es que existe el deber de dar información clara para una correcta identificación por parte de los padres. En efecto, el Código Civil de Cataluña obliga a los padres a informar a los hijos sobre sus orígenes. La tercera regla es la responsabilidad de la administración de conservar toda la información que exista sobre la adopción, para poder ofrecérsela al interesado en el caso de que los padres adoptivos la desconozcan. Por último, está la regla de mantener una relación con los miembros de la familia biológica, en la redacción de la Ley 26/2015, la Ley de la Protección a la Infancia y la Adolescencia en España, que habilita al juez para disponer la conservación de las relaciones personales con la familia de origen. Esta medida no solo garantiza una continuidad en las relaciones familiares, sino que es una imposición que puede ejercer el juez ante un derecho que es subjetivo.

### **El no reconocimiento de filiación en el derecho comparado**

En el derecho comparado de diferentes países la obligación del padre a reconocer al hijo biológico está en la misma situación que en España: no existen leyes que regulen dicha obligación. La filiación está concebida como una acción voluntaria que el progenitor puede ejercer

libremente, sin tener en cuenta que la acción de negar a su hijo biológico la filiación es negar la dignidad humana inherente a toda persona. Lo mismo ocurre cuando la madre biológica se niega a revelar la identidad del padre biológico. Un ejemplo del primer caso, ya comentado, fue el caso *Pascale Odièvre vs. Francia*, donde el TEDDHH (2003), en la sentencia del 13 de febrero, interpretó el artículo 8 de la *Convención Europea de Derechos Humanos* como el derecho a saber el propio origen biológico, mediante el concepto de vida privada.

En Argentina se redactó el Decreto 415/06, Decreto por la Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, donde se desarrolla la Ley 26.061 “con el objeto de promover acciones positivas que tiendan al aseguramiento del goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales” (2006, párr. 2). Su artículo 12 regula las inscripciones de niños con padre desconocido:

En todos los casos en que se proceda a inscribir a un niño o niña con padre desconocido, el jefe u oficial del Registro Civil deberá mantener una entrevista reservada con la madre en la que se le hará saber que es un derecho humano de la persona menor de edad conocer su identidad; que, declarar quién es el padre, le permitirá a la niña o niño ejercer el derecho a los alimentos y que esa manifestación no privará a la madre del derecho a mantener la guarda y brindar protección. A esos efectos, se deberá entregar a la madre la documentación en la cual consten estos derechos humanos del niño, pudiendo el funcionario interviniente, en su caso, solicitar la colaboración de la autoridad administrativa local de aplicación correspondiente, para que personal especializado amplíe la información y la asesore. Asimismo, se comunicará a la presentante que, en caso de que mantenga la inscripción con padre desconocido, se procederá conforme lo dispone el artículo 255 del Código Civil. Si al momento de efectuarse los controles prenatales o de ingreso al centro de salud se detectare que la madre y/o el padre del niño por nacer carecen de documentos de identidad, el agente que tome conocimiento deberá informar a los organismos competentes a fin de garantizar el acceso a la tramitación y expedición de la documentación requerida de acuerdo a la normativa vigente. Si la indocumentación de los padres continuará al momento del parto, se consignará nombre, apellido, fecha de nacimiento, domicilio, edad, huellas dactilares y nacionalidad de los mismos, en el certificado de Constatación de Parto que expida la unidad sanitaria pertinente. En relación con la identificación de los niños recién nacidos se estará a lo dispuesto por la Ley N° 24.540 y su modificatoria Ley N° 24.884. Se propiciará la localización de oficinas del Registro Civil en todas las maternidades y establecimientos que atienden nacimientos. (“Decreto 415/06”, 2006)

El artículo 255 del *Código Civil de la República de Argentina* señala lo siguiente:

En todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores, quien deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto podrá promover la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre para hacerlo. (1869, art. 255)

En este aspecto Argentina está muy por encima de cualquier otro país; sin embargo, sería ideal si dispusieran de los medios adecuados que personas calificadas realicen dicha tarea.

Existe también el caso de Evelyn Vázquez, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, Argentina, que se discute a continuación:

Esta causa se origina en la querrela promovida por la madre de Susana Pegoraro, basada en que su hija desapareció en el curso del año 1977, cuando estaba embarazada de cinco

meses, después de haber estado detenida en el centro de detención clandestino existente en la Escuela de Mecánica de la Armada, donde nació su nieta, que habría sido entregada a Policarpo Vázquez, quien se desempeñaba en la base naval de submarinos de Mar del Plata, e inscripta en el Registro Civil como Evelin Karina Vázquez Ferrá. (2003, p. 1)

Los padres de Evelyn Vázquez reconocen que no son los padres biológicos de ella, y que la recibieron de personal de la Armada, lo que les hizo sospechar que era hija de padres desaparecidos (Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, 2003). En la sentencia, la Sra. Evelyn Vázquez se niega a realizarse la prueba de extracción de sangre que le fue ordenada:

Desde su perspectiva, la medida representa una inadmisibles intromisión del Estado en su esfera de intimidad, que lesiona su derecho constitucional a la integridad física, al obligarla a tolerar una injerencia sobre su propio cuerpo en contra de su voluntad. Al mismo tiempo, afecta su dignidad pues no respeta su decisión de no traicionar los intensos lazos afectivos que mantiene con aquellos que la criaron y a quienes sigue viendo como si fueran sus auténticos padres. (Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, 2003, p. 17)

En este caso es Evelyn Vázquez quien decide que no quiere saber la verdad biológica, y el tribunal lo confirma al no obligarle a realizarse la prueba hematológica, aunque este no criminaliza la acción de apropiación de menores. Con respecto a este caso, existen diferentes representantes del derecho constitucional a favor y en contra de la sentencia.

### Conclusiones

Este trabajo ha sido expuesto desde la perspectiva del derecho civil con sustento en las posibles consecuencias psíquicas que diferentes autores han manifestado sobre la existencia de un perjuicio significativo cuando no se realiza la filiación por parte del padre biológico, así como cuando la madre no revela la identidad del padre biológico al hijo.

La conclusión a la que se llega es que falta más comprensión y estudio por parte de profesionales de la psicología y del derecho para poder determinar el verdadero daño que se produce en esas dos situaciones. Este daño claramente debe analizarse de forma personalizada: cada caso debe ser analizado por separado, y no debe generalizarse el daño moral para todos los niños, niñas y adolescentes por igual.

Diferentes autores nombrados en esta obra han definido el daño moral como el daño ocasionado por los actos de una persona sobre otra, el cual produce, a su vez, un daño significativo. Se trata un daño extrapatrimonial que la jurisprudencia ya ha aceptado como resarcible económicamente. La problemática reside en cómo determinar la cuantía de un daño que no es visible. Por esa misma razón, se concluye que cada caso debe ser analizado de forma individual y personalizada.

El no reconocimiento del hijo biológico por parte de su padre supone claramente un daño moral en dicho hijo. Se vulnera su derecho a la identidad, el desarrollo de su personalidad y el principio de verdad biológica. Ese derecho está consagrado como un derecho fundamental no solo por la *Constitución Española* de 1978, sino por leyes internacionales ratificadas por España.

En Argentina obligan a los funcionarios del registro, cuando una madre quiere inscribir a un niño con padre desconocido, a informarle sobre los derechos inherentes del niño para conocer la identidad del padre. Incluso se determina en su Código Civil, artículo 255, que

existe una obligación de trasladar al Ministerio Público de Menores el requisito de determinar la paternidad del niño o niña.

En España, a pesar de que esta obligación no existe, sí está reconocido en la *Constitución Española*, que “la ley hará posible la investigación de la paternidad” (1978, art. 39.2). El gran problema de esta breve frase, de múltiples interpretaciones, es que la ley solo entiende que la investigación sobre la paternidad va dirigida a niños, niñas y adolescentes que han sido adoptados, tutelados o extutelados por administraciones públicas. Se han desarrollado leyes a favor de ese derecho, pero estas solo han tomado en consideración al grupo de personas que se acaba de nombrar.

Cuando el hijo de familia monoparental sin reconocimiento paterno decide hacer valer su derecho a conocer su propio origen, amparado por los artículos 39.2, 18.1 y 14 de la *Constitución Española* de 1978 y el artículo 8 de la *Convención de los Derechos del Niño*, esa persona se encuentra con que no existen leyes que le permitan hacer efectivo ese derecho. Solo existen leyes que amparan ese derecho para personas adoptadas, tuteladas o extuteladas, de tal forma que existe una desigualdad en virtud de la filiación.

Asimismo, la investigación ha señalado que la dignidad es la esencia individual de todas las personas. Si se vulnera ese derecho, y ese perjuicio produce un daño significativo en la persona, sin ninguna duda existirá un daño moral. El maltrato puede diferenciarse entre inadecuado e intolerable; se aplica este último calificativo a acciones que son tachadas por la sociedad. La sociedad actual ha ido evolucionando, de tal modo que comportamientos que hace años eran calificados como inadecuados hoy son rechazados y considerados intolerables. Por ejemplo, el castigo físico hacia los hijos era una forma de educar inadecuada pero consentida; hoy en día esa acción es considerada un maltrato intolerable.

De esta forma, se llega a la conclusión de que actualmente la sociedad ve como una acción inadecuada que un padre se niegue a reconocer la filiación de su hijo biológico o que una madre se rehúse a revelar la identidad del padre biológico a su hijo. Sin embargo, aunque la sociedad reconoce que existe una vulneración de derechos fundamentales ante esas acciones y omisiones, no existen leyes ni jurisprudencia que avalen que estos actos ocasionan un daño moral.

En un mañana no muy lejano, la sociedad podría considerar como maltrato intolerable el hecho de que una madre le niegue a su hijo o hija la identidad de su padre biológico, si se confirma que ese hecho ha ocasionado daños en los niños, niñas y adolescentes que se vieron impedidos de conocer sus orígenes al no obtener esa información. Se concluye que la sociedad avanza de forma vertiginosa; de hecho, lo que antes era impensable garantiza los derechos de hoy en día.

## REFERENCIAS

- Arruabarrena, M. (2011). Maltrato psicológico a los niños, niñas y adolescentes en la familia: definición y valoración de su gravedad. *Psychosocial intervention*, 20(1), 25-44.
- Audiencia Provincial de Valencia España, Sección 7ª. (2007, 5 de septiembre). *Sentencia 466/2007*.
- Barrientos Zamorano, M. (2008). Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris. *Revista Chilena de Derecho*, 35(1), 85-106.
- Berastegui Pedro-Viejo, Ana. (2012). *Mediación familiar en búsqueda de orígenes*. Madrid, España: Grupo 5.
- Código civil de la República de Argentina. Libro primero de las personas*. (25 de septiembre de 1869).
- Constitución Española*. (1978, 8 de diciembre).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, Argentina.(2003, 30 de septiembre). *Sentencia V.356. XXXVI*.
- Daño. (2014). En *Diccionario de la Real Academia Española*. Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=BrhkDYt>
- Decreto 415/06. Decreto de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes*. (2006). Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/Decreto\\_415-06\\_Argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Decreto_415-06_Argentina.pdf)
- Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. (1958, 14 de noviembre). *Boletín Oficial del Estado*.
- Durán García, R. (2004). *El anonimato del progenitor (Homenaje al profesor M. Albaladejo García)*. Recuperado de [https://books.google.com/books/about/Libro\\_homenaje\\_al\\_profesor\\_Manuel\\_Alcala.html?id=Kq-Sj4ZQuCYC](https://books.google.com/books/about/Libro_homenaje_al_profesor_Manuel_Alcala.html?id=Kq-Sj4ZQuCYC)
- Fernández Sessarego, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- García, L. & Linacero, M. (2006). *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*. Madrid, España: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Ley 26/2015. Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia de España. (2015, 28 de julio). *Boletín Oficial del Estado*
- Ley 8 de junio de 1957. Ley del Registro Civil. (1957, 8 de junio). *Boletín Oficial del Estado*.

- Moral. (2014). En *Diccionario de la Real Academia Española*. Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=Pm2wZfs|Pm4ASgI>
- Pinto Andrade, C. (s. f.). El derecho del adoptado a conocer su filiación de origen. *Portico Legal*. Recuperado de [http://www.porticolegal.com/pa\\_articulo.php?ref=272](http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=272)
- Organización de las Naciones Unidas. (1989, 20 de noviembre). *Convención de los Derechos del Niño*.
- Quesada González, M. C. (1994). El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico. *Anuario de Derecho Civil*, 47(2), 247-254.
- Ravellat Ballesté, I. (2018). Igual de diferentes: la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en Chile. *Ius et Praxis*, 24(1), 416-417.
- Sessarego, C. F. (2003). Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”. *Foro Jurídico*, 02, 15-51.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2003, 13 de febrero). *Sentencia 42326/98 (Pascale Odièvre vs. Francia)*. Exp. 42326/98. Recuperado de <http://hudoc.echr.coe.int/rng?i=001-60935>
- Tribunal Supremo de España. (2012, 13 de abril). *Sentencia del Tribunal Supremo 217/2012 de la Sala Civil Sección 1ª*.
- Vielma Mendoza, Y. (2001). Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual (Ponencia). En *II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro*. Recuperado de <http://civil.udg.edu/cordoba/com/Vielma.htm>.

## LA APLICABILIDAD DEL CONTROL DIFUSO EN LA EVALUACIÓN DEL ACTA DE CONCILIACIÓN SOMETIDA A PROCESO DE EJECUCIÓN, EN CASO SE ATENTE CONTRA LOS DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES INVOLUCRADOS

*Manuel Bermúdez Tapia<sup>1</sup>*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
Categoría Docentes

### **Sumilla**

Esta ponencia evalúa el nivel de vulnerabilidad de los niños y adolescentes involucrados en un conflicto familiar que se somete a un procedimiento conciliatorio. Este se desarrolla en el ámbito judicial, en el cual se debe recurrir a la facultad del juez de aplicar un control difuso al acta de conciliación sometido a ejecución, para así poder evaluar si los acuerdos generados por los progenitores atienden de modo correcto a los derechos de los hijos involucrados, tomando en cuenta que son sujetos de derecho en igual condición que sus padres, y que tienen derechos de naturaleza legal y sociofamiliar diferentes a los de estos últimos. Sobre la base de esta condición, los conciliadores y los jueces deberían evaluar el alcance de un acta de conciliación con respecto a quienes no han participado en la misma, dado que los afectará de modo directo si es que se han estipulado condiciones que les provoquen limitaciones a consecuencia de la propia situación conflictiva de los progenitores.

Los procesos de ejecución, cuando versan sobre actas de conciliación, generan un severo inconveniente al ser evaluados en un trámite judicial. La gran mayoría de las actas de conciliación resultan inejecutables o cuentan con limitaciones en cuanto a los alcances de aplicabilidad en la realidad. Ello se debe principalmente a que se han presentado las siguientes situaciones en su producción:

- a) Las partes del conflicto usualmente excluyen a las partes del conflicto familiar, en particular cuando los progenitores no toman en cuenta el verdadero alcance de los derechos y nivel de participación familiar de los hijos sometidos a su libre discrecionalidad. En ese sentido, se observa una situación negativa en la propia tutela de derechos de los hijos, porque estos no son tomados en cuenta en el trámite del conflicto familiar que

---

<sup>1</sup> Abogado. Magíster en Derecho Civil. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista. Contacto: mbermudeztapia@gmail.com

se somete a un proceso de conciliación. Existen deficiencias propias del método que se emplea en la ejecución del procedimiento conciliatorio, en el cual los conciliadores prácticamente emplean el procedimiento para viabilizar un requisito procesal, y no logran ejecutar una provisión de información o nivel de intervención eficaz a las partes que concilian, por lo que se ejecuta una redacción del acta de conciliación con imprecisiones e inclusive con condiciones que a futuro no podrán ejecutarse.

- b) La familia, como organización colectiva descrita en un formato nuclear (padres e hijos), amplio (padres, hijos, abuelos y tíos) o extendido (padres, hijos y familiares tanto ascendientes como colaterales), no es tomada en cuenta, en particular cuando se detalla la referencia del vínculo de los hijos de los progenitores involucrados en un conflicto personal y familiar. En ese sentido, las relaciones familiares de un niño o adolescente están supeditadas a lo que decidan los progenitores, muchas veces sin que se tome en cuenta la necesidad de relaciones afectivas y personales de los niños y adolescentes con su propia familia, sin incluir a los progenitores. Las condiciones económicas que las partes del conflicto familiar intentan resolver no suelen tomar en cuenta el contexto temporal. En dichos casos, no logran tomar en cuenta el proceso en el cual se desarrollará el conflicto ni los eventuales cambios que pudieran surgir a futuro. En ese sentido, el propio contexto normativo está supeditado a un período de tiempo próximo a la fecha consignada por el acta de conciliación; en caso de que este documento sea requerido en la instancia judicial, las condiciones temporales no serán las mismas que se registraban al evaluarse el conflicto, porque la evaluación de las “condiciones” personales, económicas y familiares de las partes del conflicto habrán variado.

Ante estas situaciones, descritas en forma general y preliminar, es posible observar que los niños y adolescentes que se ven involucrados en un conflicto familiar o entre sus progenitores no logran ser “visibilizados” en la ejecución de un acta de conciliación sometida a ejecución en el ámbito judicial. Ante ello surge la opción de que el juez pueda evaluar su intervención en el conflicto familiar judicializado para así poder cumplir con lo determinado en el artículo IX del *Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente*, en particular para garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños y adolescentes involucrados en el cumplimiento del acta de conciliación a través de un *control difuso* del acta.

### **La Intervención Judicial ante el Fracaso de los Métodos de Conciliación e Incumplimiento de los Acuerdos Contenidos en el Acta de Conciliación**

A raíz de los procesos de reforma judicial que han tenido lugar en el Perú, iniciados en la última década del siglo pasado, la implementación del procedimiento conciliatorio fue insertado en la legislación nacional. Los resultados, a pesar de sus propios alcances prácticos y aplicativos, han sido negativos en tal grado que inclusive la Comisión de Estudio y Planteamiento de Reformas al Código Procesal Civil presentó en su texto final una iniciativa para eliminar la conciliación como un requisito de admisibilidad a los procesos que versan sobre asuntos familiares. Martín Pinedo Aubián (2018), en ese sentido, sustentó que dicha comisión había “matado” a la conciliación, sin tomar en cuenta el verdadero contexto en el cual se había limitado dicho procedimiento, conforme detalla Renzo Cavani (2018), quien explica desde una perspectiva procesal su inviabilidad. Sin embargo, ninguno de estos profesores logra comprender el verdadero alcance de los aspectos negativos de la conciliación de acuerdo con el actual marco normativo, el cual plantea una en

exceso elevada condicionalidad subjetiva a las partes en un conflicto familiar. Ello se debe a que el legislador no ha tomado en cuenta que, en esos casos, los contextos evaluativos son totalmente distintos a los casos en que se analizan conflictos civiles puros, como suele observarse en los procesos en que se analizan obligaciones contractuales, de naturaleza económica o vinculados al ámbito comercial. Ese ha sido un error material que ha incidido en la ineficacia de este procedimiento, principalmente debido a lo siguiente:

- a) Las partes en un proceso de negociación no logran actuar en conformidad a una equivalencia de condiciones, principalmente porque existe un elemento negativo que solo forma parte de su entorno íntimo y privado; por cuanto estos elementos no son expuestos en el acta de conciliación ni antes de esta, tampoco son conocidos por el conciliador.
- b) Las partes no toman en cuenta el contexto objetivo de sus expectativas personales y familiares, y no logran evaluar el alcance subjetivo y objetivo de sus pretensiones en el tiempo y respecto de sus propios hijos, ponderando elementos que pueden excluir derechos a la contraparte y al propio hijo sin que se pueda asimilar ese error o pueda ser observado por el conciliador. De ese modo, los derechos y obligaciones que los progenitores plantean detallar en el acta de conciliación resultan muy imprecisos.
- c) Ni el legislador ni el especialista en conciliaciones han tomado en cuenta que las partes que negocian en este procedimiento no necesariamente quieren solucionar el conflicto familiar, sino que el nivel de subjetividad y expectativas está enfocado en finalizar el trámite conciliatorio. De este modo, el conflicto familiar puede subsistir haciendo ineficaz el trámite conciliatorio ejecutado.
- d) Las partes del conflicto familiar no toman en cuenta el contexto económico, personal o familiar que podría desarrollarse en el contexto inmediatamente posterior a la suscripción del acta de conciliación.
- e) Como resultado de esta situación, una gran parte de actas de conciliación tienen los siguientes resultados: la ejecución de un proceso judicial, sobre la cual se plantea generalmente la conminación al cumplimiento de los acuerdos contenidos en un acta de conciliación; el pago de sumas económicas contenidas en las obligaciones a ser ejecutadas (devengados); y la determinación “eficiente” de las obligaciones detalladas por las partes en el conflicto familiar, principalmente debido a una redacción muy amplia, confusa o ambigua.
- f) Denuncias por ejecución de actos de violencia familiar, en particular cuando las partes consideran que la ejecución del acta de conciliación está afectando sus intereses y derechos.
- g) Incumplimiento del acta de conciliación, el cual no necesariamente genera un proceso judicial, principalmente porque las partes del conflicto no logran viabilizar una mejor solución, en la cual se tome en cuenta la sobrecarga judicial que existe en el Poder Judicial, la necesidad de contar con una asesoría legal (lo que implica un costo económico) y el contexto negativo que implica involucrarse en un segundo trámite personal que supone el estrés emocional de quedar a la expectativa del cumplimiento de los alcances del acta de conciliación en instancia judicial en un período de tiempo indeterminado.

Sin embargo, hasta ahora solo se ha evaluado un aspecto procesal donde se identifican a las partes del proceso de negociación y de conciliación, que no son equivalentes a las partes del

conflicto, debido a que en este último participan los hijos (niños y/o adolescentes). Por ende, se puede afirmar que las partes que concilian contraponen intereses, derechos y obligaciones que solo son vinculantes para ellos, sin tomar en cuenta a sus propios hijos, con lo cual estos se ven invisibilizados por sus propios progenitores. Esta situación negativa se amplía en el ámbito judicial, cuando el juez solo “ejecuta” el acta de conciliación sin evaluar con diligencia los derechos y las obligaciones que se han detallado en la misma, en particular los aspectos que se relacionan con los derechos de los hijos. Ante esta situación, los jueces nacionales no toman en cuenta su negligente comportamiento jurisdiccional cuando, al no intervenir en la evaluación de un acta de conciliación sometida a un proceso de ejecución, generan una situación negativa para los hijos involucrados en un conflicto familiar, e incumplen la obligación estatal, funcional y profesional de solucionar un conflicto humano de forma diligente, prudente y eficaz en el tiempo.

### **La Evaluación del Contexto Problemático: entre lo Procesal, lo Constitucional y lo Familiar**

Uno de los procesos judiciales “sencillos” de complejidad superlativa es el proceso de ejecución de acta de conciliación, porque su valor es equivalente al de una sentencia judicial y está supeditado al registro preliminar de un conflicto familiar que se judicializa. Se suele pensar que la ejecución no debería provocar mayores inconvenientes, pero, en esencia, ello es un error sustancial que se debe a que el legislador y el juez no toman en cuenta que los procesos judiciales no son ni autónomos ni excluyen una evaluación del contenido de los mismos.

Debido a que la misma ley, como referencia general, no es absoluta, existen una serie de mecanismos que pueden desarrollar su inaplicación, inconstitucionalidad o inconvencionalidad. Ese es el sentido del control difuso de la Constitución (Casal, 2006), el cual, en el ámbito de los conflictos familiares, provoca un problema mayor que el mismo contexto social expuesto en el análisis del expediente judicial, porque el conflicto familiar se agudiza y, ante ello, el juez se muestra displicente con respecto a emplear un método de evaluación del conflicto legal, social y familiar porque enfatiza elementos procesales y procedimentales, para así no intervenir en el contexto que subyace a los elementos formales del proceso judicial.

La autolimitación del juez que evalúa estos procesos judiciales en su despacho judicial resulta incomprensible para la parte desfavorecida por el comportamiento intransigente, malicioso y temerario de la otra parte, el cual finalmente provoca una reacción innecesaria. Esta puede ser el incumplimiento de las obligaciones económicas pactadas y detalladas en el acta de conciliación, la sustracción de un menor ante el incumplimiento del régimen de visitas o la generación de actos de violencia familiar. Ante este panorama descriptivo, resulta válido plantear algunos elementos referenciales.

### **La Evaluación de los Conflictos Familiares en el Ámbito Judicial<sup>2</sup>**

Uno de los grandes defectos del contexto judicial en el cual se analizan conflictos familiares está en el modo empleado para evaluar el verdadero alcance del mismo, sujeto sobre todo a un nivel

2 En el contexto aplicativo de la presente ponencia, se considera oportuno mencionar los alcances conceptuales detallados en el artículo “El Control Difuso del Acta de Conciliación Sometido a Proceso de Ejecución”, publicado en *Gaceta Civil & Procesal Civil* (Tomo 69), 2019, 298-307.

evaluativo sumamente displicente y negligente. Esto ocurre en particular cuando están involucrados niños y adolescentes, en quienes tiene un efecto negativo, principalmente porque son sometidos a situaciones de alienación parental, obstrucción de vínculo y padrectomía, que son las más comunes en contextos de conflictos familiares, además de a situaciones de omisión de asistencia familiar; sustracción de niños, tanto a nivel nacional como internacional; y violencia familiar en condiciones extremas. Así, el sistema judicial, en el ámbito de la especialidad de derecho de familia, incurre en errores sustanciales que amplían el conflicto familiar a un nivel en el cual los derechos de los niños y adolescentes inmersos en el trámite judicial son invisibilizados por segunda vez, por parte del Poder Judicial. Cabe resaltar que los conflictos familiares son los de mayor incidencia en la carga procesal que se registra en el Poder Judicial y el Ministerio Público, que por su naturaleza corresponden a las especialidades de derecho civil, de familia, sucesorio y penal, pues involucran distintos elementos constitucionales, procesales, probatorios y administrativos. Es sobre la base del ejercicio de sus capacidades y facultades que las partes en conflicto y contradicción de intereses y derechos, identificadas como “partes procesales”, pueden disponer de sus derechos, y regular sus obligaciones y derechos tanto respecto de sí mismos como a favor y respecto de personas dependientes, especialmente los hijos procreados, quienes forman parte de la familia en crisis y la situación de conflicto. La diferenciación entre la condición con la cual participan en el proceso judicial y en el conflicto es un factor que no logra ser analizado en el ámbito judicial cuando se solicita la ejecución de un acta de conciliación.

Tanto el trámite judicial como el procedimiento conciliatorio pueden ser secuenciales y autónomos, e inclusive durante el mismo desarrollo del proceso judicial se puede ejecutar un procedimiento conciliatorio. Por ello, la evaluación del comportamiento de las partes en la negociación y conciliación debe ser reinterpretada, ya que se ha aceptado comportamientos contrarios a la buena fe, y la diligencia respecto de la ejecución de derechos y obligaciones.

Las condiciones materiales y personales que indiceden en las circunstancias económicas, sociales y familiares de las partes en conflicto son altamente volátiles, no corresponden a un contexto atemporal y pueden variar por factores exógenas a las mismas. Por ello, la mayoría de actas de conciliación no desarrollan aspectos como los que se señalan a continuación.

**La regulación de derechos y obligaciones entre las partes respecto de los hijos a la mayoría de edad de los mismos.** Los progenitores no toman en cuenta que cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad las obligaciones económicas y familiares entre quienes suscriben el acta de conciliación varía en función a las condiciones personales de los nuevos actores individuales: los hijos. En tal sentido, las obligaciones morales y materiales pueden mantenerse en el tiempo, pero varía el sentido de la negociación: a partir de ese momento es un mecanismo personal y directo entre cada progenitor y su hijo, lo que usualmente provoca una situación contradictoria entre los progenitores, especialmente porque el administrador de los alimentos ya no tiene legitimidad para obrar con respecto a la gestión y disposición de un patrimonio que previamente era utilizado con discrecionalidad. La provisión de alimentos se podría mantener en función de la educación formativa del hijo, que convierte a la prestación en condicional y restrictiva, porque se debe cumplir determinadas condiciones (García, 1999), cuyo contenido en la actualidad presenta una serie de imprecisiones:

- a. En cuanto al “seguimiento de estudios aprobatorios”, los jueces admiten un promedio de 11.71 como suficiente (“¿Promedio de 11.71 basta para que estudiante mayor de

edad”, 2018). Ello implica el reconocimiento de un comportamiento negligente del *alimentista* respecto de sus propios derechos; no obstante, para el sistema judicial, el derecho a los alimentos prevalece sobre el verdadero sentido y objetivo de la educación (como derecho) a favor del alimentista (Pereyra, 2018).

- b. Existe la posibilidad de mantener en abierto el límite para la determinación del fin de la obligación alimentaria, la cual se puede generar por varios factores, como el nacimiento de un hijo del alimentista; el acceso a un trabajo; o el seguimiento de una capacitación, estudio o especialización a nivel de posgrado, situaciones que no responden a la *ratio legis* de la regulación legal de alimentos a favor de hijos mayores de edad contemplada en el Código Civil. Véase en este contexto la interpretación del derecho a la pensión de alimentos desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 01656-2012-PA/TC, ante el pedido de una hija mayor de edad que se basa en la aplicación del artículo 34 del régimen pensionario del Decreto de Ley 20530, a pesar de que en sus mismos fundamentos señala que cuenta con un título profesional de pregrado y que plantea “acceder” a la pensión de orfandad porque está cursando estudios de posgrado (maestría en Tecnología de Alimentos) a la vez que está soltera.

Como se puede apreciar, es necesario que las acciones para “evaluar” el acceso o mantenimiento de un derecho que se relativiza en función a las propias capacidades del hijo mayor de edad sean mejor precisadas en la legislación, porque de lo contrario continuarán generando contextos en los cuales se puede formular demandas judiciales que tengan como pretensión real y directa abusar de una condición frente al progenitor.

Lo detallado es casi invisible ante el alcance de los artículos 424 (respecto de la mayoría de edad y el derecho subsistente de percibir alimentos) y 473 (respecto de la atención de la autosubsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas) del Código Civil, que en esencia producen hijos mantenidos o hijos parásitos (Poli, 2011, p. 51), pues no se toma en cuenta que estos alimentistas pueden acceder a ejecutar su derecho a trabajar, al haber cumplido los 18 años. Véase que el comportamiento de mala fe, que genera acciones maliciosas y temerarias en los procesos judiciales, prácticamente es fomentado por la propia incapacidad de la ley para evaluar adecuadamente un conflicto familiar, situación que enfatiza la diferencia material que existe entre la evaluación de un conflicto en la especialidad civil y en la especialidad de familia. La naturaleza del conflicto, determinada por especialidad, permite plantear dichos elementos.

Paralelamente, las actas de conciliación no tratan ni estipulan situaciones en las cuales una parte asume una actitud negativa para el desarrollo y formación de los hijos, principalmente ante casos de alienación parental, obstrucción de vínculo y padrectomía. Ante tal situación, los progenitores, sin tenencia a la mayoría de edad de sus hijos, asumen que el vínculo familiar será un elemento que generará una incertidumbre que, a su vez, incidirá en los niveles de violencia y agravará el conflicto.

**La regulación de derechos y obligaciones entre las partes respecto de sus condiciones personales, económicas, de estatus civil o familiares.** Las partes no asumen que su estilo, condición de vida o estado civil podría cambiar a lo largo del tiempo a una determinación inmediata de sus obligaciones y derechos con una proyección permanente y pétrea. Por ejemplo, el establecimiento de una nueva relación de pareja que genere una relación matrimonial

o convivencial, o el nacimiento de nuevos hijos, es una opción descartada de plano por las partes que suscriben un acuerdo de conciliación; por ello, en los planteamientos de demandas sobre reducción o incremento de la pensión de alimentos, estos elementos se registran en los fundamentos de hecho. Sin embargo, estos se registran en vano, porque el juez no les presta atención, a pesar de que, a nuestro criterio, dichos elementos viabilizan que este ejecute un control difuso sobre el expediente, aun si este es de naturaleza ejecutiva.

Las condiciones de variabilidad de la economía personal o familiar, así como el contexto económico del país, pueden variar en el tiempo, y ni el legislador ni el juez ni el conciliador toman en cuenta ese factor. En España, ante la crisis económica, la práctica judicial ha permitido reformar los patrones establecidos en las sentencias regulatorias de las condiciones económicas y personales entre las partes de un proceso de divorcio o determinación de derechos y obligaciones, y en los procesos de alimentos, tenencia y división del patrimonio familiar (Sosa, 2018). Se aplica el principio de realidad de los hechos, con lo cual se flexibiliza la sentencia, ya que esta resulta insostenible en el tiempo.

En el Perú, esta opción resulta imposible de materializar, porque se podría atentar contra los derechos de las partes más débiles del conflicto familiar, sin tomar en cuenta que las personas que conforman una relación familiar, esté en crisis o no, pueden atravesar cambios en sus condiciones personales en el transcurso del tiempo.

**La regulación de medidas preventivas en el trámite del proceso judicial para lograr el cumplimiento efectivo de las obligaciones.** Las partes asumen que el carácter ejecutivo del acta de conciliación es un disuasivo eficaz, que permite la ejecución de las obligaciones y derechos regulados en forma autónoma. No se toma en cuenta que eventualmente las partes desfavorecidas por los acuerdos conciliatorios tienen el derecho de ejecutar un proceso judicial (o varios) para cambiar los acuerdos iniciales, o que eventualmente pueden llevar a cabo acciones maliciosas y temerarias contra la ejecución de la mencionada acta de conciliación, por ejemplo, las siguientes: renunciar al empleo para evitar el descuento por planilla, mudarse o migrar a otra ciudad para evitar la comunicación con la contraparte y omitir entregar los alimentos ante actos no aceptados por la parte obligada a brindarlos. Es posible registrar, en los procesos judiciales en que se analizan estos asuntos, los fundamentos de las partes que omiten cumplir sus obligaciones y que, a pesar de dicha “justificación”, no asumen la atención de sus problemas legales de modo diligente o eficaz. La reacción que eleva el clima de violencia en el conflicto familiar es un resultado previsible. El riesgo de no asumir estas cuestiones, tanto de parte del conciliador como del juez y del legislador, es tan elevado que prácticamente se asume que la conciliación finaliza un conflicto familiar. Dicho razonamiento es un error que denota la poca visión existente en cuanto a políticas públicas de atención a necesidades sociales en el ámbito familiar.

**La verificación de la capacidad económica, de disposición y de cumplimiento de los acuerdos conciliatorios.** Las partes prácticamente asumen que lo que se regulará en el acta de conciliación tiene un carácter pétreo y será inmutable, porque las condiciones personales, familiares, económicas y sociales de las partes que lo suscriben no cambiarán en el tiempo. En este contexto, la determinación de las condiciones y capacidades de las partes en la negociación y conciliación resulta ser tan incongruente con lo que se acuerda en el acta de conciliación que permite detallar las razones por las cuales los procedimientos conciliatorios han fracasado

en el país. Las situaciones en las cuales la sumatoria de obligaciones con incidencia económica superan el 60 % de la remuneración del obligado a prestar alimentos no son cuestionadas por los conciliadores ni tampoco por los jueces, a pesar de su expresa mención en la contestación de demanda por parte del demandado.

Mayor detalle revisten las condiciones sobre la base de las cuales se determinan *derechos de carácter económico* a futuro, sin tomar en cuenta lo volátil de las situaciones personales, económicas, familiares y sociales, y sin considerar las condiciones económicas y estructurales del país. En esencia, dichas condiciones terminan por generar un derecho que resulta sumamente complicado de cumplir, y que en un trámite judicial no es cuestionado ni evaluado por el juez, quien se convierte en un agente de trámite del expediente judicial.

**La ejecución de la parte del acta de conciliación no cumplida por la parte obligada a ello, junto con el registro de la omisión de la declaración del incumplimiento de las obligaciones de la parte demandante.** Uno de los aspectos más puntuales que se observan en los procesos de ejecución de acta de conciliación es la ausencia de la declaración de los demandados respecto del incumplimiento de algunas obligaciones de la parte demandante. Así, las partes demandantes omiten comunicar al juzgado sobre dichas obligaciones, y asumen solo una actitud pasiva o de víctima ante la contraparte. La formalidad y el esquema del trámite del proceso de ejecución del acta de conciliación limita la facultad del demandado de exigir el cumplimiento de las obligaciones de la parte demandante. Todo ello ocurre ante la pasividad del juez.

La reacción psicológica de la parte demandada ante lo que considera una injusticia se incrementa cuando los jueces asumen que deben ejecutar un rol administrativo en el trámite del proceso, para así evadir un comportamiento de carácter jurisdiccional, conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Ante ello, el registro de un comportamiento negligente en la evaluación de un conflicto humano contenido en un expediente judicial, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil (que discute el principio de socialización del proceso) permite explicar la ineficiencia del sistema jurisdiccional en la atención de los conflictos familiares en el país.

Con respecto a dicha ineficiencia, y debido a que “un sistema judicial deficiente genera costos de transacción elevados” (Eyzaguirre, 1997, p. 126), también es posible analizar el panorama oneroso que provoca el manejo irracional de costos humanos en la atención temporal de un conflicto familiar, así como costos logísticos y administrativos elevados y deslegitimadores para el Poder Judicial y para el propio Estado, los cuales no generan una solución al conflicto familiar.

### **Las Deficiencias en el Ámbito de la Determinación de los Contenidos de un Acta de Conciliación**

Frente a lo previamente detallado, corresponde indicar los errores más frecuentes en la propia configuración de los acuerdos contenidos en un acta de conciliación.

#### **El contenido y la determinación de los derechos y obligaciones de las partes, principalmente por desconocimiento de sus límites y alcances**

Las actas de conciliación, en general, son en esencia imprecisas, porque son formuladas atendiendo la subjetividad de las partes en la negociación y omitiendo real intervención del

conciliador, quien ante la volatilidad del mecanismo de negociación entre las partes opta por no desarrollar un rol más activo ni intenta resolver puntos controversiales. Esta práctica tiene algunos resultados específicos:

- a) Las actas de conciliación tienen errores materiales que generan condiciones de nulidad, como contravenir, por ejemplo, derechos irrenunciables. Las situaciones de negociación y exposición al chantaje emocional, familiar o económico por parte de las partes durante la conciliación no suelen ser analizadas por la doctrina, pero los conciliadores y los propios magistrados tienen amplio conocimiento de ellas.
- b) Las actas de conciliación tienen errores materiales que pueden generar su anulación.
- c) Las actas de conciliación contienen elementos económicos leoninos, o contrarios a la buena fe en la negociación y conciliación. Existen diferencias entre estos elementos:
  - i. Derechos del alimentista: En algunas situaciones, un progenitor tiene hijos en diferentes relaciones de pareja y las condiciones prestacionales de la cuota alimentaria difieren entre sí, lo cual debe ser planteado en diferentes procesos judiciales, sin que la ley tome previsión a estas situaciones.
  - ii. Derechos del administrador de los alimentos: Eventualmente, cuando la parte que administra los alimentos accede a una fuente laboral o económica, se modifica, *de facto*, las condiciones preliminarmente establecidas en el acta de conciliación; sin embargo, por regla general, esta situación no es asumida por dicha persona, como si fuera posible excluir tal condición del contexto de las relaciones familiares.
  - iii. Capacidad económica de un progenitor obligado a prestar alimentos
  - iv. Capacidad económica del otro progenitor

Estos elementos son prácticamente invisibilizados en los trámites conciliatorios.

### **La no consideración de la posible variación en el tiempo de las circunstancias del conflicto familiar y la situación de cada parte en las conciliaciones**

Conforme se ha detallado en varios trabajos que analizan el conflicto familiar, las partes que establecen un acta de conciliación no asumen el paso del tiempo en la ejecución de dicho documento. No se toman en cuenta los cuatro tiempos en los cuales las condiciones personales, económicas, familiares y sociales de las personas involucradas en el conflicto familiar pueden variar:

- a) Tiempo 1, cuando se suscribe el acta de conciliación;
- b) Tiempo 2, cuando se ejecutan los acuerdos contenidos en el acta de conciliación;
- c) Tiempo 3, cuando se plantea la ejecución del acta de conciliación a nivel judicial;
- d) Tiempo 4, cuando se desarrollan elementos posteriores a la ejecución del acta de conciliación en un proceso judicial.

### **La no percepción de la condición mutable del acta de conciliación por las partes**

Como complemento del punto precedente, también existen factores como los siguientes:

- a) El nacimiento de nuevos hijos
- b) La asunción de una nueva relación de pareja, que puede generar una relación matrimonial, convivencial concubinaría o de enamoramiento
- c) La variación de las condiciones laborales de cada parte (dado que la obligación económica a favor de los hijos es equivalente)

- d) La variación de las condiciones familiares de cada parte (por ejemplo, la atención económica a los progenitores de las partes)

Además, existen otros cambios que no suelen ser tomados en cuenta durante el trámite de las negociaciones ni en la propia conciliación, por lo que no es posible evaluarlos en el ámbito judicial:

- a) Las variaciones unilaterales del acta de conciliación, que son aceptadas y asumidas por las partes en contradicción, quienes no plantean ningún recurso judicial ante ese contexto
- b) Las variaciones de los acuerdos contenidos en el acta de conciliación sobre la base de un acuerdo implícito por las propias partes
- c) El incumplimiento de condiciones reguladas en el acta de conciliación que no generan una confrontación entre las partes, principalmente debido al crecimiento de los hijos (por ejemplo, en el ámbito del régimen de visitas o tenencia de los mismos)

### **El Juez y el Proceso de Ejecución de Acta de Conciliación**

Conforme con la legislación aplicable al asunto abordado, en la cual se complementa lo dispuesto por el *Código de los Niños y Adolescentes*, existen la Ley 26872, Ley de Conciliación; la Ley 27007, Ley que Faculta a las Defensorías del Niño y el Adolescente a Realizar Conciliaciones Extrajudiciales con Título de Ejecución; y el Código Procesal Civil, en caso de requerimiento por incumplimiento de un acta de conciliación, respecto de sus contenidos, se puede llevar a cabo un proceso ejecutivo.

La propia naturaleza del proceso aplicable a la ejecución de un acta de conciliación limita la participación del juez en la evaluación de las obligaciones y derechos detallados en el acta suscrita por los progenitores, factor que se extiende a la evaluación a los demás casos judiciales, en función al contenido material de la controversia que es determinada por el legislador. En el presente caso, el procedimiento conciliatorio estaba vinculado al ámbito de la desjudicialización de conflictos familiares, para que así puedan regularse en forma privada las obligaciones alimentarias, la tenencia, el régimen de visitas, la custodia y los permisos de viaje de hijos menores de edad. El fracaso material de este mecanismo de solución de conflictos eventualmente ha provocado su exclusión de las reformas normativas de lo procesal que el Ministerio de Justicia había planteado a través de las Comisiones de Reforma del Código Civil y el Código Procesal Civil, pese a la defensa de la institución conciliatoria por parte de algunos profesores y especialistas (Pinedo, 2018).

Corresponde señalar que, más allá de las críticas a lo procesal y a lo que implica el acceso a un servicio público de tanta importancia como la administración de justicia (Cavani, 2018), las deficiencias del sistema conciliatorio se deben a la acción de las propias partes en el procedimiento. Las partes implicadas ejecutan una serie de comportamientos que se pueden identificar:

- a) Comportamientos negligentes respecto de la tutela de los propios intereses y derechos
- b) Comportamientos negligentes respecto de los derechos de los hijos, a quienes prácticamente se les invisibiliza
- c) Comportamientos maliciosos que suelen relacionarse con el carácter desproporcional de los acuerdos contenidos en el acta de conciliación

- d) Comportamientos temerarios que pueden provocar la nulidad del documento, por su propio contenido, y un nivel de negociación próximo al chantaje emocional, familiar o económico (por ejemplo, mediante la limitación del vínculo familiar entre un progenitor y los hijos de este a causa de la contraparte)

Según esta apreciación, el juez no toma en cuenta que tiene una obligación material y un rol social ante y con el Estado, con la comunidad nacional y con las propias partes del conflicto familiar, tanto a nivel de partes procesales como a nivel de involucradas en el mismo, porque se autolimita al permitir que las partes procesales asuman conductas nocivas para el propio desarrollo de un proceso judicial, que afectan directamente a una contraparte procesal y una persona involucrada (generalmente un menor de edad). Si el juez autolimita sus competencias y funciones, ello impide garantizar la defensa irrestricta del Estado constitucional de derecho legitimando al sistema judicial, y haciendo eficaz la prestación del servicio público de la impartición y administración de justicia. Basta con observar el contenido material de lo dispuesto por el artículo 138 de la Constitución, donde se detalla que “la potestad de administrar justicia **emana del pueblo** [énfasis añadido]”, porque el juez puede ejecutar acciones de control difuso en su propio juzgado ante el trámite de un proceso de ejecución de acta de conciliación.

Una simple evaluación de normatividad al desarrollo de las competencias y jurisdicción del juez permite afirmar que la legislación a ser empleada abarca la *Convención Americana de Derechos Humanos*, la Constitución de 1993, el *Código Civil* (respecto de varios artículos del Título Preliminar), el *Código Procesal Civil* (respecto de varios artículos del Título Preliminar), el *Código del Niño y del Adolescente*, la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, la *Ley de Conciliación* y algunas normas complementarias. Una evaluación constitucional de las normas de mayor jerarquía que determinan la naturaleza procesal ejecutiva del trámite en el presente caso podría validar la tutela de derechos de la parte demandante, quien, a pesar de su displicente comportamiento en las negociaciones en el procedimiento conciliatorio, no puede verse desprotegida ante el abuso de derecho de una contraparte procesal. En caso contrario, el juez estaría dando viabilidad a la posibilidad de que el legislador opte por desjudicializar los procesos de ejecución de acta de conciliación para transferirlos a otros ámbitos o instancias, lo cual finalmente solo incrementaría la violencia presente en los conflictos familiares ya en desarrollo.

### **La Reforma Integral del Proceso Conciliatorio**

A pesar de lo expuesto, es posible validar una opción que justifique la vigencia de los procedimientos conciliatorios en el país, pero para ello es necesario plantear algunas condiciones esenciales:

- a) La obligatoriedad de suscribir acuerdos sobre la base de la declaración y posición temporal de las partes, lo cual permitiría que las partes puedan modificar los alcances de lo acordado en función de las variaciones objetivas que pudieran presentarse y mejoraría la capacidad de negociación entre ellas en función a los elementos que respalden la eventual modificación de los acuerdos preliminares
- b) La determinación del deber de las partes en la negociación y conciliación de regular las condiciones a ser impuestas en casos de incumplimientos parciales o completos, tanto a nivel preventivo como represivo, en lo temporal o en forma definitiva, ya que la even-

tual determinación de estos parámetros mejoraría la predictibilidad en los resultados del trámite judicial, así como las condiciones económicas de las partes perjudicadas por dichos incumplimientos

- c) La limitación del deber de las partes en la negociación y conciliación de determinar las medidas disciplinarias y punitivas a ser impuestas por el juez, en tanto la intervención del Poder Judicial genera un sobre costo humano, económico, familiar e institucional ante la mala fe de una parte que incumple sus propios acuerdos

### **La Acción Judicial en el Ejercicio del Control Difuso**

Tomando en cuenta lo expuesto preliminarmente, el juez, cuando debe evaluar un acta de conciliación y es requerido por una parte demandante para ejecutarla, debe tener en cuenta lo siguiente:

- a) No debe cumplir un mero procedimiento administrativo en el ámbito jurisdiccional, debido a que eso anularía su propia capacidad de ser un funcionario público que actúa en la evaluación de una controversia expuesta por las partes procesales, y debe evaluar el caso en ciernes con objetividad y diligencia.
- b) Al evaluar un acta de conciliación en el contexto familiar, debe tener en cuenta la diferenciación de los niveles en los cuales se desarrolla el conflicto, para así prevenir la afectación de derechos, sobre todo de aquellas personas que no son parte procesal pero que se ven involucradas de forma negativa y secundaria en el trámite del proceso sometido a ejecución.
- c) Debe evaluar el contenido del acta de conciliación para así poder viabilizar su ejecución o su evaluación desde una perspectiva objetiva, y tomar en cuenta elementos teóricos, procesales y sustantivos en el ámbito convencional, constitucional, civil y familiar, conforme a lo siguiente:
  - i. En el ámbito convencional, los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular los casos *Gelman vs. Uruguay*, *Atala Ríffo y niñas vs. Chile*, *Fornerón e hija vs. Argentina*, y *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, resaltan la importancia de la tutela de los derechos de los niños y adolescentes que se ven inmersos en un contexto judicial promovido por sus progenitores.
  - ii. En el ámbito constitucional, la tutela de derechos no puede quedar supeditada al cumplimiento negligente del trámite de un proceso ejecutivo ni evitar tomar en cuenta el contexto humano, familiar y social aplicable al caso en evaluación en un expediente que requiere el cumplimiento de un acta de conciliación.
  - iii. En el ámbito civil, se debe tener en cuenta el contexto de la disposición de derechos de las partes en la conciliación, dado que estos deben quedar supeditados a las formalidades propias de todo proceso de negociación, así como la importancia de detallar que toda situación que incida en la capacidad de las partes deviene en la ilegalidad de la propia acta de conciliación.
  - iv. En el ámbito familiar, se debe analizar la tutela del vínculo familiar de los hijos, para así poder cumplir con los alcances previstos por el artículo IX del “Título Preliminar” del *Código del Niño y del Adolescente*.

Sobre la base de estos fundamentos, el juez, ante un requerimiento de cumplimiento de un acta de conciliación, puede intervenir de forma activa en el trámite del mismo y declarar su inaplicación por contravenir principios normativos detallados en el ámbito legislativo, conforme a los argumentos anteriormente expuestos, y atentar contra los derechos de las partes involucradas en el conflicto familiar.

### **Conclusiones**

Si se considera la importancia de la tutela de los derechos de los niños y adolescentes en el ámbito judicial, limitar la capacidad del juez de ejecutar un control difuso sobre el trámite judicial requerido puede tomarse como un error material. Dicho error podría subsanarse si el juez ejecuta una correcta interpretación y evaluación del conflicto familiar en relación con los alcances y contenidos expuestos por las partes procesales en el acta de conciliación, para así poder evaluar si las obligaciones y derechos de las partes que han conciliado actúan en función de los derechos y el ámbito de tutela que los progenitores deben desarrollar a favor de sus hijos.



## REFERENCIAS

- Bermúdez Tapia, M. (2019, 1 de marzo). El control difuso del acta de conciliación sometido a proceso de ejecución. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, tomo 69, 298-307.
- Casal Hernández, J. M. (2006). *Constitución y justicia constitucional*. Caracas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello.
- Cavani, R. (2018). *¿Matar la conciliación extrajudicial?* Recuperado de <https://laley.pe/art/5147/-matar-la-conciliacion-extrajudicial->  
*Constitución Política del Perú*. (1993, 30 de diciembre).
- Código Civil. (1984, 25 de julio). *El Peruano*.
- Sosa, M. (2018). *Los divorciados con hijos perderán el derecho a la vivienda familiar si conviven con una nueva pareja*. Recuperado de [https://elpais.com/sociedad/2018/11/23/actualidad/1542979125\\_062811.html](https://elpais.com/sociedad/2018/11/23/actualidad/1542979125_062811.html).
- Eyzaguirre, H. (1997). Marco institucional y desarrollo económico: la reforma judicial en América Latina. En E. Jarquín & F. Carrillo (Eds.), *La economía política de la reforma judicial* (pp. 85-98). Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- García de Leonardo, T. M. (1999). *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Ley 26872. Ley de conciliación. (1997, 13 de noviembre) *El Peruano*.
- Ley 27007. Ley que faculta a las defensorías del niño y el adolescente a realizar conciliaciones extrajudiciales con título de ejecución y el Código Procesal Civil. (1998, 2 de diciembre). *El Peruano*.
- Pereyra, T. (2018). *¿Qué se debe entender por “estudios exitosos” para que estudiante mayor de edad conserve pensión de alimentos?* Recuperado de <https://legis.pe/promedio-11-71-estudiante-mayor-de-edad-conserve-pension-alimentos/>.
- Pinedo Aubián, M. (2018). *El proyecto del nuevo CPC y su intento de matar la conciliación extrajudicial*. Recuperado de <https://laley.pe/art/5136/el-proyecto-del-nuevo-cpc-y-su-intento-de-matar-a-la-conciliacion-extrajudicial>.
- Poli, O. (2011). *Madres demasiado madres: Para no criar pequeños tiranos e hijos consentidos*. Madrid, España: Rialp.
- ¿Promedio de 11.71 basta para que estudiante mayor de edad conserve pensión de alimentos? (2018). *La Ley*. Recuperado de <https://laley.pe/art/480/promedio-de-11-71-basta-para-que-estudiante-mayor-de-edad-conserve-pension-de-alimentos>.



## PARTICIPACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES DE INFANCIA Y ROL DEL ESTADO: CASO APROBACIÓN DE LA LEY 30403

*Lesly Diaz Aguilar<sup>1</sup>*

*Shadia Najarro Laura<sup>2</sup>*

*Carlos Sarango Valdez<sup>3</sup>*

Instituto de Formación de Adolescentes y  
Niños Trabajadores Nagayama Norio INFANT  
Categoría Estudiantes

### **Sumilla**

Esta propuesta surge de la importancia de abordar la problemática de la violencia que se ejerce contra la infancia a partir de prácticas de crianza naturalizadas. Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (2016), en Perú, el 73.3 % de niños y niñas de 9 a 11 años, y el 81 % de adolescentes de 12 a 17 años alguna vez en su vida fueron víctimas de violencia física o psicológica en sus hogares o centros de atención residencial. Frente a esta situación, las organizaciones de niños, niñas y adolescentes, haciendo ejercicio de su derecho a la participación, realizaron acciones de incidencia en el proceso de aprobación de la ley contra el castigo físico y humillante en Perú, Ley 30403.

La *Convención sobre los Derechos del Niño* es un instrumento que forma parte del sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para la protección internacional de los derechos de niños, niñas y adolescentes; fue suscrita por el Estado peruano el 26 de enero de 1990 y ratificada el 14 de agosto del mismo año.

Esta establece, en su artículo 12, que los Estados están comprometidos a garantizar las condiciones para que los niños, niñas y adolescentes ejerzan el derecho de expresar libremente su opinión respecto a asuntos que les afectan (ONU, 1989). Asimismo, en el artículo 19 indica que los Estados deben adoptar medidas legales, de administración y educación para la protección de los menores de 18 años contra cualquier tipo de abuso físico o mental, y malos tratos por parte de los cuidadores o representantes legales (ONU, 1989).

La aplicación de la Convención es supervisada por el Comité de los Derechos del Niño. En 2006, este emitió la *Observación general n.º. 8, El Derecho del Niño a la Protección contra*

1 Estudiante de Derecho, Universidad Privada César Vallejo.

2 Bachiller en Medicina Humana y egresada de la maestría en Política Social con mención en Promoción de la Infancia, UNMSM.

3 Estudiante de Ciencia Política, UNMSM.

*los Castigos Corporales y otras Formas de Castigo Crueles o Degradantes*, donde señala que “ha observado con gran preocupación la legalidad generalizada y la persistente aprobación social de los castigos corporales y de otros castigos crueles o degradantes de los niños” (2006, p. 4).

De acuerdo a la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES) de 2016, respecto a las formas de castigo ejercidas por los padres biológicos, el 26.4 % de las madres y el 23.1 % de los padres utilizan los golpes como forma de castigo hacia sus hijos; asimismo, el 11.7 % de las madres y el 6.1 % de los padres emplea las palmadas como forma otra de castigo (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], 2017).

Se observa que, respecto a la violencia ejercida hacia los niños y niñas menores de 5 años, en el caso del empleo de palmadas por parte de la madre, de 2016 a 2017 hubo un descenso del 13.7 % al 12.9 %; sin embargo, para el año 2018, esta cifra se incrementó notablemente, al 20.4 %. En el caso de los padres, el incremento ha sido sostenido: 7.9 % en 2016, 8.3 % en 2017 y 11.1 % en 2018 (INEI, 2017, 2018, 2019).

El *Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012 - 2021* (en adelante *PNAIA 2021*) es el instrumento que direcciona las políticas públicas en materia de infancia y adolescencia en el territorio peruano: este señala que su objetivo central es construir “una nación con buen trato a sus niñas, niños y adolescentes” (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables [MIMP], 2012, p. 58). La Sexta Meta Emblemática del plan nacional es “¡En el Perú no se maltrata a su infancia! Disminuye violencia familiar contra niñas, niños y adolescentes” (MIMP, 2012, p. 58). El *PNAIA 2021* informa que, además del daño físico, la violencia produce daños a nivel emocional, que podrían ser incluso irreversibles y que repercuten en la colectividad (MIMP, 2012, p. 58), donde se reproduce “el ejercicio de la violencia en personas victimizadas” (Burela, Piazza, Alvarado, Gushiken y Fiestas, 2014, sección de Resumen, párr. 1); es decir, genera ciclos de violencia.

Las organizaciones de infancia, en tanto espacios y mecanismos de participación, fortalecen la toma de decisiones y contribuyen a evitar una visión paternalista de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Esta participación puede hacerse efectiva en distintos niveles, desde la aprobación de leyes hasta el proceso de implementación de las políticas públicas.

Por lo antes expuesto, el objetivo del presente trabajo es analizar la participación de las organizaciones de niños, niñas y adolescentes y el rol de Estado en el proceso de aprobación de la Ley 30403, Ley que Prohíbe el Uso del Castigo Físico y Humillante contra Niños, Niñas y Adolescentes.

## Marco Teórico

### Castigo físico y humillante

Desde una perspectiva social, en 2009, la Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia de la Defensoría del Pueblo (en adelante la Adjuntía) incluyó en el documento de trabajo *¡Adiós al castigo!* un breve recorrido por distintas definiciones relacionadas al tema, con el objetivo de dilucidar y construir una concepción sobre el castigo físico y humillante.

Una de las definiciones recogidas en dicho documento es aquella elaborada por Cantón y Cortés, quienes plantean que “Castigo físico, maltrato infantil, abuso y negligencia son algunos de los términos que se utilizan para hacer referencia a los actos violentos que, con fines disciplinarios o correctivos, se ejercen sobre los niños” (1997, como se citó en Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia de la Defensoría del Pueblo, 2009, p. 7). Al respecto, la Adjuntía

aclara que, “cuando el maltrato se realiza con la intención de corregir una conducta. . . [se trata de] castigo” (2009, p. 8). En el documento de trabajo también se recoge la definición del Comité de los Derechos del Niño, el cual plantea que el castigo físico es “todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve” (2006, como se citó en Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia de la Defensoría del Pueblo, 2009, pp. 8-9). Algunos ejemplos concretos del ejercicio de castigo físico son bofetadas, correazos, jalar orejas o cabello, entre otros.

Por su parte, en la ENDES 2017 se define el maltrato infantil como “cualquier acción u omisión no accidental de un adulto a un niño, ocasionando un daño en su integridad física, psicológica y/o social” (INEI, 2018, p. 291).

Desde una perspectiva jurídica, en el artículo 2 de la Ley 30403 (2015) se define al castigo físico y humillante de la siguiente manera:

1. Castigo físico: el uso de la fuerza, en ejercicio de las potestades de crianza o educación, con la intención de causar algún grado de dolor o incomodidad corporal, con el fin de corregir, controlar o cambiar el comportamiento de los niños, niñas y adolescentes, siempre que no constituya un hecho punible.
2. Castigo humillante: cualquier trato ofensivo, denigrante, desvalorizador, estigmatizante o ridiculizador, en ejercicio de las potestades de crianza o educación, con el fin de corregir, controlar o cambiar el comportamiento de los niños, niñas y adolescentes, siempre que no constituya un hecho punible. (MIMP, 2015, art. 2)

Estas definiciones se recogen también en el artículo 7 del reglamento de dicha ley (Decreto Supremo 003-2018-MIMP, 2018). De esta manera la concepción sobre el castigo físico y humillante es regulada expresamente en la legislación peruana.

### **El Comité de los Derechos del Niño de la ONU**

El Comité de los Derechos del Niño es un órgano integrado por 18 expertos elegidos por los Estados signatarios comprometidos con la *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989). Dicho organismo tiene como principal función supervisar el respeto de los derechos otorgados a los niños, niñas y adolescentes a través de la Convención, así como el cumplimiento de los compromisos de los Estados partes de generar entornos adecuados de desarrollo y protección a los menores de edad (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, s.f.)

En ese sentido, el Comité emite periódicamente observaciones finales sobre la situación de la infancia en todo el mundo, sobre la base de informes realizados por expertos con la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Además, cada cinco años, los Estados miembros deben presentar individualmente informes sobre la realidad de la infancia, y los avances que han tenido en cuanto a generar mejores condiciones de seguridad, protección e igualdad en cada una de sus respectivas jurisdicciones para el cumplimiento de la *Convención sobre los Derechos del Niño*.

Ante los informes del Estado peruano presentados desde octubre de 1993 hasta marzo de 2006, el Comité ha emitido observaciones finales. La observación 43, emitida al examen del tercer informe periódico del Perú, se refiere a legislar la prohibición expresa de cualquier forma de castigo corporal en todos los ámbitos:

El Comité recomienda al Estado Parte que promulgue y haga cumplir leyes que prohíban explícitamente todas las formas de castigo corporal de los niños en todos los ámbitos, particularmente en el hogar. El Estado Parte debería realizar también campañas de sensibilización y educación de la población contra los castigos corporales y promover medios de formación y pedagogía no violentos y participativos. (Comité de los Derechos del Niño, 2006, p. 8)

Posteriormente, la presentación del *Informe mundial sobre la violencia contra los niños* (2006) mostró la violenta realidad familiar en la que crecía la infancia alrededor del mundo; por ello, una de las recomendaciones de este informe era legislar en contra del castigo corporal y humillante al que eran sometidos los niños, niñas y adolescentes.

### **Doctrinas Jurídicas sobre la Infancia**

El 20 de noviembre de 1989, al suscribirse la *Convención sobre los Derechos del Niño* en la Asamblea General de las Naciones Unidas, se incorporó también un nuevo paradigma, la *doctrina de la protección integral*, que reemplazaría la denominada *doctrina de la situación irregular de los menores*.

La doctrina de la situación irregular tiene sus inicios en la creación del Tribunal de Chicago en 1899, el cual fue el primer tribunal para “menores”, que respondía a un pensamiento correccionalista y operaba sobre la base del supuesto de que las desigualdades sociales se debían a las diferencias “naturales” existentes entre las personas, por lo cual había individuos “anormales”, de los cuales la sociedad debía protegerse (González, 1999, p. 112).

Valencia (1999) señala que dicha doctrina desconoce la agencia de los niños, niñas y adolescentes: los considera objetos pasivos sobre los cuales el Estado ejerce un rol tutelar, sin tomar en cuenta su voluntad. Es importante señalar que esta doctrina nació de la preocupación que representaban los denominados “menores en situación irregular” (p. 94), quienes eran considerados un peligro, por lo cual esta doctrina jurídica era finalmente un mecanismo de control social.

Por el contrario, la doctrina de la protección integral, elaborada sobre la base del desarrollo humano, reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos, con ciudadanía, para quienes el Estado es un garante de derechos. Así, parte de una concepción de infancia distinta de aquella que consideraba a los menores propiedad de sus padres y, por lo tanto, un asunto correspondiente a la esfera privada. A partir de entonces, esta nueva doctrina se sustenta en el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, lo cual favorece el desarrollo de mecanismos de participación de la infancia (Prieto, 2012).

### **Paradigma del coprotagonismo**

El paradigma del coprotagonismo tiene su origen en el discurso de la participación protagónica, el cual se origina durante los 60 y 70, en el marco del proceso de organización de los niños, niñas y adolescentes trabajadores en Perú, cuyo eje fue la “promoción de los niños y niñas en todas sus potencialidades” (Cussiánovich & Figueroa, 2009, p. 85), donde se reconoce a una infancia que defiende el respeto de sus derechos, entre ellos el derecho a la participación.

Este paradigma reconoce al protagonismo como “inherente a la condición humana” (Cussiánovich & Figueroa, 2009, p. 85), y el hecho de que no se trata de una condición individual, sino social, por lo cual posteriormente se emplea la noción *coprotagonismo*. Como señalan Cussiánovich y Figueroa (2009), “solo podemos ir siendo personalmente protagonistas en la

medida que contribuyamos a que el otro vaya igualmente descubriendo y desarrollando su vocación a ser protagonista de su vida” (p. 91).

El paradigma del coprotagonismo da cuenta también de una nueva forma de concebir la relación entre las infancias y el mundo adulto (Cussiánovich & Figueroa, 2009, p. 95), que implica que los adultos reconozcan y valoren las acciones sociales, políticas y recreativas que proponen y desarrollan las infancias.

### **Organizaciones de niños, niñas y adolescentes**

Las organizaciones de infancia son estructuras conformadas por niños, niñas y adolescentes, las cuales generan espacios de participación y representación. Mediante estas organizaciones, las infancias realizan acciones de empoderamiento y movilización destinadas a reafirmar su protagonismo en la sociedad y el Estado. Así, son los mismos niños, niñas y adolescentes organizados quienes velan por el respeto, cumplimiento y promoción de sus derechos, a la par que buscan transformar la sociedad mediante la incidencia en políticas públicas.

Este tipo de participación se fundamenta en la *Constitución Política del Perú* (1993), que señala que “toda persona tiene derecho. . . a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social” (art. 2, inc. 4).

Por otro lado, la *Convención sobre los Derechos del Niño* señala lo siguiente:

Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. (ONU, 1989, art. 12, inc. 1)

Es así que el derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes está determinado en los artículos antes citados.

## **Marco Jurídico: Comparación de la Experiencia Nacional, Regional y Local Respecto al Ordenamiento Jurídico sobre el Castigo Físico y Humillante**

### **Experiencia nacional**

Durante los últimos 60 años la legislación peruana en materia de infancia ha sido objeto de diferentes modificaciones realizadas para garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los distintos espacios en los que se desarrollen.

En relación a los códigos de niñas, niños y adolescentes, las legislaciones fueron planteadas acorde a los contextos sociopolíticos nacionales e internacionales en los cuales fueron propuestos. Así, el *Código de Menores* de 1962 recoge una visión de la infancia desde la doctrina de la situación irregular, mientras que el *Código de Niños y Adolescentes* (2000) se sustenta sobre la base de la doctrina de la protección integral.

### **Código de Menores (1962)**

Las aproximaciones de este código en relación a la protección de la infancia se encuentran en el “Título Preliminar”, dirigido a la orientación de la política del Estado y las instituciones básicas de la sociedad para la asistencia integral del menor, así como en el “Título II: Protección de la Familia, de la Maternidad y de la Primera Infancia”, en el cual se señala que “la protección de la primera infancia comprende la asistencia del niño para conseguir su normal

evolución, el amparo del niño abandonado y lo relativo a la epidemiología, morbilidad y mortalidad infantiles” (“Ley 13968”, 1962, art. 17). En estos dos puntos observamos que se hace referencia a la asistencia integral de los denominados *menores*; sin embargo, en el artículo 17 se enfatiza únicamente en el cuidado de la infancia relacionado a la salubridad.

En este código no se hace alusión a los castigos corporales o humillantes contra los niños, niñas y adolescentes que se encuentren bajo el cuidado de sus padres o tutores. Sin embargo, el Código Civil de 1936 recogía en la sección “Título VI de la Patria Potestad”, lo siguiente: “Son deberes y derechos de los que ejercen la patria potestad: . . . 3.- Corregir moderadamente a los hijos” (“Ley 8305”, 1936, art. 398, inc. 3). El empleo del término *moderadamente* otorgaba a los padres el derecho de corregir a sus hijos, sin determinar qué sería una corrección moderada. Ello permitía interpretar como corrección moderada castigos corporales y humillantes de cualquier índole.

### ***Código de los Niños y Adolescentes (1992)***

En el contexto de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989 —la cual propone una nueva doctrina jurídica en cuanto a la infancia: la doctrina de la protección integral— se reconoce al niño como sujeto de derechos. Así, en la década de los 90 entra en cuestionamiento el *Código de Menores* de 1962, el cual consideraba a la infancia como objeto de tutela.

Así, el 29 de diciembre de 1992 se publicó el *Código de los Niños y Adolescentes*, contenido en el Decreto Ley 26102, que al igual que el código actual —y como se señaló en el *Código Civil* de 1936— recogía en el “Tercer Libro de Instituciones Familiares” los deberes y derechos de los padres:

Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad respecto de los niños y adolescentes que son sus hijos los siguientes:

- a) Velar por su desarrollo integral. . .
- d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos. (art. 82)

Sin embargo, en el inciso d, la palabra *corregirlos* deja abierta la posibilidad de usar el castigo físico como instrumento de corrección, y contradice así lo planteado en el inciso a, el deber de protección del desarrollo del niño, niña o adolescente. Además, otros artículos del mismo código resaltan dicha contradicción normativa, entre ellos el artículo 4, dirigido a la protección de la integridad personal del infante ante tratos crueles o degradantes, explotación o tortura; y el artículo 16, que protegía al niño, niña o adolescente ante faltas de respeto a su persona (“Decreto Ley 26102”, 1992).

No obstante, la segunda disposición del mismo *Código de los Niños y Adolescentes* permitió que se modifique el artículo 423 del *Código Civil* de 1984, introduciendo en el inciso 3 que “son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: . . . 3.- Corregir moderadamente a los hijos” (“Decreto Legislativo 295”, 1984). Esto se contraponen a otras disposiciones contenidas en el mismo documento, que están dirigidas garantizar el desarrollo de niños, niñas y adolescentes en un entorno sano, equilibrado y libre de violencia.

### ***Código de los Niños y Adolescentes (2000)***

En el año 2000, se logró la aprobación del nuevo *Código de los Niños y Adolescentes*. Sin embargo, este código, lejos de prohibir el castigo físico y humillante permite expresamente

la corrección moderada: “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad: ... d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente” (“Ley 27337”, 2000, art. 74). Así, la legislación no protegía a los niños, niñas ni adolescentes frente a los castigos a los cuales sus padres podrían someterlos, a pesar de que en el artículo 4 del mismo código se determina la protección del derecho a su integridad personal.

Posterior a la aprobación del código en mención, existía aún la necesidad de contar con legislación que prohibiera el castigo. Por ello, la Defensoría del Pueblo, en su misión de promoción y defensa de los derechos fundamentales (Defensoría del Pueblo, s.f.), publica el documento *Las Recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño al Estado Peruano: Un Balance de su Cumplimiento* (2011). En él, la Defensoría reconoce que se deben realizar acciones específicas como la aprobación de la propuesta legislativa de prohibición de castigo físico y humillante, para erradicar la contradicción presente en la legislación peruana respecto del artículo 19 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, a la que está adscrito el Perú (Defensoría del Pueblo, 2011). Además, señala específicamente que dicho proyecto de ley está dirigido a modificar los artículos 423 del *Código Civil* y 74, inciso d, del *Código de los Niños y Adolescentes*.

En el 2012, la Defensoría del Pueblo realizó un análisis del dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República que tenía como propuesta un nuevo código, para lo cual recomendó al Poder Legislativo el respeto al “derecho a la integridad de niños, niñas y adolescentes prohibiendo expresamente la violencia sexual y el castigo físico y humillante, así como reconocer el derecho a la participación infantil” (párr. 3).

### **Ley 30403, Ley que Prohíbe el Uso del Castigo Físico y Humillante contra Niños, Niñas y Adolescentes**

El 10 de diciembre de 2015, Marcela Huaita Alegre, entonces ministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, envió el Oficio 254 -2015-MIMP/DM al presidente del Congreso, Luis Iberico Núñez, solicitando

se debata en el Pleno del Congreso los proyectos de ley referidos a la prohibición del uso de medidas correctivas que atenten contra la integridad personal de las niñas, niños y adolescentes [en] referencia [a los] Proyectos de Ley N° 661 /2011-CR, 00944/2011-PE, 962/2011-CR, 1737/2012-CR, 3654/2013-CR, 4303-2014/CR y 4518- 2014/CR. (MIMP, 2015, sección de Asunto, párr. 1; sección de Referencia, párr. 1)

En el oficio se señala la observación final 43 del Comité de los Derechos del Niño, que indica se promulgue una ley que prohíba cualquier forma de castigo corporal hacia la infancia. Así también, Marcela Huaita recuerda que el Perú se encuentra próximo a sustentar los informes cuarto y quinto ante dicho comité. La entonces ministra subraya también la próxima conclusión de legislatura ordinaria del Congreso de la República del período 2011-2016 (MIMP, 2015).

El 10 de diciembre de 2015, se llevó a cabo en el hemiciclo del parlamento la sesión del pleno en la que se sustentó el proyecto para la aprobación de la Ley 30403, la cual prohíbe el uso de castigo físico y humillante contra niños, niñas y adolescentes. Este proyecto fue llevado a debate por Luisa María Cuculiza, quien presidía la Comisión de la Mujer. La parlamentaria Cuculiza expuso durante el debate su experiencia como directora del Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF):

¿Por qué existen niños en la calle? Yo he tenido la oportunidad de tener en mis manos a miles de adolescentes en el programa de Inabif [sic], cuando era directora ahí, y poder reinsertar a esos niños que se escapan de sus casas. Cuando yo le decía ¿pero por qué estás en la calle? [sic] El niño contestaba “es que mejor estoy en la calle que en mi casa, donde me maltratan y me pegan”. (Congreso de la República del Perú, 2015, p. 4)

Por otra parte, el parlamentario Julio Rosas planteó lo siguiente:

El actual Código del Niño y el Adolescente mantiene. . . en el artículo 74, el inciso [sic] d), darles buenos ejemplos de vida. . . y corregirlos moderadamente... No hay que confundir el acto violento que hay que condenar en todo momento; pero también hay que entender la corrección formativa, es muy importante eso. . . Yo quisiera pedir. . . que sí, aprobemos lo que están proponiendo; pero sin derogar lo que dice el Código del Niño y Adolescente; y sobre todo también el Código Civil, donde habla ahí: “corregir moderadamente a los hijos”. (Congreso de la República del Perú, 2015, p. 16)

Luego del debate, en primera votación, con 75 votos a favor, cero votos en contra y una abstención —del congresista Julio Rosas—, se aprobó el texto sustitutorio de los proyectos de ley previos<sup>4</sup>. A solicitud de la presidenta de la Comisión de la Mujer, se exoneró de la segunda votación. Así, en diciembre de 2015, se aprobó la *Ley 30403, Ley que Prohíbe el Uso del Castigo Físico y Humillante contra los Niños, Niñas y Adolescentes*, con la cual se logró derogar en el “Libro III de Derecho de Familia” del *Código Civil* vigente el inciso 3 del artículo 423, que permitía corregir moderadamente, así como el inciso d del artículo 74 del *Código de los Niños y Adolescentes*. Adicionalmente, la Ley 30403 incorporó al código en cuestión el artículo 3-A, que señala lo siguiente:

Los niños, niñas y adolescentes, sin exclusión alguna, tienen derecho al buen trato, que implica recibir cuidados, afecto, protección, socialización y educación no violentas, en un ambiente armonioso, solidario y afectivo, en el que se le brinde protección integral, ya sea por parte de sus padres, tutores, responsables o representantes legales, así como de sus educadores, autoridades administrativas, públicas o privadas, o cualquier otra persona. El derecho al buen trato es recíproco entre los niños, niñas y adolescentes. (“Ley 30403”, 2015)

En relación con lo anterior, la Ley 30403 elimina el uso de cualquier castigo corporal o humillante como instrumento de corrección de los niños, niñas y adolescentes. En su lugar, incorpora el derecho al buen trato, que permita su desarrollo en el hogar, la escuela, la comunidad, el trabajo y los diferentes espacios mientras están protegidos de cualquier tipo de violencia (ONU, 2006, p. 3).

A los 20 días de su aprobación por el pleno del Congreso, el presidente de la República, entonces Ollanta Humala Tasso, promulgó la Ley 30403, que fue publicada el 30 de diciembre de 2015 en *El Peruano*.

En 2016, el MIMP presentó la *Propuesta de Lineamientos para la Aplicación de la Ley 30403 “Ley que Prohíbe el Uso de Castigo Físico y Humillante contra los Niños, Niñas y Adolescentes”*, donde entre sus “Estrategias para la Implementación de la Ley 30403” plantea ac-

<sup>4</sup> Proyectos de Ley 661 /2011-CR, 00944/2011-PE, 962/2011- CR, 1737/2012-CR, 3654/2013-CR, 4303-2014/CR y 4518- 2014/CR. (MIMP, 2015, sección de Referencia, párr. 1)

ciones preventivas y de promoción (MIMP, 2016, diapositiva 6). En esa línea, el mismo año, el MIMP lanzó la campaña Sin Pegar ni Humillar, es Hora de Cambiar con el objetivo de contribuir a eliminar la creencia de que para criar o educar a los niños, niñas y adolescentes es necesario recurrir al castigo físico o humillante; para ello, se busca sensibilizar a todos los padres, madres y cuidadores sobre la importancia de educar con respeto y evitar el innecesario uso de la violencia (MIMP, 2016, párrs. 1-3).

En 2017, la Defensoría del Pueblo, mediante las notas de prensa 309/OCII/DP/2017 y 380/OCII/DP/2017, hizo un llamado al Estado respecto de la necesidad de implementar medidas eficaces en pos del cumplimiento de la Ley 30403, ya que se estaba dando un incremento en las cifras de los casos atendidos por los Centros de Emergencia Mujer:

En 2016, los Centros de Emergencia Mujer atendieron a nivel nacional 7,867 casos de violencia física contra niños, niñas y adolescentes, y 9,279 casos de violencia psicológica; mientras que desde enero a noviembre de 2017, han atendido a 9,121 casos de violencia física y 12,498 casos de violencia psicológica; de estas cifras, el 60 % de las víctimas fueron niñas y adolescentes mujeres. (Defensoría del Pueblo, 2017b)

Concomitantemente, la Defensoría resaltó la necesidad de “la articulación intersectorial e intergubernamental con la participación de la sociedad civil y de los propios niños, niñas y adolescentes para atender esta problemática” (Defensoría del Pueblo, 2017a), reconociendo el necesario rol que ejercen la infancia y adolescencia en la defensa de sus derechos. En ese sentido, realizó una mesa de trabajo a fin de recoger sugerencias y aportes que contribuyan a la aplicación de la Ley. En esta mesa participaron tanto representantes del Estado como de organizaciones de infancia (Defensoría del Pueblo, 2017a).

En febrero de 2018, la Defensoría hizo un llamado a que el Estado garantice entornos libres de violencia para el desarrollo y bienestar integral de las infancias, para lo cual es necesaria la promoción de pautas de crianza positiva (Defensoría Perú, 2018).

En el caso del Ministerio de Educación (MINEDU), la Ley 30403 forma parte de la base normativa del Decreto Supremo 004-2018-MINEDU, *Lineamientos para la Gestión de la Convivencia Escolar, la Prevención y la Atención de la Violencia contra Niñas, Niños y Adolescentes*. En dicho documento se señala, en la disposición 9.2.3., inciso d, que es deber dicha institución “Garantizar el ejercicio de la disciplina basada en un enfoque de derechos, sin ningún tipo de castigo físico ni humillante” (“Decreto Supremo 004-2018-MINEDU”, 2018).

El 2 de junio de 2018 se aprobó el Reglamento de la Ley 30403, el cual establece lo siguiente:

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Educación, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en un plazo de noventa (90) días hábiles elaboran, en el marco de sus competencias, protocolos especializados y normas complementarias para la prevención, atención y prohibición del castigo físico y humillante. (“Decreto Supremo-003-2018-MIMP”, 2018, primera disposición complementaria final)

En ese sentido, el reglamento de esta ley busca promover el empleo de métodos de crianza positivos. El reglamento contiene las acciones de prevención y actuación necesarias frente a los casos de violencia, presentación de protocolos de información, asesoría legal, y atención de salud a los niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de maltrato físico y humillante.

## Experiencia regional y local

**Plan Regional de Acción por la Infancia y Adolescencia - Ucayali 2013-2021.** El Gobierno Regional de Ucayali formula el *Plan Regional de Acción por la Infancia y Adolescencia 2013-2021* que tiene como objetivo “asegurar el desarrollo integral y el acceso a servicios públicos de calidad, sin los cuales no es posible garantizar los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes de la región” (Gobierno Regional de Ucayali [GRU], 2013, p. 9). Una de las metas emblemáticas del plan se denomina “A las niñas, niños y adolescentes con cariño. Ucayali libre del maltrato” y tiene como prioridad “la negación colectiva ante el maltrato y la no aceptación de cualquiera de sus expresiones” (GRU, 2013, p. 52).

El quinto objetivo estratégico señalado en el Plan hace referencia a “garantizar la protección de las niñas, niños y adolescentes de 0 a 18 años de edad” (GRU, 2013, p. 60), y se señala que se espera tener como resultado intermedio 6 la “reducción del número de niñas, niños y adolescentes que son víctimas de violencia, familiar y escolar” (GRU, 2013, p. 62).

Es así que la propuesta del Gobierno Regional de Ucayali refleja el interés por incluir en las políticas públicas acciones de prevención ante la violencia contra la niñez a pesar de no existir hasta 2013 una regulación normativa específica.

**Ordenanza N 026-2015-CR-GRH del Gobierno Regional de Huánuco.** El 2 de octubre de 2015 el Gobierno Regional de Huánuco aprobó un acta de compromiso donde prioriza el respeto por los derechos de la infancia y adolescencia en los planes de gobierno y señala entre los ejes de la agenda la “protección contra la violencia, prohibiendo cualquier forma de castigo físico o humillante. . . y la promoción de] su participación, escuchando su voz” (“Ordenanza Regional 026-2015-CR-GRH”, 2015, párr. 17). Asimismo, en dicha ordenanza se resalta lo siguiente:

Es necesario incorporar en los Acuerdos de Gobernabilidad intervenciones para la protección de los niños, niñas y adolescentes ante toda forma de violencia, incluido el Acta por la Infancia. . . en la que se resumía las propuestas de líderes adolescentes de municipios y fiscalías escolares de Huánuco. . . (“Ordenanza Regional 026-2015-CR-GRH”, 2015, párr. 19)

De esta manera, el Gobierno Regional de Huánuco, incluso antes de la aprobación de la Ley 30403, coloca en la agenda la prohibición del castigo físico y reconoció la relevancia de la participación de las organizaciones de infancia en la generación de propuestas para su desarrollo y protección.

**Ordenanzas municipales.** En la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972, se señala como competencias y funciones de las mismas, con carácter exclusivo o compartido: “difundir y promover los derechos del niño, del adolescente. . . propiciando espacios para su participación a nivel de instancias municipales” (2003, art. 73, inc. 6.4). Al respecto, en el reglamento de la Ley 30403 (Decreto Supremo 003-2018-MIMP), se indica lo siguiente:

Los Gobiernos Locales deben garantizar que se realicen acciones de prevención contra el castigo físico y humillante, especialmente a través de las Defensorías del Niño y del Adolescente, además de promover la existencia de redes de protección local y campañas de sensibilización. (2018, art. 14, inc. c)

Hasta la actualidad son nueve las municipalidades que cuentan con ordenanzas que previenen y prohíben el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes. Todas fueron aprobadas en el año 2019:

Ordenanza 528-MPL de la Municipalidad de Pueblo Libre, Ordenanza 422-MDS de la Municipalidad de Surquillo, Ordenanza 270-MDSL/C de la Municipalidad de San Luis, Ordenanza 013-2019/MDPN de la Municipalidad de Punta Negra, Ordenanza 009-2019-MDCLR de la Municipalidad de Carmen de la Legua Reynoso, Ordenanza 583-MDJM de la Municipalidad de Jesús María. Resolución de Alcaldía 0316 de la Municipalidad de Ate, Ordenanza 407-2019/MDSJM de la Municipalidad de San Juan de Miraflores y Ordenanza 000270/MDSA de la Municipalidad de Santa Anita. (Díaz, L., Najarro, S. & Sarango, C., 2019, p. 1)

Dichas ordenanzas encuentran respaldo y orientación en el contenido de la Ley 30403 y reúnen criterios para identificar el castigo físico y humillante. Así también, se establece la responsabilidad de la Defensoría Municipal del Niño y Adolescente (DEMUNA) respecto de la prevención del castigo. Además, las ordenanzas disponen acciones a implementar mediante la estrategia denominada Ponte en #ModoNiñez, impulsada por el MIMP.

En la revisión de la experiencia subnacional sobre el abordaje del castigo hacia niños, niñas y adolescentes, se observa que antes de la aprobación de la Ley 30403, los gobiernos habían impulsado un plan regional y un acta de compromiso respectivamente. Por su parte, las municipalidades, mediante ordenanzas, han establecido estrategias locales de acción conjunta a través de los órganos competentes de su circunscripción. Sin embargo, es necesario que la implementación de la referida ley se dé con mayor incidencia a nivel local y regional.

## **Participación de las Organizaciones de Niños, Niñas y Adolescentes en el proceso de aprobación de la Ley 30403**

### **Rol de las organizaciones de infancia**

Durante el proceso de aprobación y aplicación de la Ley 30403, tanto desde la sociedad civil como desde el Estado, se configuraron distintos mecanismos de incidencia y trabajo articulado entre los actores involucrados para que los niños, niñas y adolescentes puedan hacer efectivo su derecho al buen trato.

El 14 de marzo de 2006, el Comité de los Derechos del Niño emitió recomendaciones respecto al tercer informe periódico presentado por el Estado peruano. En ese sentido, una de las recomendaciones que requería ser aplicada en el Perú era la implementación en el sistema legal de una ley que prohíba expresamente todo tipo de castigos corporales y humillantes contra los niños, niñas y adolescentes.

Desde las organizaciones de infancia, se partió de un proceso de reflexión a partir de lo que vivían los niños, niñas y adolescentes en su entorno. Flor de María Concha, ex integrante de Amigos por Siempre, recuerda que cuando participaba en las reuniones de dicha organización y algunos niños no asistían, se preguntaban:

¿Por qué Miguel no vino? Ah porque está en su casa. ¿Por qué? Su mamá le ha pegado. ¿Por qué? Porque no quería que salga. O ¿por qué no vino tal chica? Es que su papá le ha pegado hace tres días y está con moretones, la hemos visto allá llorando, quiere venir y no puede... Era un tema tan recurrente que llegamos a la reflexión ¿qué podemos hacer ante esto? Porque creo que nos hicimos en ese entonces como una murallita entre nosotros de querer vivir

y convivir en un espacio mejor, ¿no? Y cuando lo hacíamos solos era mucho más difícil que hacerlo entre todos. Yo creo que desde ahí nació la reflexión de porqué había varios niños ausentes en nuestra hora de juego o porque tal persona estaba mal o como esa persona en plena reunión se ponía llorar. Porque ahí todos teníamos 6, 7, 8, 9 años... éramos un grupo, era una familia, una mini familia de ahí nació creo en la organización esta iniciativa. (Comunicación personal, 28 de mayo de 2019)

Alejandro Cussiánovich, educador y colaborador en organizaciones de infancia, considera que la participación desde los niños, niñas y adolescentes organizados surgió por razones vinculadas a la experiencia:

Lo sienten en su piel, porque en las organizaciones se ha discutido eso. Ellos no luchaban “porque a mí me han pegado”, pero conocemos chicos en el barrio que son golpeados o que se tienen que ir a vivir a la calle porque son maltratados en la casa... y en las organizaciones se hizo un trabajo de fundamentación de esto, no es solo una cuestión legal y jurídica, sino de dignidad porque predomina en el mundo adulto la idea de que los menores de edad son propiedad de los adultos. (Comunicación personal, 14 de junio de 2019)

La afirmación anterior pone en relieve la existencia de una sociedad adultocéntrica la cual establece una jerarquía en su relación con la infancia, la cual limita el ejercicio de sus derechos. Las organizaciones de infancia son una respuesta a esta forma de relacionamiento y proponen el coprotagonismo como una alternativa de construcción de “nuevas relaciones sociales entre el mundo adulto y la infancia” (A. Cussiánovich, comunicación personal, 14 de junio de 2019).

Gracias a la iniciativa de diversas organizaciones y colectivos de la sociedad civil se inició un trabajo de cooperación para lograr la aprobación de una ley que prohibiera el castigo físico y humillante contra niños, niñas y adolescentes. Así, desde octubre de 2006, organizaciones no gubernamentales como Save The Children y Plan Internacional; asociaciones como el Instituto de Formación de Adolescentes y Niños Trabajadores (INFANT), Bola Roja, Ayllu Situwa y Ángeles D1; y organizaciones de niños, niñas y adolescentes como Amigos por Siempre, el Movimiento Nacional de Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores Organizados del Perú (MNNATSOP), Municipios Escolares, entre otros crearon la campaña ¡Adiós al Castigo Físico y Humillante!, que tenía como principal objetivo la modificación del *Código de Niños, niñas y Adolescentes*, el cual permitía a los padres el uso del castigo como instrumento de corrección al señalar que se permitía la “corrección moderada” (2000, art. 74, inc. d).

Una de las acciones que formó parte de dicha campaña fue el Festival contra el Castigo Físico y Humillante contra Menores, llevado a cabo con el apoyo de la Defensoría del Pueblo, en noviembre de 2008. Este tenía el objetivo de llamar la atención de padres, madres y público en general mediante presentaciones artísticas, para que se comprometían a no emplear la violencia en sus hogares, y promuevan la aprobación de la ley contra el castigo físico y humillante.

Un rol protagónico en el proceso de aprobación de la Ley 30403 lo tuvieron las organizaciones de niños, niñas y adolescentes (ONNAS), quienes con el acompañamiento de INFANT, organizaron y realizaron acciones de incidencia para la aprobación de esta ley, haciendo ejercicio de su derecho a la participación en los asuntos que les conciernen: el derecho a asociarse, a un desarrollo integral, a vivir en un ambiente libre violencia, a la libertad de opinión, a la libertad de expresión, a la libertad de pensamiento y a ser respetados por sus

educadores, todos derechos reconocidos y recogidos en el capítulo I, sobre “Derechos civiles” (arts. 8-11), del *Código de Niños y Adolescentes* (2000).

En 2012 INFANT, junto a las ONNAS, iniciaron la campaña Infancia Sin Castigo, Infancia Sin Violencia, la cual tenía como objetivo sensibilizar a la sociedad, respecto de la naturalización del empleo de la violencia en la crianza de los niños, niñas y adolescentes. Algunas de las acciones realizadas por las ONNAS fueron la creación de un museo itinerante, donde se exhibían objetos empleados para infligir castigos físicos, y el evento Un Abrazo por la Infancia.

Desde 2012 hasta 2017, Un Abrazo por la Infancia convocó a la sociedad civil y representantes del Estado en diversos espacios públicos con el objetivo de desarrollar acciones formativas y de incidencia social orientadas a fortalecer las relaciones entre padres e hijos, y reemplazar la violencia como método de corrección por una crianza basada en el diálogo y respeto mutuo.

En 2013, las ONNAS Amigos por Siempre, de Villa El Salvador; Peruanitos, de Villa María del Triunfo; Escuela Ciudadana; el Comité Metropolitano de Estudiantes (COMETE); el Consejo Consultivo de Niños, Niñas y Adolescentes (CCONNA); el MNNATSOP; el Movimiento de Adolescentes y Niños Trabajadores Hijos de Obreros Cristianos (MANTHOC); Ato Colibrí; Red de Lurigancho Chosica de Municipios Escolares (Red Luna); la Comisión Nacional de Niños, Niñas y Adolescentes (CONNADENA); Municipios Escolares; entre otras, quienes venían participando en el desarrollo de acciones para la aprobación de la ley contra el castigo físico y humillante, articularon esfuerzos y conformaron el Colectivo de Organizaciones de Niños, Niñas y Adolescentes Unidos por la Infancia (CONNAUPI).

Además, CONNAUPI logró organizar el Colectivo de Artistas Unidos por la Infancia, conformado por representantes nacionales e internacionales, quienes participaron en acciones públicas como Un Abrazo por la Infancia y diversas campañas en redes sociales, como muestra de su apoyo a la promoción de una infancia sin violencia.

Otro elemento importante en el proceso de aprobación de la Ley 30403 fue el rol de los padres y madres de familia de los niños, niñas y adolescentes de las organizaciones. Gabriel Herrera, integrante de CONNAUPI y miembro del equipo coordinador del CCONNA, menciona que cuando los padres conocían el *para qué* de la labor que realizaban como organizaciones de infancia, los respaldaban: “algunos papás difícilmente dan permiso, pero al saber del tema sobre el cual íbamos a hablar y el contexto de los objetivos que teníamos, recibíamos su apoyo. Es algo importante tener su apoyo para las cosas que puedas realizar” (G. Herrera, comunicación personal, 1 de junio de 2019).

La participación de los niños, niñas y adolescentes constituyó una herramienta transformadora en su entorno familiar durante el proceso de incidencia para la aprobación de la Ley 30403. Al respecto, Gabriel Herrera comparte su testimonio:

Mis papás solían creer que la única forma con la que podían corregir a sus hijos, no golpeándonos, pero sí utilizando la violencia con la misma excusa que todos los papás dan: que es porque les había servido a ellos para que sean personas de bien. Pero al conocer que también existen formas en las que pueden llevarse bien con sus hijos, incluso abrir esa confianza entre padres e hijos a través de diálogo y negociación para mejorar su relación. Es algo chévere que ha cambiado a mi propia familia, transformado directamente mi vida personal y mi vida diaria. (Comunicación personal, 1 de junio de 2019)

Asimismo, Flor de María Concha refiere que, para algunos padres, este proceso en un primer momento fue “chocante”: tener que cambiar una forma de relacionarse con sus hijos

en la cual el castigo era válido. Sin embargo, después de un periodo de reflexión y aprendizaje, los padres se sumaron a las acciones que realizaban las organizaciones:

Años después cuando mis hermanos eran más grandes... ya veía a mi papá acompañando a mis hermanos en las marchas, en los pasacalles, en la elaboración de pancartas, mi mamá siempre haciendo las pancartas, saliendo o ayudando a llamar a otros padres, a otros vecinos, convenciéndolos para que también se unan... después de haber pasado ellos su proceso de adaptación, de reconcientización. (F. Concha, comunicación personal, 28 de mayo de 2019)

Se observa así que en las familias de los miembros de las organizaciones de infancia se dio un proceso de cambio personal, que luego se proyectó en las relaciones familiares y comunitarias, puesto que los padres llegaron a involucrarse en los esfuerzos para lograr la aprobación de la Ley 30403. Sin embargo, en las entrevistas realizadas y en la información recopilada no se encuentra evidencia de la existencia de organizaciones o colectivos conformados íntegramente por padres, madres o cuidadores que participaran en el proceso de aprobación de la ley en cuestión.

El educador Alejandro Cussiánovich reflexiona sobre este punto y señala al respecto que la intervención de los adultos suele tener lugar cuando son testigos de maltrato hacia los niños y su acción usualmente consiste en comunicar el hecho a instancias como la Policía o el Serenazgo. Para Cussiánovich, el que no existiesen organizaciones de padres durante el proceso de aprobación tendría relación con el “problema generalizado de que los niños no son considerados interlocutores válidos sobre los problemas” (comunicación personal, 14 de junio de 2019).

En la misma línea, Flor de María Concha recuerda que durante su participación en este proceso de incidencia percibía escepticismo por parte de algunos adultos: “escepticismo supongo porque no es común ver a chicos que se metan en temas considerados no pertinentes para niños. . . Entonces supongo que ciertos adultos de pronto caen en eso de no creer en la capacidad de los niños” (comunicación personal, 28 de mayo de 2019).

Otro elemento que destaca Cussiánovich es que para los padres de familia “el castigo está ligado a una orientación correcta de la vida. Hay una instrumentalización de signos llamados a cultivar el afecto, el vínculo positivo, utilizados para justificar el castigo: ‘si mis padres no me hubieran pegado cuando era niño, no sería lo que era hoy’” (comunicación personal, 14 de junio de 2019). Se entiende así que el castigo se usa como instrumento para procurar la formación de los niños, en tanto parte de una intención educadora, ignorando que ese tipo de prácticas reproducen formas de dominación, amenaza y violencia que repercuten en la sociedad.

CONNAUPI, como parte de la Campaña Infancia Sin Castigo, Infancia Sin Violencia, realizó acciones de incidencia en el Congreso de la República del Perú, mediante entrevistas a congresistas de diferentes grupos parlamentarios para informarles sobre el impacto que tendría la ley contra el castigo en la protección de sus derechos, así como para obtener el compromiso de los parlamentarios con la aprobación de dicho proyecto de ley. Otra actividad fueron vigiliadas realizadas en el frontis del Congreso de la República, con la intención de incidir para que el proyecto sea debatido en el pleno (Instituto de Formación de Adolescentes y Niños Trabajadores, 2015). Finalmente, en diciembre de 2015, se logró la aprobación de la Ley 30403.

Luego de la aprobación, refiere Flor de María Concha, los miembros de las organizaciones eran conscientes de que se trataba únicamente de un primer paso, que no iba a significar un cambio inmediato en las prácticas de crianza, pero sí otorgaba un respaldo legal (comunicación personal, 28 de mayo de 2019).

Para Gabriel Herrera, la aprobación de la Ley 30403 significó un logro importante y conjuntamente una responsabilidad:

Me sentí muy contento por haber participado en el proceso de lucha porque fue importante, pero también sentí que había una responsabilidad como organización de seguir difundiendo la ley. . . dijimos que no era un final sino un inicio porque ahora tocaba que todas las personas dentro de la sociedad se enteren de que la ley existe y la conozcan. (G. Herrera, comunicación personal, 1 de junio de 2019)

Tras la aprobación de la Ley 30403, organizaciones como Save The Children y World Vision Perú, en colaboración con la Asociación Salgalú para el Desarrollo, con apoyo de la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de Justicia, crearon plataformas virtuales para difundirla, mediante dos cursos virtuales llamados Infancia Sin Violencia. El primero se llevó a cabo en 2017 y el segundo en 2018, y ambos estuvieron dirigidos a brindar herramientas para crear acciones que contribuyan a la erradicación de la violencia contra la infancia y la adolescencia (World Vision, 2018).

Asimismo, INFANT inició en 2016 la campaña El Poder de la Ternura, la cual tiene como objetivo “ponerle fin a la violencia física contra los niños y niñas en nuestros hogares, escuelas, barrios y nuestra sociedad en general; y promover una cultura de crianza y educación con ternura y amor hacia los niños, niñas y adolescentes del Perú” (INFANT, s.f., párr. 2). Como parte de esta campaña, en septiembre de 2018, con el apoyo y participación de la Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia de la Defensoría del Pueblo, se realizó el simposio Retos para la Implementación de la Ley 30403, que Prohíbe el Uso del Castigo Físico y Humillante contra los Niños, Niñas y Adolescentes, dirigido a servidores públicos.

### Abordaje de los medios de comunicación nacional

Los medios de comunicación fueron uno de los espacios donde se visibilizó la participación de las organizaciones de infancia a favor de la aprobación de la ley contra el castigo.

Se realizó una búsqueda en el navegador Google empleando diversas combinaciones de los términos *Ley 30403; aprobación; noticias; debate; pleno del Congreso; niños organizados; organizaciones de niños, niñas y adolescentes; reglamento; castigo físico; castigos corporales*. En el panorama de lo comunicado por los medios de información peruanos, se encontró la explicación de un marco legal, cifras respecto a los casos de violencia, iniciativas de la sociedad civil y el rol del Estado ante el problema de la violencia hacia la infancia<sup>5</sup>. La revisión del contenido difundido

5 <https://andina.pe/agencia/noticia-lanzan-congreso-campana-propone-usar-dialogo-y-ternura-crianza-ninos-644885.aspx>  
<https://andina.pe/agencia/noticia-ninos-y-ninas-pidieron-una-educacion-basada-el-dialogo-y-libre-violencia-627290.aspx>  
<https://laley.pe/art/3012/padres-no-tienen-el-derecho-de-corregir-moderadamente-a-sus-hijos>  
<https://elcomercio.pe/peru/8-mil-menores-han-sido-victimas-violencia-ano-238359>  
<https://elcomercio.pe/peru/ninos-piden-apruebe-reglamento-ley-maltrato-infantil-noticia-512963>  
<https://elcomercio.pe/lima/pacto-ternura-ninos-peru-225087>  
<https://www.elpopular.pe/actualidad-y-policiales/2016-12-09-maltrato-infantil-casi-19-mil-denuncias-de-violencia-contra-menores-de-edad>  
<https://elcomercio.pe/peru/violencia-infantil-15-951-casos-atendieron-enero-mayo-noticia-530442>  
<https://rpp.pe/peru/actualidad/cinco-claves-del-reglamento-contra-el-castigo-fisico-y-humillante-hacia-menores-noticia-1128512>

por los medios de comunicación permitió notar que estos suelen reproducir ciertas representaciones sociales sobre la infancia: una infancia que ocupa el rol de víctima, no de protagonista, con lo que desconoce sus derechos y la coloca en la posición de una población vulnerabilizada, no por una cualidad intrínseca a esta, sino por el imaginario que de ella se tiene.

Desde la experiencia de los niños, niñas y adolescentes organizados que tomaron parte del proceso de incidencia para la aprobación de la Ley 30403, respecto de su participación en medios de comunicación, Flor de María Concha recuerda lo siguiente:

En algunos medios ponían titulares como “Niños piden que sus papás no les peguen...” y pasaban imágenes de niños y no éramos nosotros, eran imágenes de niños llorando arrinconados y una sombra de un papá golpeándolo y luego pasaban creo cinco segundos de nuestra campaña y ya... Nosotros estábamos tratando de cambiar esta visión que tienen de los niños de víctimas a protagonistas... Por otro lado, si nosotros decíamos, hablábamos, queremos tal ley, queremos ir al congreso... escuchaba por ahí: “no, si los han preparado, los han maneado” y yo decía: “no señor yo he leído”. (Comunicación personal, 28 de mayo de 2019)

En este testimonio se evidencia un trato diferenciado hacia las opiniones de los niños y niñas, el cual pone en tela de juicio el origen de sus argumentos, los acusa de ser manipulados por adultos y muestra desconocimiento respecto de su derecho a expresar su opinión a partir de la formación de un juicio propio (ONU, 1989).

Como señala Cussiánovich, “el solo hecho de que los niños no sean lo suficientemente escuchados sobre lo que piensan sobre algunos problemas, es maltrato. Entonces, no existo” (comunicación personal, 14 de junio de 2019). Cuando se niega a los niños, niñas y adolescentes su derecho a ser escuchados, a expresar sus opiniones, a participar, a presentar sus propuestas y a que estas sean realmente tomadas en cuenta, se les invisibiliza.

### Conclusiones y Recomendaciones

El rol del Estado es preponderante en la protección de los derechos de la infancia. Sobre la base de la evidencia analizada, se identificó que su accionar consiste sobre todo en emitir normativas y políticas públicas, especialmente en instituciones de rectoría nacional. Sin embargo, se observa que se requiere mayor difusión en relación a estas iniciativas, así como una mejor articulación entre los distintos niveles de la estructura del Estado y la sociedad.

El rol de las ONNAS fue fundamental para la aprobación de la Ley 30403, pues fueron estas las que desarrollaron un proceso de más de cinco años para lograrlo, durante el cual cohesionaron el trabajo de diversas organizaciones vinculadas a las infancias y tuvieron que hacer frente al desconocimiento de un sector de la sociedad respecto de su participación coprotagónica como parte activa del tejido social.

Los factores que favorecieron el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, entre ellos el derecho a vivir una vida libre de violencia, fueron el viraje hacia la

<https://lamula.pe/2015/12/21/congreso-aprueba-ley-que-prohibe-violencia-contra-la-infancia/inversionenlainfancia/>

<https://larepublica.pe/sociedad/1203640-menores-podran-denunciar-ante-la-policia-a-padres-agresores>

<https://larepublica.pe/sociedad/1179505-defensoria-urge-ley-que-prohiba-el-castigo-fisico-como-forma-de-crianza-de-ninos>

<https://diariocorreo.pe/peru/realizaran-campana-en-contra-del-maltrato-infantil-694868/>

doctrina de la protección integral, la aprobación de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, la participación de las organizaciones de infancia, y el trabajo realizado de manera sistemática por instituciones del Estado como la Defensoría del Pueblo y el MIMP.

Existe la necesidad de sistematizar una metodología desde una mirada constructivista para el trabajo articulado entre organizaciones del Estado, la sociedad civil y las ONNAS, que contribuya a alcanzar una real participación de la infancia que se traduzca en implementación de propuestas que recojan sus voces. Las normas son necesarias, pero insuficientes; se requiere “crear” una conciencia colectiva donde se reconfiguren los vínculos desde el coprotagonismo.

Los factores que limitan el reconocimiento de los derechos de la infancia, y promueven su invisibilización, son la falta de conocimiento y reconocimiento a las organizaciones de niños, niñas y adolescentes, así como el desconocimiento respecto de las capacidades que se fortalecen en los miembros de las organizaciones como consecuencia de su participación en estas.

Se requiere la promoción de una acción social movilizadora que involucre a padres, madres, niños y niñas como partícipes activos en procesos de aprendizaje de pautas de crianza sin violencia, así como el acompañamiento de instituciones del Estado mediante la difusión en medios de comunicación de mensajes sobre una convivencia basada en el respeto mutuo, y el reconocimiento de las potencialidades del otro, especialmente de los niños, niñas y adolescentes.

Desde la sociedad civil, las organizaciones de infancia pueden realizar acciones de incidencia en las comunidades, y con sectores específicos como servidores públicos y todas aquellas personas que trabajen en ámbitos vinculados a la infancia para difundir la Ley, su reglamento y las medidas necesarias para ponerla en práctica. Es importante que estas medidas nazcan desde los espacios de participación de las infancias, a fin de que recojan su voz.



## REFERENCIAS

- Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia de la Defensoría del Pueblo. (2009). *¡Adiós al Castigo! La Defensoría del Pueblo Contra el Castigo Físico y Humillante a Niños, Niñas y Adolescentes*. Recuperado de <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/sispod/pdf/146.pdf>
- Burela, A.; Piazza, M.; Alvarado, G.; Gushiken, A.; & Fiestas, F. (2014). Aceptabilidad del castigo físico en la crianza de los niños en personas que fueron víctimas de violencia física en la niñez en Perú. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 31(4), 669-675. doi: 10.17843/rpmesp.2014.314.116
- Comité de los Derechos del Niño. (2006, 14 de marzo). *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la convención*. Recuperado de <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/recomendaciones-CDN-2006.pdf>
- Congreso de la República del Perú. (2015, 11 de diciembre). *Diario de los debates*. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257F180068F16E/\\$FILE/PLO-2015-28A.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257F180068F16E/$FILE/PLO-2015-28A.pdf)
- Constitución Política del Perú. (1993, 29 de diciembre). *El Peruano*, Lima, Perú.
- Cussiánovich A. & Figueroa, E. (2009). Participación protagónica: ¿ideología o cambio de paradigma? En M. Liebel y M. Martínez (Eds.). *Infancia y derechos humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica* (pp. 83-99). Lima, Perú: Instituto de Formación para Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y el Caribe.
- Decreto Ley 26102. *Código de los niños y adolescentes*. (1992, 29 de diciembre). Recuperado de [www4.congreso.gob.pe/comisiones/1998/mujer/CNA.HTM](http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1998/mujer/CNA.HTM)
- Decreto Supremo 003-2018-MIMP, Reglamento de la Ley 30403, Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes. (2018, 8 de junio). *El Peruano*. Recuperado de <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-reglamento-de-la-ley-n-30403-ley-que-prohibe-el-u-decreto-supremo-n-003-2018-mimp-1657575-1/>
- Decreto Supremo 004-2018-MINEDU, que aprueba los “Lineamientos para la Gestión de la Convivencia Escolar, la Prevención y la Atención de la Violencia Contra Niñas, Niños y Adolescentes”. (2018, 13 de mayo). *El Peruano*. Recuperado de <https://>

- cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/308676/decreto-supremo-lineamientos-para-gestion-de-la-convivencia-escolar.pdf
- Defensoría del Pueblo. (2017a, 4 de noviembre). *Ante la persistencia de diversas formas de violencia contra niños, niñas y adolescentes La Defensoría del Pueblo exhorta al Estado a implementar medidas eficaces de prevención y atención de la violencia* [Comunicado de prensa]. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/NP-309-17.pdf>
- Defensoría del Pueblo. (2012, 14 de agosto). *Defensoría del Pueblo pide prohibir expresamente la violencia sexual y el castigo físico y humillante contra los menores de edad* [Comunicado de prensa]. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-pide-prohibir-expresamente-la-violencia-sexual-y-el-castigo-fisico-y-humillante-contra-los-menores-de-edad/>
- Defensoría del Pueblo. (2011). *Las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño al Estado peruano: Un balance de su cumplimiento*. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Documento-Defensorial-15.pdf>
- Defensoría del Pueblo. (2017b, 30 de diciembre). *A dos años de la publicación de la Ley N°30403 Defensoría del Pueblo reitera al Estado necesidad de implementar medidas eficaces para prohibir uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes* [Comunicado de prensa]. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/NP-380---17.pdf>
- Defensoría del Pueblo. (s. f.). *Nuestra institución*. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/quienes-somos/>
- Defensoría Perú. (2018, 3 de febrero). *El Estado debe garantizar un entorno sin violencia con las condiciones necesarias para el desarrollo y bienestar integral de la niñez y adolescencia. Urge promover pautas de crianza positiva y no violenta hacia los niños, niñas y adolescentes* [Tweet]. Recuperado de [https://twitter.com/Defensoria\\_Peru/status/959942421361524736](https://twitter.com/Defensoria_Peru/status/959942421361524736)
- Díaz, L., Najarro, S. & Sarango, C. (10 de julio de 2019). *Resumen de ordenanzas publicadas hasta el 10/07/2019* [documento de trabajo].
- Gobierno Regional de Huánuco. (2015). *Ordenanza Regional 026-2015-CR-GRH*. Recuperado de <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-la-institucionalizacion-del-acta-de-compromiso-para-ordenanza-no-026-2015-cr-grh-1308890-2/>
- Gobierno Regional de Ucayali. (2013). *Plan regional de acción por la infancia y adolescencia – Ucayali 2013-2021*. Recuperado de <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/pnaia/PRAIA-Ucayali.pdf>

- González, M. (1999). Los Tribunales para niños. Creación y desarrollo. *Historia de la Educación*, 18, 111-125. Recuperado de <http://revistas.usal.es/index.php/0212-0267/article/view/10845/11246>
- Huaita, M. (2015, 10 de diciembre). *Oficio N 254-2015 MIMP/DM*. [Oficio para Luis Iberico Núñez]. Recuperado de [http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Oficios/Otras\\_Instituciones/OFICIO-254-2015-MIMP-DM.pdf](http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Oficios/Otras_Instituciones/OFICIO-254-2015-MIMP-DM.pdf)
- Instituto de Formación de Adolescentes y Niños Trabajadores. (2015, 11 de junio). *Niños organizados realizaron vigilia para que se discuta y apruebe Ley que prohíbe el castigo físico y humillante* [Comunicado de prensa]. Recuperado de <https://www.infant.org.pe/ninos-organizados-realizaron-vigilia-para-que-se-discuta-y-apruebe-ley-que-prohibe-el-castigo-fisico-y-humillante/>
- Instituto de Formación de Adolescentes y Niños Trabajadores. (s.f.). *El poder de la ternura*. Recuperado de <https://www.infant.org.pe/c-el-poder-de-la-ternura/>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2016). *Encuesta nacional sobre relaciones sociales 2013 y 2015*. Recuperado de [https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1390/libro.pdf](https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1390/libro.pdf)
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2017). *Perú: encuesta demográfica y de salud familiar 2016 - nacional y departamental*. Recuperado de [https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1433/index.html](https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1433/index.html)
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2018). *Perú: encuesta demográfica y de salud familiar 2017 - nacional y departamental*. Recuperado de [https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1525/index.html](https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1525/index.html)
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2019). *Perú: Encuesta demográfica y de salud familiar 2018 - Nacional y departamental*. Recuperado de [https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1656/index1.html](https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1656/index1.html)
- Ley 13968, Código de menores. (1962, 2 de mayo). Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/13968.pdf>
- Ley 27337, Código de los niños y adolescentes. (2000, 2 de agosto). *El Peruano*. Recuperado de <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>
- Ley 27972, Ley orgánica de municipalidades. (2003, 27 de mayo). *El Peruano*. Recuperado de <http://www.munlima.gob.pe/images/descargas/licencias-de-funcionamiento/legislacion/2-LEY-N27972-LEY-ORGANICA-DE-MUNICIPALIDADES.pdf>
- Ley 30403, Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes. (2015, 30 de diciembre). *El Peruano*. Recuperado de <https://>

- busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-prohíbe-el-uso-del-castigo-físico-y-humillante-contr-ley-n-30403-1328702-1/
- Ley 8305, Código civil. (1936, 2 de junio). *El Peruano*. Recuperado de [http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/76/2014/08/codigo\\_civil\\_de\\_1936.pdf](http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/76/2014/08/codigo_civil_de_1936.pdf)
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (25 de julio de 1984). *Decreto Legislativo 295, Código civil*. Recuperado de [www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Codigo-Civil-MINJUS-BCP.pdf](http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Codigo-Civil-MINJUS-BCP.pdf)
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2012). *Plan nacional de acción por la infancia y la adolescencia 2012-2021*. Recuperado de [https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/Documento\\_PNAIA.pdf](https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/Documento_PNAIA.pdf)
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2016). *De la campaña*. Recuperado de <https://www.mimp.gob.pe/sinpegarnihumillar/>
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2016). *Propuesta de lineamientos para la aplicación de la ley N° 30403, “Ley que prohíbe el uso de castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes”* [diapositivas de PowerPoint]. Recuperado de <https://www.mimp.gob.pe/direcciones/dgnaa/contenidos/publicar-pdf/server/php/files/kpadillaPresentacion-Lineamientos-de-Ley-211116.pptx>
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (s. f.). *Comité de los derechos del niño*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRC/Pages/CRCIntro.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas. (1989). *Convención de los derechos del niño*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
- Comité de los Derechos del Niño. (2006, 14 de marzo). *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención*. CRC/C/PER/CO/3. Recuperado de <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/recomendaciones-CDN-2006.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño. (2006, 21 de agosto). *Observación general n.º. 8, CRC/C/GC/8*. Recuperado de [https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC8\\_sp.doc](https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC8_sp.doc)
- Organización de las Naciones Unidas. (2006). *Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas*. Recuperado de <http://www.observatoriodelainfancia.msrebs.gob.es/productos/pdf/informeMundialSobreViolencia.pdf>
- Prieto, O. (2012). Doctrina de protección integral y contexto para el análisis de la población adolescente en condición de calle en Costa Rica. *Revista de Ciencias Sociales (Cr)*, IV(138), 61-75. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15328800006>

- Valencia, J. (1999). Derechos humanos del niño en la Doctrina de la Protección Integral. Lima, Perú: Didi de Arteta.
- World Vision. (2018, 22 de agosto). *II Curso virtual: "Infancia sin violencia, un Pacto por la Ternura", iniciativa para la prevención y atención del castigo físico y humillante*. Recuperado de <https://worldvision.pe/noticias/ii-curso-virtual-infancia-sin-violencia-un-pacto-por-la-ternura>



## **SEXTA SECCIÓN**

### **MECANISMOS DE DENUNCIA CONTRA LA VIOLENCIA INFANTIL**



# EL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A UN PROCEDIMIENTO DE COMUNICACIONES COMO NUEVO MECANISMO DE DENUNCIA FRENTE A LA VIOLENCIA CONTRA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Isaac Ravetllat Ballesté<sup>1</sup>  
Universidad de Talca  
Categoría Docentes

## Sumilla

Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de octubre de 2011 –Resolución 66/138–, este tercer protocolo facultativo insta un procedimiento de comunicaciones en virtud del cual los particulares –incluidos niños, niñas y adolescentes– pueden dirigirse al Comité de los Derechos del Niño alegando presuntas vulneraciones de los derechos contenidos tanto en la *Convención sobre los Derechos del Niño* como en sus dos protocolos facultativos sustantivos del año 2000. Ante dicho panorama, el planteamiento del presente estudio se centra en un análisis pormenorizado de las nuevas competencias atribuidas al Comité de los Derechos del Niño a tenor del mentado tercer protocolo facultativo. Efectivamente, al dotar al comité de una facultad cuasi jurisdiccional, al reconocérsele la posibilidad de recibir y resolver quejas individuales presentadas por sujetos o grupos de sujetos, muta, en cierta medida, la conceptualización tradicional que hasta el momento se tenía del citado órgano ginebrino, y de sus formas de intervención e incidencia social.

El 14 de abril de 2014, tres meses después del depósito en poder del Secretario General de las Naciones Unidas del décimo instrumento de manifestación de voluntad requerido, se logró, gracias a la ratificación de Costa Rica, alcanzar el umbral mínimo para que entre en vigor de forma general el mencionado protocolo facultativo de la *Convención sobre los Derechos del Niño* relativo a un procedimiento de comunicaciones.

Adoptado por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2011 –Resolución 66/138–, este protocolo insta un procedimiento de comunicaciones individuales en virtud del cual “personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado de cualquiera de los derechos enunciados en la

---

1 Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Profesor de la Universidad de Talca (Chile). Contacto: iravetllat@utalca.cl

*Convención sobre los Derechos del Niño y/o en sus Protocolos Facultativos sustantivos*<sup>2</sup> (ONU, 2011, art. 5) pueden instar al Comité de los Derechos del Niño para que se pronuncie acerca de tal controversia. Asimismo, también se prevé la posibilidad de que el requerimiento sea presentado por otro Estado —a través de comunicaciones interestatales—, o incluso que el procedimiento se inicie de oficio, a instancia del propio comité, si este recibe evidencias fehacientes de violaciones graves o sistemáticas de los derechos de la niñez. Efectivamente, junto con las denominadas comunicaciones individuales, el *Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño Relativo a un Procedimiento de Comunicaciones como Nuevo Mecanismo de Denuncia*, tercer protocolo facultativo, también desarrolla el *iter* procedimental que debe seguirse en el caso de las comunicaciones interestatales: las hace depender de una cláusula de inclusión —*opting* o *contracting in*—<sup>3</sup>, así como de un procedimiento de investigación de oficio para supuestos de violaciones graves o sistemáticas<sup>4</sup>, subordinado, en este caso, a una cláusula de exclusión —*opting* o *contracting out*—.

La entrada en vigor del protocolo facultativo de 2011 constituye, en definitiva, un verdadero hito en la historia del sistema universal de protección de los derechos humanos, pues, a partir de ese preciso instante, “todos los tratados de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas dotados de órganos propios de supervisión” (Riquelme, 2014, p. 13), sin excepción alguna, cuentan ya con un mecanismo directo de denuncia de vulneraciones de su articulado<sup>5</sup>.

Otro elemento digno de ser tomado en consideración radica en que, a pesar de que este tipo de instrumentos fueron inicialmente concebidos en la ONU pensando única y exclusivamente en los derechos civiles y políticos —derechos de primera generación—, hoy en día tal afirmación debe ser puesta en entredicho, ya que sus competencias se extienden a los derechos económicos, sociales y culturales —derechos de segunda generación— (Riquelme, 2014, p. 13). Muestra de ello es la aprobación y entrada en vigor tanto del *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, como del mentado tercer protocolo

2 Estos son los protocolos facultativos relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía, y a la participación de niños en conflictos armados.

3 El protocolo —en el artículo 12.1— permite, asimismo, a los Estados partes formular tal declaración de voluntad con respecto a todos o solo algunos de los instrumentos bajo supervisión del Comité de los Derechos del Niño, es decir, la *Convención* y los dos protocolos facultativos sustantivos del año 2000.

4 El Comité de los Derechos del Niño “[sugirió] que su competencia para iniciar investigaciones atañe a los casos de “violaciones graves y repetidas” de la Convención más que a los de “violaciones graves o sistemáticas”. Encuentra que el adjetivo “sistemático” es demasiado restrictivo, ya que de él se desprende que el Estado ejerce una política deliberada de violación de los derechos del niño. Además, habría que añadir a este artículo una disposición en la que se indique que el Comité elaborará normas para establecer criterios con los que definir las “violaciones graves y repetidas” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2010d, párr. 21).

5 Estos órganos, algunos de los cuales también pueden tratar cuestiones relativas a los derechos de la infancia y la adolescencia, son los enumerados a continuación: el Comité de los Derechos Humanos; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité contra la Tortura; el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias; el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad; el Comité contra las Desapariciones Forzadas; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En palabras de Cardona Llorens, con este protocolo facultativo “los niños dejan de ser mini-personas con mini-derechos, para ser definitivamente personas con derechos plenos que pueden hacer valer no solo en el ámbito interno sino también en el internacional” (2012, p. 65). Por su parte, de acuerdo con Carmona Luque, la doctrina-jurisprudencia derivada de este mecanismo especializado “debe contribuir significativamente a la interpretación de la convención, así como beneficiar a los mecanismos y órganos nacionales, regionales e internacionales” (2011, p. 143).

de la *Convención sobre los Derechos del Niño*<sup>6</sup>. El primero las extiende por su evidente adscripción a esta tipología de derechos, y el segundo, por partir de un enfoque omnicompreensivo que considera que todos y cada uno de los derechos humanos contenidos en el articulado de la convención de 1989 son indivisibles e interdependientes entre sí.

A pesar de lo apuntado *ut supra*, un dato preocupante que debería llevar a la reflexión es el reducido número de ratificaciones que ha obtenido este tercer protocolo facultativo; han sido solo 44, frente a las 168 del protocolo facultativo sobre la participación de niños en los conflictos armados y las 175 del relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía. Es más, de los 44 Estados que lo han ratificado, únicamente 12 han reconocido de manera expresa la competencia del Comité de los Derechos del Niño para entender las comunicaciones entre Estados –artículo 12–<sup>7</sup>. Sin lugar a dudas, estas cifras denotan el escaso interés que ha suscitado entre los Estados, al menos por el momento, la posibilidad de dotar al órgano de supervisión de la *Convención sobre los Derechos del Niño* de atribuciones de carácter cuasi jurisdiccional<sup>8</sup>.

En el presente artículo se realizará un análisis pormenorizado de cuáles son las principales características que identifican al tercer protocolo facultativo de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, relativo a un procedimiento de comunicaciones. En primer lugar, se hará referencia a los orígenes del famoso texto internacional, así como al estudio de su proceso de implantación y desarrollo. Una vez efectuada esta declaración general de intenciones, se profundizará en el iter procedimental que deben seguir las llamadas comunicaciones individuales: quién ostenta legitimación activa para su presentación, en qué consisten las medidas de protección y provisionales que pueden ser adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño, cuáles son las causales de inadmisibilidad previstas en el propio protocolo facultativo y en qué se concreta el resultado final de este procedimiento cuasi jurisdiccional, entre otros. Luego, se mencionará el mecanismo de reclamación interestatal previsto por el protocolo facultativo de 2011. En particular, se indagará en los motivos que provocan que este recurso no sea particularmente atractivo para los Estados, lo que se traduce en una infrautilización del mismo. Por último, se relatará la manera en la que el Comité de los Derechos del Niño puede actuar de oficio en caso de violaciones graves o sistemáticas contra los derechos de la niñez por actos u omisiones de un Estado parte.

6 Para Riquelme Cortado (2014, pp. 12-13), un elemento a resaltar de la entrada en vigor de este protocolo facultativo del año 2011, radica en el hecho de que, al igual que ocurriera con la entrada en vigor del *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, de 10 de diciembre de 2008, el procedimiento se extiende por vez primera a los “derechos económicos, sociales y culturales, tradicionalmente considerados de segunda generación por imponer no obligaciones de resultado como las derivadas de los derechos civiles y políticos, sino meras obligaciones de comportamiento progresivo supeditadas a la disponibilidad de recursos y a la política económica y social estatal”. En un sentido similar se pronuncia Saura Estapà (2013, pp. 53-80). También De Beco pone de relieve esta circunstancia (2013, p. 368).

7 Estos Estados fueron Albania, Bélgica, Chile, República Checa, Finlandia, Alemania, Italia, Liechtenstein, Portugal, Eslovaquia, Eslovenia y Suiza.

8 Siguiendo esta misma lógica, Smith (2010) hace eco de la histórica poca utilización de este tipo de mecanismos cuasi jurisdiccionales en el seno de las Naciones Unidas. Una pequeña luz de esperanza se atisba en el horizonte al comprobar que durante los últimos años ha habido una tendencia al alza con respecto al número de comunicaciones presentadas ante el Comité de los Derechos del Niño. Para ser más exactos, de las 32 comunicaciones que han sido aceptadas a trámite desde el mes de abril de 2014, 27 lo fueron durante el año 2017, lo cual denota un ligero cambio de tendencia.

### Origen del Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño

Para conocer el verdadero origen de los mecanismos cuasi jurisdiccionales que habilitan a cada uno de los órganos colegiados previstos en las diferentes convenciones de derechos humanos de la ONU —en este caso, el Comité de los Derechos del Niño— para admitir y analizar comunicaciones individuales, uno debe remontarse a los primeros años de vida de la organización. Así, la Carta consagró la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, lo que despertó grandes esperanzas entre los/as ciudadanos/as y motivó la afluencia a la sede de la ONU de una gran cantidad de comunicaciones que denunciaban violaciones de derechos humanos. Tal circunstancia provocó que se planteara seriamente la duda acerca de si la organización ostentaba o no, en virtud de la Carta, competencias para tramitar tales requerimientos, así como para darles debida respuesta. Finalmente, ante tal tesitura, la Comisión de Derechos Humanos abdicó en 1947 de la posibilidad de intervenir directamente en ese tipo de cuestiones<sup>9</sup>.

De esta manera, la posibilidad real de presentar comunicaciones individuales se reconoció por vez primera en el artículo 14 de la *Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial* de 1965. Paralelamente, también trató de incorporarse una previsión idéntica en el articulado del coetáneo *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 (PIDCP); sin embargo, fruto de las profundas desavenencias surgidas al respecto, se optó, a iniciativa de la delegación libanesa, por desarrollar dicha posibilidad en un instrumento separado, para favorecer con ello que aquellos Estados que no desearan reconocer tal posibilidad no tuvieran la obligación de hacerlo. De este modo, se adoptó el primer protocolo facultativo al PIDCP, el cual dota al Comité de Derechos Humanos de la competencia para recibir y resolver comunicaciones individuales de forma similar a lo ya estipulado en el artículo 14 de la *Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial*.

Por otro lado, el Comité de los Derechos del Niño afirmó en tal ocasión que “[estudiaría] la posibilidad de iniciar los debates sobre un protocolo facultativo de la Convención que la dote de un mecanismo de presentación de comunicaciones individuales, a fin de velar por la existencia de recursos jurídicos a nivel internacional” (“Informe del Comité de los Derechos del Niño”, 1999, párr. 291.)<sup>10</sup>. Tiempo después, durante los actos de conmemoración de su décimo aniversario (1999)<sup>11</sup>, volvió a plantearse nuevamente la cuestión, sin resultados

9 Para más información, ver Ochoa Ruiz (2004, pp. 288-292) y Carlson & Givold (2003, pp. 9-13).

10 En aquel entonces solo tres tratados internacionales de derechos humanos preveían un mecanismo de control dotados de tales características: la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (1966, art. 14), el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (por virtud de su primer protocolo facultativo, de 1966) y la *Convención contra la Tortura* (1984, art. 22). Para más información, ver Langford y Clark (2010, p. 374).

11 No se debe olvidar que la Unión Africana aprobó en 1999 la *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano*, y que este tratado internacional habilitó, en su artículo 44, al Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño a recibir comunicaciones individuales de denuncia relativas a violaciones de los derechos contenidos en la mentada Carta. Además, en marzo de 2011, el comité adoptó su primera resolución frente a una comunicación presentada por el Institute for Human Rights and Development in Africa y por la New York-based Open Society Justice Initiative, en representación de los niños y niñas descendientes de Nubia residentes en Kenia. El comité llegó a la conclusión de que el gobierno keniano había incurrido en múltiples vulneraciones de la *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano* (artículos 6.2, 6.3, 6.4, 11.3 y 14.2) y le recomendó adoptar todas las medidas necesarias para subsanar esa situación (African Committee on the Rights and Welfare of the Child, 2011).

destacables<sup>12</sup>. Fue en el año 2009, con ocasión de los actos de celebración del 20° aniversario de la Convención, que se dieron los elementos necesarios para abordar por fin su estudio en profundidad (Phillips, 2013).

Efectivamente, la ratificación casi universal de la Convención y de sus dos protocolos facultativos sustantivos del año 2000, así como el hecho de que los demás tratados básicos de derechos humanos ya dispusieran de un procedimiento de comunicaciones, fue lo que principalmente tomó en consideración el Consejo de Derechos Humanos para decidir crear un grupo de trabajo abierto –*open-ended working group*– encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un protocolo facultativo de la *Convención sobre los Derechos del Niño* relativo a un procedimiento de comunicaciones<sup>13</sup>. En el primer período de sesiones –diciembre de 2009– numerosos Estados y especialistas en la materia subrayaron el valor añadido del procedimiento en la medida en que reforzaría la condición de los niños y las niñas como sujetos titulares de derechos y les brindaría la oportunidad de ser oídos, así como de ejercer sus derechos de forma autónoma, dados su edad y estado de madurez (Carmona Luque, 2011).

El segundo período de sesiones del Grupo de Trabajo ocurrió en dos momentos claramente diferenciados: del 6 al 10 de diciembre de 2010, y del 10 al 16 de febrero de 2011. Durante el primero de los encuentros, se llevó a cabo una relectura, artículo por artículo, del primer borrador del protocolo facultativo<sup>14</sup> y, acto seguido, sobre la base de los debates suscitados, el presidente preparó un texto revisado de la propuesta<sup>15</sup>. De ese modo, el segundo encuentro sirvió para analizar y discutir en profundidad el contenido del segundo borrador del documento. Para facilitar dicha labor, el presidente del grupo de trabajo dividió los preceptos del protocolo en tres grandes bloques: aquellos sobre los que ya existía consenso, aquellos sobre los que se podía alcanzar un acuerdo con simples modificaciones, y, por último, los artículos más controvertidos.

El texto fue redactado en plazos relativamente cortos, pues en poco más de un año desde que se iniciaron las labores del Grupo de Trabajo se contaba ya con un proyecto de protocolo<sup>16</sup>. Así, el 16 de febrero de 2011, el grupo presidido por el Sr. Stefánek aprobó el referido documento y lo envió al Consejo de Derechos Humanos. Poco después, por Resolución 17/18, del 17 de junio de 2011, este aprobó su contenido por consenso y lo recomendó a la Asamblea General, la cual lo adoptó el 19 de diciembre de 2011 sin necesidad de someterlo a votación –tal como señala la Resolución 66/138–<sup>17</sup>.

12 Para más información al respecto, ver Beco (2013, p. 369).

13 La iniciativa de aprobar un nuevo protocolo con esta finalidad surgió de un grupo reducido de Estados (Chile, Egipto, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia, Francia, Kenia, Maldivas, Tailandia y Uruguay), los mismos que contribuyeron a la aprobación de la citada resolución del consejo. Para más información, ver Consejo de Derechos Humanos (2009).

14 El primer borrador puede consultarse en Asamblea General de las Naciones Unidas (2010c). Asimismo, para un comentario detallado de este documento, ver Langford y Clark (2010, pp. 1-7).

15 El borrador revisado puede consultarse en Asamblea General de las Naciones Unidas (2011a).

16 Para más información, ver Asamblea General de las Naciones Unidas (2010b).

17 Para más información, ver Riquelme Cortado (2014, pp. 27-28).

## Procedimiento de Comunicaciones Individuales

### Legitimación activa y medidas de protección

Toda persona “o grupos de personas sujetas a la jurisdicción de un Estado parte que afirmen ser víctimas de una violación por el Estado parte de cualquiera de los derechos enunciados en” (ONU, 2011, art. 5.1) la CDN y/o en sus protocolos facultativos sustantivos ostentan legitimación activa para presentar comunicaciones individuales ante el Comité de los Derechos del Niño. Para ello, por supuesto, deben reunir los requisitos de admisibilidad recogidos en el artículo 7 del propio protocolo.

Lo anterior se entiende sin exclusión alguna por razones de edad, no solo porque en todo momento tanto el protocolo –artículo 5– como su reglamento –artículos 12 y 13– utilizan la noción de *persona*<sup>18</sup>, sino también porque la mentada legitimación se reconoce con independencia de que el Estado parte contra el que se dirige la comunicación reconozca o no la capacidad jurídica del denunciante –artículo 13.1 del reglamento–. Es decir, a pesar de que la normativa doméstica del Estado demandado no se reconozca a las personas menores de edad como con autonomía suficiente para presentar por sí mismas requerimientos ante instancias resolutorias de conflictos, el comité, atendiendo a la edad y estado de madurez del sujeto –por el principio de la autonomía progresiva–, puede hacer caso omiso de tales limitaciones<sup>19</sup>. En caso contrario, podría darse la paradoja de que otros mecanismos cuasi jurisdiccionales creados en el seno de otros tratados internacionales de la ONU en materia de derechos humanos fueran más accesibles a las demandas de las personas menores de edad que el propio Comité de los Derechos del Niño<sup>20</sup>.

Asimismo, se puede “[presentar] una comunicación en nombre de una persona o un grupo de personas, se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento” (ONU, 2011, art. 5.2). Por lo tanto, el Comité, siempre que existan dudas fundadas, carga con la responsabilidad de indagar sobre si dicho consentimiento se ha obtenido o no mediante presiones o incitaciones indebidas, y si redundante, efectivamente, en el interés superior del niño/a.

Cabe, además, presentar comunicaciones en nombre de la presunta o presuntas víctimas sin contar con tal consentimiento expreso, siempre que el autor o los autores<sup>21</sup> de la comunicación puedan justificar sus actos y el comité considere que la comunicación responde al interés superior del niño/a. En esos casos, cuando ello sea posible, la presunta o presuntas víctimas en cuyo nombre se actúa deben ser informadas; asimismo, debe tomarse en consideración su opinión, en consonancia con su edad y estado de madurez.

18 Durante el segundo período de sesiones del Grupo de Trabajo abierto encargado de elaborar un borrador de protocolo facultativo, se consideró que el derecho a presentar una comunicación debía adjudicarse a “personas o grupos de personas” por ser éste un concepto más amplio que el de “niños o grupos de niños” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2011b, párr. 38).

19 Para más información, ver Maravall Buckwalter (2019, pp. 13-17).

20 El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido legitimación activa a las personas menores de edad en casos en los que existe un conflicto de intereses entre el niño o la niña y su representante legal, por ejemplo, el caso *A vs. United Kingdom*, de 23 de septiembre de 1998.

21 De acuerdo con el artículo 12 del Reglamento, se entiende “por autor o autores de una comunicación individual a la persona o las personas que presentan la comunicación individual, sean o no la presunta o las presuntas víctimas”.

En conformidad con este último punto, el protocolo dota de cobertura a la posibilidad, ciertamente habitual en la práctica, de que grupos de niños, niñas y adolescentes en situación de particular vulnerabilidad sean asesorados y representados por entidades de la sociedad civil –organizaciones no gubernamentales (ONGs)–. Ante tal circunstancia, el Comité de los Derechos del Niño debe admitir este tipo de comunicaciones siempre y cuando se desprenda que son presentadas en nombre del o los afectados<sup>22</sup>. Por el contrario, no deben prosperar los escritos de queja interpuestos por entidades privadas sin ánimo de lucro que aleguen, sin más, tener un “interés suficiente” en una cuestión, ya que con ello se corre el riesgo de llegar a admitir denuncias meramente especulativas<sup>23</sup>.

En suma, si se interviene defendiendo los intereses de un grupo de personas –menores de edad–, se requiere que estas estén directa y personalmente afectadas por la supuesta vulneración de la Convención y/o protocolos facultativos sustantivos, lo que cierra la puerta a una suerte de *actio popularis*<sup>24</sup> contra la legislación de los Estados partes<sup>25</sup>. En otras palabras, quedan fuera del protocolo las *comunicaciones colectivas*, es decir, la posibilidad de que el Comité reciba y examine comunicaciones provenientes de instituciones nacionales de derechos humanos o de organizaciones no gubernamentales –tanto nacionales como internacionales–<sup>26</sup>

---

22 Un ejemplo de ello son las comunicaciones presentadas contra el Estado español por el trato irrogado al colectivo de adolescentes migrantes en situación irregular y sin referentes familiares, a los que, según las comunicaciones presentadas, se les deniega de forma sistemática su derecho migratorio. Para más información, ver Comité de los Derechos del Niño (2015, 2018a, 2018d, 2018e y 2017b).

23 Para más información, ver Beco (2013, p. 375).

24 Hasta el caso *Nicholas Toonen vs. Australia* (Comité de Derechos Humanos, 1994), el Comité de Derechos Humanos, órgano colegiado de supervisión del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, mantuvo un claro criterio: para ser considerada una víctima, la persona demandante debía estar personalmente afectada por la acción u omisión del Estado parte. Sin embargo, a partir del mentado supuesto de hecho, esta línea jurisprudencial ha mutado en cierta medida. Así, *Nicholas Toonen*, activista “por la promoción de los derechos de los homosexuales en Tasmania, . . . Impugna dos disposiciones del Código Penal de Tasmania, los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123, por los que se consideran delitos diversas formas de contacto sexual entre hombres, incluida cualquier forma de contacto sexual entre hombres homosexuales adultos, con su consentimiento y en privado” (Comité de Derechos Humanos, 1994, párr. 2.1). El Comité de Derechos Humanos, “al examinar la admisibilidad de la comunicación. Con respecto a la cuestión de si el autor podía ser considerado víctima en el sentido del artículo 1 del protocolo facultativo, el Comité observó que las disposiciones impugnadas por el autor no habían sido aplicadas por las autoridades judiciales de Tasmania desde hacía varios años. No obstante, consideró que el autor había hecho esfuerzos razonables para demostrar que la amenaza de aplicación y los efectos generalizados del mantenimiento de esas disposiciones sobre las prácticas administrativas y la opinión pública le habían afectado y continuaban afectándole personalmente, y que podían plantear cuestiones previstas en los artículos 17 y 26 del Pacto. Por consiguiente, el Comité estaba convencido de que el autor podía ser considerado víctima en el sentido del artículo 1 del protocolo facultativo y que sus denuncias eran admisibles *ratione temporis*” (Comité de Derechos Humanos, 1994, párr. 5.1). Un resumen detallado de esta evolución se encuentra en *Zayas* (2009, pp. 46-47).

25 El Comité de los Derechos del Niño, instituciones nacionales de derechos humanos, ONGs y UNICEF se mostraron favorables a la inclusión de un procedimiento de comunicaciones colectivas en el protocolo facultativo, pues estimaron que colmaba una laguna en los mecanismos de protección, en especial con respecto a los niños y niñas que pertenecen a grupos vulnerables, como aquellos internados en instituciones, y los que son víctimas de prostitución o son sometidos a prácticas tradicionales. Incluso se barajó la posibilidad de admitirlas a través de una cláusula de *opting o contracting in*; es decir, permitir que cada Estado parte pueda declarar, al momento de firmar o ratificar el protocolo o de adherirse a él, si reconocía la competencia del comité para recibir y examinar comunicaciones colectivas. A pesar de ello, no lograron su cometido (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2010d, párr. 13-15).

26 Para más información, ver *Ravettlat Ballesté* (2018, pp. 1-6; 2017a, pp. 255-306; 2017b, pp. 5-7).

que denuncien violaciones recurrentes de los derechos que conciernen a un grupo de presuntas víctimas en el cual no todas pueden ser debidamente identificadas<sup>27</sup>.

Finalmente, en cuanto a las medidas de protección, el Comité –mientras el procedimiento siga abierto– puede solicitar a los Estados parte que adopten todas las medidas necesarias para garantizar “que las personas sujetas a su jurisdicción no sean objeto de ninguna violación de sus derechos humanos, maltrato o intimidación como consecuencia de haberse comunicado con el Comité o de haber cooperado con él de conformidad con el presente Protocolo” (ONU, 2011, art. 4.1)<sup>28</sup>. Estas medidas de protección no deben confundirse con las medidas provisionales o cautelares, pues su propósito no es prevenir daños irreparables que afecten al objeto de la comunicación misma, sino proteger a personas que puedan sufrir consecuencias adversas en relación con los hechos denunciados en la comunicación, o con su cooperación con el Comité en el esclarecimiento de los hechos investigados<sup>29</sup>.

### Medidas provisionales

A tenor de lo preceptuado en el artículo 6.1 del protocolo facultativo –y desarrollado en el artículo 7 del reglamento–, el

Comité, tras recibir una comunicación y antes de pronunciarse sobre la cuestión de fondo, podrá en cualquier momento dirigir al Estado parte de que se trate, para que este la estudie con urgencia, la solicitud de que adopte las medidas provisionales que puedan ser necesarias en circunstancias excepcionales para evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la presunta violación. (ONU, 2011, art. 7)<sup>30</sup>

Diversas delegaciones, así como expertos independientes –incluidos los miembros del Comité de los Derechos del Niño– y representantes de diversas ONGs mostraron su oposición a incluir en los mentados preceptos la expresión “en circunstancias excepcionales” (ONU, 2011, art. 6.1) por considerarla excesivamente restrictiva, además de entender que la propia noción de *daño irreparable* ya refleja suficientemente el carácter excepcional de este tipo de medida.

La no adopción de medidas cautelares por el Estado parte después de recibir una solicitud

27 Sí se admite, en cambio, esta posibilidad tanto en la *Carta Africana sobre Derechos y el Bienestar del Niño* de 1990, como en el protocolo adicional de la *Carta Social Europea* de 1995. Para más información, ver Bekker (2013, pp. 1-29) y Belorgey (2011, pp. 787-806).

28 Estos preceptos son copia cuasi literal del artículo 11 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, de 6 de octubre de 1999, y del artículo 13 del *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, de 10 de diciembre de 2008.

29 Durante los debates de elaboración del tercer protocolo facultativo se opinó que estas medidas debían aplicarse no solo a los niños o niñas presuntamente víctimas, sino también a los niños o niñas implicados de alguna forma en un procedimiento de comunicación y los miembros de la familia, así como los representantes que presentan una comunicación al comité, incluidas las organizaciones (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2011b, párr. 31).

30 Por ejemplo, en el caso *I. A. M. vs. Dinamarca* (Comité de los Derechos del Niño, 2018c), el Grupo de Trabajo sobre las comunicaciones, actuando en nombre del comité, pidió al Estado parte –en este caso, Dinamarca– que se abstuviera de devolver a la autora y a su hija a su país de origen –Somalia– mientras su caso estuviera siendo examinado por el comité. En virtud de ello, Dinamarca suspendió la ejecución de la orden de expulsión contra la autora y su hija. Algo similar acaeció en el caso *Z. Y. y J. Y. vs. Dinamarca* (Comité de los Derechos del Niño, 2018f). En esta ocasión, el Grupo de Trabajo sobre las comunicaciones solicitó al Estado parte –nuevamente Dinamarca– que no expulsara de su territorio a los autores y a su hijo a Afganistán mientras su caso estuviera siendo conocido por el Comité. El Estado suspendió la ejecución de la orden de expulsión.

del Comité es considerada por este un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el mismo bajo la *Convención sobre los Derechos del Niño*. Además, atendiendo a los hechos específicos denunciados, la decisión de ejecutar medidas cautelares puede ser provisional. Ante tal tesitura, el Estado es informado de que la adopción de tales medidas puede ser revisada a la luz de la información que el propio Estado vaya suministrando al efecto.

Finalmente, e independientemente de si la solicitud para la adopción de medidas cautelares tiene carácter provisional o no, el Estado puede, en cualquier etapa del procedimiento, instar al Comité para que levante dicha solicitud. La información proporcionada por el Estado para justificar tal petición debe ser precisa y enfocarse, preferiblemente, en temas vinculados con la admisibilidad y evitar referirse al fondo del asunto. Una vez efectuado este requerimiento, el mismo es transmitido al autor de la comunicación, por un plazo breve, para darle la posibilidad de formular los comentarios que estime oportunos. Después de recibir dichas observaciones, o de que expire el plazo establecido para que el autor las formule, el relator especial o el grupo de trabajo adopta una decisión al respecto sobre la base de la información contenida hasta ese momento en el expediente.

### **Requisitos de admisibilidad de las comunicaciones individuales**

Los requisitos de admisibilidad están enumerados en el artículo 7 del protocolo facultativo, el cual, si bien lleva por rúbrica *admisibilidad*, lista las causales que deben llevar al Comité de los Derechos del Niño a declarar inadmisibile una comunicación. En otras palabras, del mentado precepto se extrae, a *sensu contrario*, los requisitos formales que debe reunir toda comunicación para que sea aceptada por el órgano ginebrino. A continuación, se analizan estos elementos.

**No ser anónimas y presentarse por escrito.** En primer lugar, es necesario que la comunicación no sea anónima y que se presente por escrito<sup>31</sup>. En ese sentido, en el formulario debe precisarse con claridad: el nombre completo de la persona, y su nacionalidad y fecha de nacimiento, así como un domicilio a efectos de correspondencia con el Comité. Además, en los casos en que la comunicación se presenta en nombre de otra persona o un grupo de ellas

31 En un inicio, junto a la exigencia de que la comunicación fuera por escrito, se preveía que ello era sin perjuicio de que el Comité de los Derechos del Niño pudiera admitir evidencias no escritas en apoyo de las alegaciones contenidas en las comunicaciones. Esta última mención fue eliminada del redactado final del protocolo facultativo –artículo 7.b–, a pesar de que existe un aparente consenso al respecto. Por ejemplo, el protocolo facultativo a la *Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad* no contiene esta exigencia, por lo que el procedimiento de comunicaciones está adaptado a la posibilidad real de que personas en situación de discapacidad, incluida la discapacidad intelectual, puedan tener acceso al Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Precisamente por ello, el Reglamento de Aplicación admite la posibilidad de que junto con la comunicación presentada por escrito se “proporcione material no escrito” (2013, art. 16.3.f) a fin de complementarla. La exclusión de esta mención del redactado del protocolo facultativo provocó las quejas de los representantes de las ONGs, más partidarios de incluir tal previsión en el texto del protocolo y no en sus reglas de procedimiento. Para más información, ver Erdem Türkelli, Vandenhole & Vandenbergae (2013, p. 39). De forma similar el propio Comité de los Derechos del Niño se ha pronunciado reiteradamente al respecto, al apuntar que “la plena aplicación del artículo 12 CDN exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura” (2009, párr. 21), así como que “es necesario introducir mecanismos de denuncia y reparación seguros y accesibles con competencias para examinar las denuncias formuladas por los adolescentes” (2016, párr. 23).

–tal y como lo autoriza el artículo 5.1 del protocolo y 13.2 del reglamento–, deberán también consignarse –ya que no podría ser de otra forma– los datos personales del o los representados. En ese último caso, es necesario adjuntar al formulario la autorización expresa del poderdante, “a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento” (ONU, 2011, art. 5.2), siempre que ello obedezca, por supuesto, al interés superior del niño/a o el grupo de niños/as presuntamente víctimas de vulneraciones<sup>32</sup>.

De acuerdo con la práctica del Comité, es relevante destacar la importancia de tomar en consideración si la persona que presenta la comunicación es mayor o menor de edad. En el primero de los casos, el escrito que contiene la queja debe ser inmediatamente reenviado por el secretario general –Unidad de Solicitudes– al Grupo de Trabajo encargado de atender esa comunicación, incluso si *prima facie* pareciera que dicha petición es fundadamente inadmisibile. Asimismo, la Unidad de Solicitudes debe acusar recibo de la comunicación empleando un lenguaje amigable, con la mayor celeridad posible y dentro de las dos semanas siguientes a la fecha de su recepción. En el segundo de los supuestos, en cambio, cuando la comunicación es presentada por un adulto –incluidos los casos en los que actúan en representación de un niño, niña o adolescente–, la petición debe ser examinada y validada por la Unidad de Solicitudes, que podría llegar a rechazarla si la considera claramente infundada.

Finalmente, cabe notar que “[l]a identidad de toda persona o grupo de personas afectadas por cualquier medida emprendida en virtud del protocolo no será revelada públicamente sin su consentimiento expreso” (Comité de los Derechos del Niño, 2013a, art. 3). Además, todas las fases del procedimiento se desarrollan bajo una estricta confidencialidad. Solo se hace público un resumen del procedimiento y del dictamen en los informes periódicos del Comité de los Derechos del Niño a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Ahora, no deben confundirse las nociones de anonimato y confidencialidad. Así, la transmisión de la comunicación del Comité de los Derechos del Niño al Estado parte demandado debe ser confidencial, es decir, no pública, lo que no significa anónima, pues tal circunstancia estaría en detrimento de las facultades del Estado de examinar o de ofrecer una reparación adecuada.

**No constituir un abuso del derecho o ser incompatible con las disposiciones de la Convención y/o sus protocolos facultativos.** La primera de las causales contenida en el artículo 7.c del protocolo facultativo, en el cual se menciona como motivo de inadmisibilidad que la comunicación “no constituya un abuso del derecho a presentar tales comunicaciones”, se debe entender, en realidad, como un intento de evitar la tentación de contemplar al Comité de los Derechos del Niño como un órgano de apelación ante una decisión doméstica que no satisfaga las pretensiones del denunciante. De hecho, no es tarea del comité ginebrino reevaluar los hechos que motivaron la demanda en el orden interno, ni reinterpretar el derecho nacional del Estado denunciado. Este mecanismo cuasi jurisdiccional no se erige en una cuarta instancia, sino que, por el contrario, debe limitarse a analizar la adecuación del comportamiento estatal a las obligaciones asumidas conforme a la Convención y los protocolos facultativos del año 2000.

Asimismo, el inciso segundo de esta causal de inadmisibilidad, que alude a la “[incompatibilidad de la comunicación] con las disposiciones de la Convención y/o de sus protocolos

32 Para más información, ver Beco (2013, p. 375).

facultativos” (Comité de los Derechos del Niño, 2013a, art. 16.3.e), ha sido utilizado por el Comité para dejar fuera de su competencia aquellos supuestos de hecho en que la presunta víctima no acredita ser menor de edad<sup>33</sup>, o cuando la posible vulneración de los preceptos contenidos en la Convención afecta a una persona adulta y no a un sujeto que no ha alcanzado todavía los 18 años de edad<sup>34</sup>.

**No existir otro procedimiento de investigación o solución internacional.** El Comité de los Derechos del Niño tampoco admitirá aquellas comunicaciones sobre un asunto que ya esté siendo o haya sido examinado “en virtud de otro procedimiento de investigación o arreglo internacional” (ONU, 2011, art. 7.d)<sup>35</sup>. Se trata de la consagración convencional del principio *non bis in idem*, que supone que las presuntas víctimas de violaciones de derechos humanos que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado que ha aceptado varios procedimientos de comunicaciones –mecanismos cuasi jurisdiccionales– y que, además, reconoce competencias a instancias jurisdiccionales supranacionales –como podrían ser el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, deberán decantarse por una de esas hipotéticas vías.

Cada una de esas posibles alternativas presenta ciertas ventajas e inconvenientes, por lo que resulta imprescindible analizar con la debida cautela los pros y contras que ofrece cada una de ellas:

- Posibilidad de actuar a partir denuncias individuales
- Coste económico aparejado (por ejemplo, algunos procedimientos requieren la intervención de abogado y otros, como los de Naciones Unidas, no)
- Posibilidad de obtener una reparación a través del mecanismo utilizado

---

33 Esto sucede en el caso *Y. M. vs. España* (Comité de los Derechos del Niño, 2018e), en el cual la Policía Nacional española interceptó una patera en la que viajaba el autor de la comunicación, de nacionalidad argelina, cuando pretendía acceder de forma irregular a territorio español. En el momento de su detención, este, que se encontraba indocumentado, manifestó ser menor de edad. No obstante, tras practicársele pruebas médicas óseas para comprobar tal afirmación, se consideró por parte de las autoridades españolas que la persona tenía 18 años. Frente a la queja individual presentada ante el Comité de los Derechos del Niño, este considera, sin pronunciarse sobre la cuestión de fondo, que existe un documento oficial expedido por el Consulado de Argelia en Barcelona –lugar al cual había sido trasladado el autor– en que se constata que el mismo era mayor de edad. Así, sobre la base de tal evidencia, declara inadmisibles la comunicación por ser “incompatible con las disposiciones de la Convención”. Para un análisis actualizado de la situación que viven en España las personas menores de edad inmigrantes no acompañadas, ver García España (2016, pp. 1-27).

34 Tal afirmación se da sobre la base del caso *A. A. vs. España* (Comité de los Derechos del Niños, 2016a). La autora es tía paterna de una niña de tres años de edad y mantiene un enfrentamiento con su hermano, padre de la niña, y la esposa de este. Ello, junto a unos supuestos problemas familiares de herencia, propiciaron que el matrimonio perdiera todo contacto con la familia paterna, incluida la autora, y que se impida todo contacto de sus miembros con la pequeña. Así, A. A., mayor de edad, tras agotar todos los recursos internos disponibles solicitando un régimen de visitas entre ella y su sobrina, presentó una comunicación ante el Comité de los Derechos del Niño, en nombre propio y en el de su sobrina, alegando la vulneración de diversos preceptos de la *Convención sobre los Derechos del Niño*. Ante tal tesitura, el órgano ginebrino consideró que sostener, como lo había hecho la autora, una posible vulneración de sus derechos como adulta, contenidos en la Convención, se torna “incompatible con las disposiciones del mentado tratado internacional”, pues este protege los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y no así los derechos de los adultos. Precisamente es dicha argumentación una de las causas que llevan al comité a declarar inadmisibles la queja.

35 Por ejemplo, en una situación en la que un caso ya ha sido presentado ante la Comisión Europea de Derechos Humanos o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

- Fuerza vinculante de la resolución adoptada
- Plazos (por ejemplo, algunos procedimientos están sujetos a plazos y otros no están sujetos a un plazo concreto) (García Espinar, s. f.)<sup>36</sup>

**Agotar todos los recursos internos disponibles.** Antes de presentar una comunicación que reporte una supuesta vulneración de los principios o derechos dimanantes de la Convención o sus protocolos facultativos ante el Comité de los Derechos del Niño, es necesario agotar todos los recursos internos disponibles, salvo que estos se hayan prolongado injustificadamente, o no sea probable que con ellos mejore la situación de la persona o el grupo de personas víctimas de la vulneración.

Por lo tanto, el Comité de Derechos Humanos –órgano colegiado de supervisión del PID-CP– ha precisado que el requisito del agotamiento de los recursos internos abarca solamente los recursos efectivos y disponibles, en una interpretación que parece haberse hecho extensiva al resto de los comités<sup>37</sup>. Ahora bien, la mera existencia de un fallo anterior negativo, incluso si versa sobre cuestiones similares, no exige al peticionario de intentar utilizar el recurso interno previsto, como tampoco lo hacen las meras dudas sobre la eficacia de dichos recursos o la convicción de que valerse de ellos podría hacerle incurrir en gastos (Ochoa Ruiz, 2004, pp. 309-310). Asimismo, son inadmisibles las comunicaciones en las que el no agotamiento de los recursos internos se ha debido al vencimiento de los plazos para recurrir por inacción o negligencia imputable única y exclusivamente al actor, y no al Estado parte<sup>38</sup>.

**Ser manifiestamente infundada o no estar suficientemente fundamentada.** La comunicación debe contener unos mínimos visos de razonabilidad para que prosiga su tramitación; en caso contrario, el Comité la declarará inadmisibles a tenor de lo previsto en el artículo 7.f, del protocolo facultativo. Esto es precisamente lo que acaeció en el caso *A. A. A. vs. España*, del 30 de septiembre de 2016, en el cual el Comité de los Derechos del Niño consideró que la autora de la queja, que reclamaba el derecho a relacionarse con su sobrina de tres años, no acreditó suficientemente que las autoridades judiciales españolas, al ponderar el interés superior de la niña, habían vulnerado el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>39</sup>. Lo mismo ocurrió en el caso *Z. Y. y J. Y. vs. Dinamarca*, del 31 de mayo de 2018, en el cual el Comité de los Derechos del Niño consideró que los autores –padres de un niño afgano contra los que pesaba una orden de expulsión del territorio danés– no demostraron que existiera un riesgo personal de

36 En el caso del Comité de los Derechos del Niño, este se limita al año siguiente del agotamiento de los recursos internos.

37 Por ejemplo, en el caso *William Torres Ramírez vs. Uruguay* se indicó que el estado debía probar que existían posibilidades razonables de que los recursos fuesen efectivos (Comité de Derechos Humanos, 1977).

38 Para más información, ver Ochoa Ruiz (2004, pp. 309-310).

39 Así, el Comité señaló lo siguiente: “Como regla general, es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales examinar los hechos y las pruebas, salvo que dicho examen sea claramente arbitrario o equivalga a una denegación de justicia. El Comité observa que las sentencias de primera instancia, apelación y casación se basaron en el interés superior de la niña para desestimar la demanda de la autora, interés debidamente justificado en el potencial efecto perjudicial que podría suponer para la niña iniciar una relación con una pariente desconocida que mantenía un alto nivel de conflictividad con sus padres. En ausencia de información adicional que permita justificar en qué medida se habría lesionado el principio del interés superior de la niña al desestimar la demanda de la autora, el Comité considera que esta queja no ha sido suficientemente fundamentada y la declara inadmisibles (Comité de los Derechos del Niño, 2016a, párr. 4.2).

que se produjera una violación grave de los derechos del pequeño tras su regreso al Afganistán<sup>40</sup>. Por último, en el caso *J. A. B. S. vs. Costa Rica*, del 17 de enero de 2017, el Comité determinó que la queja era infundada porque no quedó debidamente constatada la presunta vulneración del artículo 7 de la Convención –derecho a la identidad–, pues el autor no había logrado inscribir a sus hijos mellizos –nacidos en California vía fertilización in vitro con un óvulo de una donante y semen propio– en el Registro Civil costarricense con dos apellidos: el primero del autor y el segundo de la donante de óvulo. Por el contrario, las autoridades registrales, amparándose en la legislación nacional, los inscribió con los dos apellidos paternos<sup>41</sup>.

**Competencia *ratione temporis*.** Conforme a este requisito de admisibilidad, los hechos denunciados deben haber ocurrido con posterioridad a la entrada en vigor del protocolo facultativo para el Estado acusado, o si comenzaron antes, sus efectos deben continuar o prolongarse tras dicho momento. El protocolo facultativo exige, además, que la comunicación se presente dentro de un año desde el agotamiento de los recursos internos del presunto Estado infractor, excepto si se dan circunstancias excepcionales debidamente acreditadas<sup>42</sup>.

El Comité de los Derechos del Niño ya ha tenido la oportunidad de referirse a esta causa de inadmisibilidad contenida en el artículo 7.g del protocolo en un par de ocasiones: en el caso *S. C. S. vs. Francia*, del 25 de enero de 2018<sup>43</sup> y en el caso *A. H. A. vs. España*, del 4 de junio de 2015<sup>44</sup>. En el primero, una madre, de nacionalidad rumana y etnia romaní, presentó una comunicación en nombre de sus dos hijos y de su nieto, por su expulsión, el 16 de abril de 2015, del campamento en que vivían en Champs-sur-Marne, Francia. Tras el análisis de admisibilidad, el órgano ginebrino optó por no pronunciarse sobre el fondo del asunto por falta de competencia *ratione temporis*, pues el protocolo facultativo entró en vigor en Francia el 7 de abril de 2016. En el segundo caso, un ciudadano de Ghana alegó que las autoridades españolas habían sido arbitrarias al denegarle la condición de menor de edad e ignorar la fecha de nacimiento que figuraba en su pasaporte, a pesar de que en ningún momento se impugnó su validez. El comité, tomando nota de la reclamación formulada por el autor y comprobando que todas las actuaciones de las autoridades españolas, tanto administrativas como judiciales, tuvieron lugar antes del 14 de abril de 2014, fecha de entrada en vigor en España del protocolo facultativo, se inhabilitó para examinar el fondo de la cuestión.

**Competencia *ratione materiae*.** La comunicación ha de referirse necesariamente a derechos y obligaciones contenidos en la *Convención sobre los Derechos del Niño* y/o sus protocolos

40 Los autores de la Comunicación n.º. 7/2016 alegaron que si su hijo entraba en territorio afgano corría el riesgo de ser asesinado, al ser considerado un hijo ilegítimo nacido fuera del matrimonio –aunque sus padres sí estaban casados, dicho enlace se celebró sin el consentimiento de la familia de la madre– y, además, de confesión cristiana y no circuncidado (Comité de los Derechos del Niño, 2018f).

41 Para más información, ver Comité de los Derechos del Niño (2017a).

42 Algunas ONG(s), instituciones nacionales de derechos humanos, así como los miembros del Comité de los Derechos del Niño, no consideraron apropiado aplicar tales plazos por ser “contrario al deseo expresado de que el procedimiento de comunicaciones fuera adaptado a los niños y fácilmente accesible para ellos” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2011b, párr. 55). Dicha opinión es compartida por Langford y Clark (2011, pp. 5-6).

43 Para más información, ver Comité de los Derechos del Niño (2018b).

44 Para más información, ver Comité de los Derechos del Niño (2015; 2014).

facultativos sustantivos. Es decir, deben invocarse presuntas vulneraciones de preceptos contenidos en cualquiera de esos instrumentos internacionales, pero no en otros.

Así, por ejemplo, en el caso *A. A. A. vs. España*, del 30 de septiembre de 2016, la comunicación fue rechazada, entre otros motivos, porque la autora alegó supuestas violaciones del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, las cuales caen, en palabras del propio Comité, “fuera del ámbito del presente procedimiento de comunicaciones”<sup>45</sup>.

### Resultado del procedimiento de comunicaciones

El procedimiento puede concluir bien con una decisión de no admisibilidad o bien con un dictamen sobre el fondo del asunto, en que el Comité de los Derechos del Niño indica si, sobre la base de las informaciones suministradas por las partes, se considera que hubo o no vulneración de la *Convención sobre los Derechos del Niño* o cualquiera de sus dos protocolos facultativos sustantivos. No se prevé posibilidad alguna de recurso u oposición a tal dictamen.

El dictamen emitido por el Comité de los Derechos del Niño ha de fundamentarse en los datos aportados por las partes en las declaraciones orales obtenidas durante el procedimiento, así como en la documentación procedente de los órganos de la ONU y de cualquier otro organismo especializado que pueda ayudar a resolver la controversia.

En caso de constatarse la violación, el Comité nunca condena explícitamente al Estado. Por el contrario, la resolución se redacta en un tono sumamente cuidadoso y conciliador –por ejemplo, el comité *estima, considera o recomienda*–; al fin y al cabo, es una opinión o recomendación, sin carácter vinculante para las partes, y el Estado es libre de cumplirla o no (Phillips, 2013, p. 8). En otras palabras, la finalidad del dictamen no consiste en deducir la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales, sino en animarlo a cumplir con sus compromisos internacionales. Para ello es fundamental que el Comité evite, en el desempeño de esta tarea, adoptar una postura de confrontación, y que, por el contrario, potencie el dialogo, la persuasión y la cooperación<sup>46</sup>.

45 Para más información, ver pie de página 34 y Comité de los Derechos del Niño (2016a).

46 Uno de los primeros casos en los que el Comité de los Derechos del Niño consideró que un Estado parte había vulnerado alguno de los preceptos de la Convención fue en el caso *I. A. M. vs. Dinamarca*, del 28 de enero de 2018, que giraba alrededor de la orden de expulsión de una madre de Puntlandia, Somalia, con nacionalidad de dicho país, junto con su hija por parte de las autoridades danesas. La autora alegó que dicha expulsión significaría poner en grave peligro a la niña, específicamente el peligro de ser sometida a mutilación genital femenina. Tras admitir a trámite la comunicación, por reunir todos los requisitos exigidos por el artículo 7 del protocolo facultativo, el Comité se pronunció sobre el fondo y consideró que “el Estado parte no tuvo en cuenta el interés superior de la niña al evaluar el supuesto riesgo al que se exponía la hija de la autora de ser sometida a la mutilación genital femenina en caso de ser expulsada a Puntlandia, ni adoptó las salvaguardias debidas para garantizar el bienestar de la niña a su regreso, lo que supone una vulneración de los artículos 3 y 19 de la Convención” (Comité de los Derechos del Niño, 2018c, párr. 12.2). En el caso *D. D. vs. España* (Comité de los Derechos del Niño, 2019), el Comité de los Derechos del Niño consideró lo siguiente sobre el Estado español: “[a]l no haber sometido al autor, en su condición de niño no acompañado, a un proceso de identificación y valoración de su situación previo a su deportación, y no haberle dado oportunidad de presentar objeciones a su eventual deportación, viola sus derechos contemplados en los artículos 3 y 20 de la Convención. . . . Por último, el Comité considera que la forma en que se llevó a cabo la deportación del autor, en su condición de niño no acompañado privado de su medio familiar, en un contexto de migración internacional, habiendo sido detenido y esposado, sin haber sido escuchado, recibido asistencia legal o de un intérprete o tenido en cuenta sus necesidades, constituye tratos prohibidos por el artículo 37 de la Convención” (2019, párrs. 14.7-14.8).

En última instancia, la verdadera eficacia de estos dictámenes radica en la presión política y moral que pueda ejercerse sobre el Estado acusado, en lo que se conoce como la *movilización de la vergüenza*; es decir, no se trata de una sanción jurídica, sino de tipo moral o político, por lo que el procedimiento no redundaría necesariamente en una mejora de la situación de él o los individuos reclamantes. Además, tiene el objetivo de ejercer una presión adicional sobre los Estados con vista a que cumplan con lo estipulado en los dictámenes, y el artículo 11 del protocolo y el artículo 28 de su reglamento, y prevean un sistema de seguimiento, que determinará cuál es el verdadero nivel de eficacia en el transcurso del tiempo.

En ese sentido, a la mayor brevedad posible, y en un plazo máximo de seis meses a partir de la transmisión, por parte del Comité del dictamen sobre una comunicación o de un acuerdo de solución amigable que concluye el examen de la misma, el Estado parte debe presentar por escrito al Comité una respuesta en la que se incluye información acerca de las medidas adoptadas, o que se tiene previsto adoptar a la luz del mentado dictamen o del acuerdo de solución amigable, tal como se señala en los artículos 11 del protocolo facultativo y 28 de su reglamento<sup>47</sup>.

Además, con la clara intención de dar un seguimiento adecuado a las recomendaciones efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño, las reglas de procedimiento estipulan, siguiendo el modelo iniciado ya por el Comité de Derechos Humanos, la designación de un relator o grupo de trabajo encargado de verificar las medidas adoptadas por el Estado parte<sup>48</sup>.

### Comunicaciones entre Estados

El mecanismo de reclamación interestatal, que toma como modelo el sistema fijado en el artículo 32 de la *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas*<sup>49</sup>, permite a los Estados partes de la *Convención sobre los Derechos del Niño* presentar una queja contra cualquier otro Estado parte de la misma, si considera que este segundo Estado no está cumpliendo con las obligaciones que le impone el tratado internacional en el artículo 12.

Efectivamente, tal y como lo establece la doctrina internacionalista, este mecanismo se caracteriza por estar sometido a una suerte de doble llave facultativa, en tanto recae sobre los Estados partes la carga de hacer una declaración adicional a su manifestación de voluntad, reconociendo la competencia del Comité para proceder con tales efectos. Sobre

47 En igual medida, los artículos 11 (2) del protocolo y 28 (4) del reglamento atribuyen al Comité de los Derechos del Niño la posibilidad de “solicitar al Estado parte que incluya información sobre las medidas adoptadas en respuesta a su dictamen, sus recomendaciones o su decisión por la que se dé por concluido el examen de la comunicación a raíz de un acuerdo de solución amigable en los informes que presente ulteriormente de conformidad con el artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 12 del protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o el artículo 8 del protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados”.

48 Con respecto a los relatores o grupos de trabajo encargados del seguimiento de los dictámenes adoptados por los mecanismos de supervisión de derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas, Schmidt (2009) ofrece una lectura un tanto crítica de su labor.

49 Según Laso Pérez, desde un punto de vista dogmático se hace énfasis en “la creación de una garantía colectiva en la aplicación del Tratado, a través de la cual se expresa el interés de todos los Estados en la aplicación efectiva de todas las disposiciones reconocidas en el acuerdo, reafirmando el carácter procedimental *erga omnes* de sus disposiciones” (2014, p. 175). Por su parte, Ochoa Ruiz (2004) presenta un análisis exhaustivo de la génesis de este tipo de mecanismos de reclamaciones interestatales aplicados a tratados de protección de derechos humanos.

la dualidad del carácter facultativo del procedimiento, se establece que el órgano ginebrino “no admitirá comunicaciones que se refieran a un Estado parte que no haya hecho esa declaración”, ni aquellas “procedentes de un Estado parte que tampoco la haya efectuado” (ONU, 2011, art. 12.2)<sup>50</sup>.

Si bien es cierto que el protocolo facultativo del año 2011 regula esta posibilidad, no debe obviarse la infrautilización de esta vía a lo largo del tiempo<sup>51</sup>. El año 2018 ha sido el primero en la historia en el que se han presentado, dentro del sistema de mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos de la ONU, tres comunicaciones interestatales, concretamente frente al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial –a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*–.

Las principales razones que explican por qué este mecanismo no ha sido empleado hasta una fecha tan reciente son de diversa índole. En primer lugar, ello obedece a motivaciones de carácter político, como el temor a que el mecanismo pueda convertirse en arma arrojadiza en manos de los Estados. En segundo término, también existen argumentaciones de carácter más bien técnico que disuaden del empleo de este instrumento. Para empezar, en la mayoría de tratados de derechos humanos –la *Convención sobre los Derechos del Niño* no es una excepción– se configura esta posibilidad como meramente facultativa –a través de cláusulas *opting* o *contracting in*–, y ha sido en general escasamente aceptada por los Estados. Por si ello fuera poco, el mecanismo está trabado por múltiples obstáculos procesales; el principal es la condición de que se hayan agotado los recursos internos del Estado presuntamente infractor antes de presentar la reclamación en el plano internacional. Por último, los resultados que se prevé se alcanzarán una vez concluido el procedimiento son extremadamente débiles. De no lograrse en algún momento del procedimiento una solución amistosa entre las partes enfrentadas<sup>52</sup>, el Comité de los Derechos del Niño debe limitarse a redactar un informe que contenga un resumen de los hechos acaecidos y detalle las recomendaciones dirigidas al Estado infractor, las cuales, como su propio nombre indica, no son de obligado cumplimiento. En definitiva, existe un alto riesgo de que, una vez utilizado este instrumento, se genere o acreciente una tensión entre Estados, sin que los resultados obtenidos en favor de los individuos sean tangibles.

### **Investigaciones en Caso de Violaciones Graves o Sistemáticas**

Por último, se debe notar que el protocolo facultativo de la *Convención sobre los Derechos del Niño* prevé la posibilidad de iniciar, de oficio, un procedimiento de investigación, si el Comité de los Derechos del Niño “recibe información fidedigna que indique violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte de los derechos enunciados en la Convención y en sus protocolos facultativos” sustantivos (ONU, 1989, art. 13.1).

El protocolo dispone el carácter obligatorio de la investigación salvo declaración expresa

50 Para más información, ver Riquelme Cortado (2014, p. 33).

51 Al respecto, Ssenjonjo (2010) explica que, a pesar de que dicho mecanismo no es particularmente utilizado en la práctica, su mera previsión dota a la diplomacia internacional de una herramienta muy útil.

52 Se intentará resolver el desacuerdo entre dos Estados utilizando los buenos oficios o las facultades de conciliación del Comité de los Derechos del Niño, teniendo siempre en cuenta que la solución a la que se llegue habrá de darse sobre la base del respeto del principio del interés superior del niño/a.

de exclusión, también conocida como *opting out*, que los Estados partes podrán formular en el momento de firmar, ratificar o adherirse al mentado instrumento internacional. (Riquelme, 2014, pp. 34-35)

Una vez establecida la competencia del Comité, se requiere la plena colaboración del Estado implicado: una vez que el órgano ginebrino reciba “información fidedigna que indique vulneraciones graves o sistemáticas” (ONU, 2011, art. 13.1) por parte del Estado parte, lo invitará a colaborar en su examen, así como a presentar sus propias observaciones. El Comité debe designar a uno o más de sus miembros para que elaboren con carácter urgente un informe acerca de los hechos acaecidos. Cuando se justifique y se cuente con el consentimiento del Estado implicado, dicha investigación puede incluir una visita a su territorio.

Se debe destacar que el Comité de los Derechos del Niño ya empleó, por vez primera, esta vía de actuación:

El 22 de julio de 2016 recibió una solicitud de investigación en relación a la situación de los niños, niñas y adolescentes (NNA) privados de entorno familiar que se encuentran en centros residenciales en Chile, bajo control directo o indirecto del Servicio Nacional de Menores (SENAME). Los hechos descritos indicaban una posible violación grave y sistemática de los derechos enunciados en la *Convención*. Dicha información fue completada con documentos oficiales del SENAME, la Cámara de Diputados y la Fiscalía. (Comité de los Derechos del Niño, 2018g, párr. 3)

Asimismo, se designó a dos miembros del comité –Jorge Cardona y José Rodríguez– para que llevaran a cabo las debidas diligencias de investigación y realizaran una visita al lugar. Finalmente, el Comité consideró que el Estado chileno vulneraba diversos preceptos de la *Convención sobre los Derechos del Niño* y lo instó a que tome medidas al respecto<sup>53</sup>.

### Conclusiones

Cumplidos cinco años desde la entrada en vigor del *Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño Relativo a un Procedimiento de Comunicaciones como Nuevo Mecanismo de Denuncia*, tercer protocolo facultativo, el mecanismo mencionado se enfrenta a diversos desafíos. Del éxito con el que se resuelvan dependerá, en gran medida, su futura eficacia y consolidación. Así, a modo de conclusiones, se presentan aquí aquellos desafíos que deben ser abordados de manera prioritaria.

En primer término, debe promoverse el aumento de las declaraciones de aceptación por parte de los Estados miembros de la ONU. Curiosamente, entre los Estados que no han ratificado o se han adherido a este instrumento internacional se incluyen prácticamente todos aquellos en que los niveles de incumplimiento alcanzan cotas bastante elevadas, lo que implica que un considerable número de las vulneraciones sufridas por los niños, niñas y adolescentes quedan fuera del ámbito de actuación del Comité de los Derechos del Niño.

En segundo lugar, el procedimiento no es lo suficientemente conocido por la ciudadanía en general, y por las presuntas víctimas, reales o potenciales, en particular. Resulta llamativo que no se haya presentado ninguna comunicación en relación a ciertos países que han aceptado el procedimiento de comunicaciones –al menos, el individual–, y que incurrir en evidentes infracciones de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, tal y como atestiguan los infor-

53 Para más información, ver Comité de los Derechos del Niño (2018g).

mes periódicos examinados por el propio Comité de los Derechos del Niño. Por el contrario, las quejas se focalizan en algunos Estados, particularmente España y Dinamarca, y en temáticas muy específicas, lo que lleva a pensar que estas denuncias son auspiciadas por un mismo equipo de juristas. Todo ello parece evidenciar que la posibilidad de hacer uso de este mecanismo cuasi jurisdiccional ha sido escasamente difundida entre la población. A lo anterior se debe sumar la escasa visibilidad con la que cuenta de por sí el Comité de los Derechos del Niño.

En tercer lugar, se debe buscar la forma de agilizar los procedimientos. El Comité de los Derechos del Niño no funciona de manera permanente, sino que se reúne de forma discontinua, y además tiene otras funciones asignadas. Ello se traduce en una ralentización de las investigaciones y la emisión de los dictámenes. Asimismo, si el número de comunicaciones aumenta durante los próximos años, tal como la tendencia indica, la capacidad de respuesta del órgano ginebrino será aún más limitada. Aún no se ha determinado si el establecimiento de los grupos de trabajo y relatores sobre nuevas comunicaciones en el seno del Comité permitirá una respuesta eficaz a la problemática descrita<sup>54</sup>.

En cuarto lugar, se debe incidir en el cumplimiento de las recomendaciones. El Comité debe mejorar su capacidad de persuasión para lograr que los Estados apliquen sus dictámenes. La solución prevista en el protocolo —en el artículo 11—, que consiste en solicitar una respuesta al Estado en el mismo texto del dictamen y fijar un plazo en el que debe proporcionarla (seis meses como máximo), y luego requerir al Estado información sobre el cumplimiento del dictamen en su siguiente informe periódico, luce del todo insuficiente.

En quinto lugar, se debe mejorar la coordinación entre los diferentes mecanismos de supervisión existentes en el sistema de tratados de derechos humanos de la ONU. En algunas ocasiones, un mismo supuesto de hecho puede resultar de interés para más de un comité; por ende, debería preverse la posibilidad de un trabajo conjunto y sistematizado entre dichos órganos. En otras, en cambio, el caso presentado puede no ser competencia del mecanismo cuasi jurisdiccional ante el que se acude, pero sí de otro. En ese sentido, un sistema de remisión intercomités que actuara de oficio agilizaría el proceso y garantizaría que las posibles vulneraciones de derechos fundamentales no quedaran sin ser resueltas.

Por último, es imprescindible clarificar el verdadero valor atribuido a la llamada *jurisprudencia* generada por las resoluciones emitidas por el Comité de los Derechos del Niño, para de esta forma ir configurando un acervo de decisiones y dictámenes que ayuden a interpretar de manera adecuada el articulado contenido en la *Convención sobre los Derechos del Niño* y sus protocolos facultativos.

---

54 Estos mismos problemas ya fueron enfatizados por Smith (2009, pp. 115-116).

## REFERENCIAS

- African Committee on the Rights and Welfare of the Child. (2009, 20 de abril). Comunicación 002/2009, IHRDA vs. Kenya, Referencia 002/Com/002/2009.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2011a, 18 de enero). Propuesta A/HRC/WG.7/2/4, Propuesta revisada de proyecto de protocolo facultativo preparada por el presidente-relator del Grupo de Trabajo abierto sobre un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2011b, 25 de mayo). Informe A/HRC/17/36, Informe del Grupo de Trabajo abierto encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2010a, 21 de enero). Informe A/HRC/13/43, Informe del Grupo de Trabajo abierto encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2010b, 14 de abril). Informe A/HRC/RES/13/3, Informe del Grupo de Trabajo abierto sobre un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2010c, 4 de octubre). Propuesta A/HRC/WG.7/2/2, Propuesta de proyecto de protocolo facultativo preparada por el presidente-relator del Grupo de Trabajo abierto sobre un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2010d, 13 de octubre). Observaciones A/HRC/WG.7/2/3, Observaciones del Comité de los Derechos del Niño sobre la propuesta de proyecto de protocolo facultativo preparada por el presidente-relator del Grupo de Trabajo abierto sobre un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2012). Informe del Comité de los Derechos del Niño. A/67/41

- Belorgey, J. M. (2011). La Charte Sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation (1961-2011), le Comité Européen des Droits Sociaux: esquisse d'un bilan. *Revue Trimestrielle des Droits de l'Home*, 22(88), 787-806.
- Bekker, G. (2013). The protection of asylum seekers and refugees within the African regional human rights system. *African Human Rights Law Journal*, 13(1), 1-29.
- Cardona Llorens, J. (2012). La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos. *Educatio Siglo XXI*, 30(2), 47-68.
- Carlson, S. & Gisvold, G. (2003). *Practical guide to the International Covenant on Civil and Political Rights*. Nueva York: Transnational Publishers.
- Carmona Luque, M. d. R. (2012). Las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño hacia los Estados partes: el enfoque en derechos en las políticas de infancia en España. *Educatio Siglo XXI*, 30(2), 69-88.
- Carmona Luque, M. d. R. (2011). *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid, España: Dykinson.
- Comité de Derechos Humanos. (1978, 26 de enero). Comunicación 4/1977, Torres vs. Uruguay, Referencia CCPR/C/10/D/4/1977.
- Comité de Derechos Humanos. (1994, 4 de abril). Comunicación 488/1992, Toonen vs. Australia, Referencia CCPR/C/50/D/488/1992.
- Comité de los Derechos del Niño. (1999, 7 de diciembre). Informe CRC/C/90. Informe sobre el 22º período de sesiones.
- Comité de los Derechos del Niño. (2009, 20 de julio). Observación general nº. 12, El derecho del niño a ser escuchado, Referencia CRC/C/CG/12.
- Comité de los Derechos del Niño. (2013a). Reglamento del Comité en relación con el protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, Referencia CRC/C/62/3.
- Comité de los Derechos del Niño. (2013b, 29 de mayo). Observación general nº. 14. El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, Referencia CRC/C/CG/14.
- Comité de los Derechos del Niño. (2015, 4 de junio). Comunicación 1/2014, A.H.A. vs. España, Referencia CRC/C/69/D/1/2014.
- Comité de los Derechos del Niño. (2016a, 30 de setiembre). Comunicación 2/2015, A.A.A. vs. España, Referencia CRC/C/73/D/2/2015.
- Comité de los Derechos del Niño. (2016b, 6 de diciembre). Observación general nº. 20. Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, Referencia CRC/C/CG/20.

- Comité de los Derechos del Niño. (2017a, 17 de enero). Comunicación 5/2016, J.A.B.S. vs. Costa Rica, Referencia CRC/C/74/D/5/2016.
- Comité de los Derechos del Niño. (2017b, 2 de junio). Comunicación 9/2017, M.E.B. vs. España, Referencia CRC/C/75/D/9/2017.
- Comité de los Derechos del Niño. (2018a, 25 de enero). Comunicación 18/2017, R.I. vs. España, Referencia CRC/C/77/D/18/2017.
- Comité de los Derechos del Niño. (2018b, 25 de enero). Comunicación 10/2017, S.C.S vs. Francia, Referencia CRC/C/77/D/10/2017.
- Comité de los Derechos del Niño. (2018c, 25 de enero). Comunicación 3/2016, I.A.M. vs. Dinamarca, Referencia CRC/C/77/D/3/2016.
- Comité de los Derechos del Niño. (2018d, 31 de mayo). Comunicación 39/2017, M.B. vs. España, Referencia CRC/C/78/D/39/2017.
- Comité de los Derechos del Niño. (2018e, 31 de mayo). Comunicación 8/2016, Y.M. vs. España, Referencia CRC/C/78/D/8/2016.
- Comité de los Derechos del Niño. (2018f, 31 de mayo). Comunicación 7/2016, Z.Y. vs. Dinamarca, Referencia CRC/C/78/D/7/2016.
- Comité de los Derechos del Niño. (2018g, 1 de junio). Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Documento CRC/C/CHL/INQ/1.
- Comité de los Derechos del Niño. (2019, 1 de febrero). Comunicación 4/2016, D.D. vs. España, Referencia CRC/C/80/D/4/2016.
- Consejo de Derechos Humanos (2009, 17 de junio). Resolución del Consejo de Derechos Humanos 11/1. Grupo de Trabajo abierto sobre un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento de comunicaciones.
- de Beco, G. (2013). The optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure: good news? *Human Rights Law Review*, 13(2), 367-387.
- Erdem Türkelli, G.; Vandenhoe, W.; & Vandenbogaerde, A. (2013). NGO impact on Law-Making: The case of a complaints procedure under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Convention on the Rights of the Child. *Journal of Human Rights Practice*, 5(1), 1-45.
- García España, E. (2016, marzo). De menores inmigrantes en protección a jóvenes extranjeros en prisión. *Indret*. Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/1231.pdf>.

- García Espinar, J. (s. f.). *Recomendaciones y observaciones para la presentación de denuncias de violaciones de derechos humanos ante organismos internacionales*. Recuperado de <https://www.derechoshumanos.net/denunciar/Denuncia-violacion-derechos-humanos.htm>
- Langford, M. & Clark, S. (2011). *A complaints procedure for the Convention on the Rights of the Child: Commentary on the second draft*. Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGCRC/Session2/NCHR\\_Commentary.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGCRC/Session2/NCHR_Commentary.pdf).
- Langford, M. & Clark, S. (2010). *A complaints procedure for the Convention on the Rights of the Child: Commentary on the first draft*. Recuperado de <https://www.jus.uio.no/ior/english/people/aca/malcolm/crc-op-commentary-firstdraft.pdf>
- Langford, M. & Clark, S. (2010). The new kid on the block. A complaints procedure for the Convention on the Rights of the Child. *Nordic Journal of Human Rights*, 28(3-4), 371- 400.
- Laso Pérez, J. (2014). Instrumento de ratificación del protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011. *Ars Iuris Salmanticensis*, 2(2), 170-176.
- Maravall Buckwalter, I. (2019, enero). El derecho del niño a acogerse a la dispensa del deber de declarar: reflexiones desde el derecho internacional de los derechos humanos. *Indret*. Recuperado de [http://www.indret.com/pdf/1444\\_nuevo.pdf](http://www.indret.com/pdf/1444_nuevo.pdf).
- Ochoa Ruiz, N. (2004). *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*. Madrid, España: Civitas.
- Organización de las Naciones Unidas. (2008). Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Organización de las Naciones Unidas. (2000), Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- Organización de las Naciones Unidas. (2000). Protocolo facultativo sobre la participación de niños en los conflictos armados.
- Organización de las Naciones Unidas. (2011). Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones como nuevo mecanismo de denuncia frente a la violencia contra niñas, niños y adolescentes.
- Phillips, C. (2013, enero). Optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure. *Chronicle*. Recuperado de [http://www.aimjf.org/download/Chronicle\\_ISSN/English/English\\_Chronicle\\_2013\\_January\\_issn-ilovepdf-compressed.pdf](http://www.aimjf.org/download/Chronicle_ISSN/English/English_Chronicle_2013_January_issn-ilovepdf-compressed.pdf)

- Ravetllat Ballesté, I. (2018). El defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en Argentina. De dónde venimos, para saber hacia dónde vamos. *La Ley*, 82(200), 1-6.
- Ravetllat Ballesté, I. (2017a). El defensor de los derechos de la niñez en Chile: hacia un verdadero garante de su interés superior. *Estudios Constitucionales*, 15(1), 255-306.
- Ravetllat Ballesté, I. (2017b, marzo). La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipada a la luz del Libro II del Código Civil de Cataluña (artículos 211-3 y 211-5). *Indret*. Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/1317.pdf>.
- Riquelme Cortado, R. (2014). Entrada en vigor de los protocolos facultativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a un procedimiento de comunicaciones. *Revista Española de Derecho Internacional*, 6(2), 11-48.
- Saura Estapà, J. (2013). La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). En J. Bonet Pérez & J. Saura Estapà (Eds.), *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en períodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad* (pp. 53-80). Madrid, España: Marcial Pons.
- Schmidt, M. (2009). Follow-up activities by UN Human Rights Treaty Bodies and special procedures mechanisms of the Human Rights Council. Recent developments. En G. Alfrson & J. Grimheden (Eds.), *International human rights monitoring mechanisms: essays in honour of Jakob T.H. Möller* (pp. 25-34). Leiden, Holanda: Martinus Nijhoff.
- Smith, L. (2009). Monitoring CRC. En G. Alfredsson & J. Grimheden (Eds.), *International human rights monitoring mechanisms: essays in honour of Jakob T.H. Möller* (pp. 109-116). Leiden, Holanda: Martinus Nijhoff.
- Smith, R. (2010). The United Nations Human Rights System. En M. Baderin & M. Ssenjonjo (Eds.), *International Human Rights law. Six decades after the UDHR and beyond* (pp. 215-234). Surrey, Reino Unido: Ashgate.
- Ssenjonjo, M. (2010). Economic, social and cultural rights. En M. Baderin & M. Ssenjonjo (Eds.), *International Human Rights law. Six decades after the UDHR and beyond* (pp. 49-88). Surrey, Reino Unido: Ashgate.
- Young, K. (2008). The minimum core of economic, social and cultural rights. *Yale Journal of International Law*, 33, 113-177.
- de Zayas, Alfred. (2009). Petitions before the United Nations Treaty Bodies: Focus on the Human Rights Committee's optional protocol. En G. Alfredsson & J. Grimheden (Eds.), *International human rights monitoring mechanisms: essays in honour of Jakob T.H. Möller* (pp. 35-76). Leiden, Holanda: Martinus Nijhoff.



## VIOLENCIA CONTRA NIÑOS/AS EN ESPACIOS PRIVADOS NO FAMILIARES: CARENCIAS Y OMISIONES DE LA NORMATIVA PERUANA

*Renata Anahí Bregaglio Lazarte<sup>1</sup>*

*Renato Antonio Constantino Caycho<sup>2</sup>*

*Paula Camino Morgado<sup>3</sup>*

Pontificia Universidad Católica del Perú  
Categoría Docentes

### **Sumilla**

El 23 de noviembre de 2015 se publicó la *Ley 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar*. Si bien la norma destacó por incorporar una serie de medidas principalmente orientadas a combatir la violencia contra la mujer, al parecer no presta el mismo grado de atención a las situaciones de violencia hacia niños/as, en concreto, aquellas que se producen en espacios no familiares. En el presente artículo, a partir de las carencias y omisiones que la normativa peruana presenta con respecto a la protección integral de niños/as contra la violencia en espacios no familiares, se propone algunas claves para elaborar un marco jurídico que aborde dicho asunto. Para ello, además de analizar la Ley 30364, se observan las regulaciones que existen en cuanto a los diferentes espacios ajenos a la familia donde pueden ocurrir actos de violencia contra niño/as (clubes, iglesias, centros de salud, centros de rehabilitación y detención, entre otros).

El 23 de noviembre de 2015 se publicó la *Ley 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar*, la cual derogó la Ley 26260 de 1993. La nueva ley fue reglamentada mediante Decreto Supremo 009-2016-MIMP del 26 de julio de 2016. La norma destacó por incorporar una serie de medidas principalmente orientadas a combatir la violencia contra la mujer: reconoce un concepto amplio de violencia

- 1 Docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Jefa de la Oficina Académica de Responsabilidad Social de la Facultad de Derecho de la PUCP.
- 2 Docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master of Laws in International Legal Studies por la American University.
- 3 Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

hacia las mujeres basada en género e incluye la diversas formas de violencia que enfrentan las mujeres en todo el ciclo de vida (física, psicológica, sexual y económica o patrimonial); crea el Sistema Nacional para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar; establece un sistema de protección integral, activando la denuncia en el fuero penal, por un lado, y la solicitud de medidas cautelares y de protección frente al juzgado de familia, por el otro; y dispone una serie de medidas de atención vinculadas a la atención psicológica y garantías en los diversos ámbitos en los que podría tener lugar actos de violencia (asistencia a centros educativos o a centros laborales).

No obstante lo anterior, la Ley 30364 parece no haber sido elaborada con suficiente cuidado en cuanto a la atención de las situaciones de violencia hacia niños/as, en concreto, en cuanto a aquellas que se producen en espacios no familiares. La Ley 30364 (2015) abarca, por un lado, actos de violencia cometidos contra las niñas en entornos no necesariamente familiares (violencia contra la mujer) y, por otro, aquellos cometidos contra niño/as en el entorno familiar. Así, quedarían fuera de su alcance aquellos actos de violencia cometidos contra niños (varones) en entornos no familiares, lo cual genera un impacto adverso hacia ellos. Además, el alcance de las medidas de protección previstas en la ley en cuestión no resulta adecuado para garantizar que el/la niño/a sea efectivamente retirado/a del ambiente no familiar violento. Resulta más preocupante aún el hecho de que esta ausencia de protección y otras falencias que se indicarán más adelante no se ven compensadas por una regulación sectorial de los espacios en los cuales los/as niños/as conviven y socializan (escuelas, clubes, iglesias, entre otros); esta, más bien, es escasa o inexistente.

Ante estas carencias, resulta necesario revisar el marco normativo que protege a los/as niños/as de la violencia en espacios no familiares, con el objetivo de proponer medidas de solución para proteger a este grupo en situación de vulnerabilidad. En ese sentido, el presente artículo plantea en un primer momento los estándares generales requeridos para hacer frente a la violencia contra los/as niños/as, para luego identificar las falencias del actual sistema nacional de prevención y sanción de la violencia contra niños/as para casos de violencia cometida en entornos no familiares. Finalmente, se plantea la necesidad de que existan regulaciones específicas contra la violencia en entornos privados.

### **La Protección Internacional contra la Violencia Infantil**

La *Convención sobre los Derechos del Niño* (CDN) establece lo siguiente:

1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.
2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial. (Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2006, art. 19)

Un primer aspecto que vale la pena resaltar de esta norma es la conceptualización amplia de violencia que emplea, la cual se configura como “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual” (Asamblea General de la ONU, 2006, art. 19). De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, el objetivo de este fraseo es evidenciar que existen formas de violencia distintas a la de índole física, como la psicológica y otras formas “no intencionales de daño, como el descuido y los malos tratos psicológicos” (2011, párr. 4). En esa misma línea, el Comité (2011) señala que la frecuencia, gravedad e intencionalidad del daño no son requisitos para la configuración de un acto de violencia. Asimismo, resalta la necesidad de tener presente que la violencia puede provenir de personas diferentes a los padres, incluso de otro/as niño/as. Al respecto, debe recordarse que el mismo organismo, en su *Observación general n.º. 13*, ha señalado lo siguiente:

En instituciones del Estado, como escuelas, guarderías, hogares y residencias, locales de custodia policial o instituciones judiciales, los niños son víctimas de actos de violencia intensa y generalizada, que pueden llegar hasta la tortura y el asesinato. (2011. párr. 3.e.i).

Por ello, las medidas de protección frente a la violencia deben considerar no solo los entornos familiares, sino también los entornos institucionales, como colegios, centros de salud, clubes, iglesias, centros penitenciarios, hogares de acogida y otros. Si bien en el Perú no se cuenta con información fidedigna que permita conocer la incidencia de violencia contra niño/as en espacios no familiares, la Encuesta Nacional sobre Relaciones Sociales (ENARES) de 2013 y 2015 arrojó algunas cifras interesantes sobre la violencia sufrida en centros educativos. Así, la encuesta mostró que el 73.8 % de niños de 9 a 11 años habían sido víctimas de violencia psicológica y física alguna vez en su vida. De estos, el 36.3 % habían sido víctimas alguna vez en su vida de violencia psicológica y física perpetrada por parte de compañeros de escuela. El 70 % de estos casos tuvieron lugar en el salón de clases, presumiblemente bajo presencia de algún docente a cargo. Asimismo, en el caso de adolescentes de 12 a 17 años, el 27.7 % habían sido víctimas alguna vez en su vida de violencia psicológica y física por parte de compañeros de escuela, y más del 80 % de esos casos ocurrieron también en el salón de clase.

Además, según información del portal SISEVE (Sistema Especializado en Reporte de Casos sobre Violencia Escolar), se han registrado 14,243 casos de violencia en colegios solo entre 2013 y 2019 (“Minedu: Más de 14 mil casos de violencia escolar”, 2019). Dos casos paradigmáticos en materia de violencia escolar han sido los referentes a la orden religiosa Sodalicio de la Vida Cristiana y el colegio Héctor de Cárdenas. En el caso de la orden Sodalicio, más de 30 personas han relatado episodios de abuso sexual, físico y psicológico ocurridos en su niñez y adolescencia, desde 1994, mientras pertenecían a la orden en cuestión (Salinas & Ugaz, 2015). Estos actos ocurrieron en el marco de las actividades de la orden y eran perpetrados por autoridades, respecto de lo cual las víctimas reportan la dificultad de denunciar lo sucedido ante las autoridades de la institución (Salinas & Ugaz, 2015; “Sodalicio: Los dolorosos testimonios de las víctimas de abusos”, 2018). De acuerdo con informes periodísticos, las autoridades eclesásticas tenían conocimiento de estos hechos y no tomaron medidas al respecto (Acosta Gonzalez, 2016). Tras múltiples denuncias públicas, en 2017, la orden religiosa fue intervenida (“Seis momentos clave que te ayudarán a entender más el caso Sodalicio”, 2019). El caso dicha orden se asemeja a los sucesos ocurridos en la orden de los Legionarios de Cristo en México y a los abusos cometidos por el sacerdote Karadima en Chile.

En el caso del colegio Héctor de Cárdenas, una institución de educación básica, por su parte, varios adultos han narrado episodios de abuso sexual por parte del exdirector de aquella institución educativa (“Ex alumnos del Colegio Héctor de Cárdenas”, 2017).

Fuera del ámbito escolar, los/as niño/as también son vulnerables a la violencia en otros espacios institucionales. Por ejemplo, en el año 2017, se denunció en redes sociales a un socio del Club Regatas Lima –un club social y deportivo frecuentado por la clase socioeconómica alta de Lima, al cual concurren familias y muchas veces niños/as sin supervisión de sus padres– por tocamientos indebidos contra una niña en las instalaciones del club (“Abuso en el Regatas”, 2007). El club se limitó a tomar medidas de índole administrativa, no denunció penalmente los hechos y no comunicó a otros socios/as la identidad del acusado.

Estos ejemplos son solo una minúscula muestra de la realidad de diversos espacios sociales en el Perú que no cuentan con protocolos claros para la prevención, protección, sanción y reparación de casos de violencia contra niños/as. En efecto, en sus observaciones finales a Perú, el Comité sobre los Derechos del Niño mostró su preocupación “por el elevado número de casos de violencia y de malos tratos que sufren los niños, incluida la violencia doméstica y sexual” (2016, párr. 41). En particular, hizo referencia a la situación en las escuelas, la falta de denuncias e investigaciones efectivas, y las deficiencias del sistema de protección de niños/as víctimas de violencia.

Un segundo aspecto a resaltar es que el segundo párrafo del artículo 19 de la CDN hace referencia a las medidas que deben adoptar los Estados para hacer frente a las situaciones de violencia contra niño/as. Al respecto, el Comité ha señalado que los Estados deben “actuar con la debida diligencia, prevenir la violencia o las violaciones de los derechos humanos, proteger a los niños que han sido víctimas o testigos de violaciones de los derechos humanos, investigar y castigar a los culpables, y ofrecer vías de reparación de las violaciones de los derechos humanos” (2011, párr. 5). En ese sentido, las medidas que exige el artículo 19 a los Estados podrían clasificarse en (a) prevención de los actos de violencia, (b) atención al/a la niño/a que sufre violencia, (c) sanción de los responsables y (d) reparación a las víctimas. Se propone, entonces, un abordaje integral que permita la satisfacción del derecho a la vida e integridad (directamente vulnerado a partir de un acto de violencia), y otros derechos relacionados, como la salud (física y mental), el acceso a la justicia y las garantías del debido proceso.

En primer lugar, en relación con la prevención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que esta, como medida general, incluye

todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. (1988, párr. 175)

Además, cuando se tenga conocimiento de una situación de riesgo “real e inmediato” para la persona, se debe activar un protocolo de prevención específica o reforzada (Corte IDH, 2009, párr. 280-282). En relación con la violencia contra niños/as, el Comité de los Derechos del Niño también ha señalado que esta requiere prevención primaria (o prevención general) activa, a través de medidas de salud pública, promoción de una crianza responsable y eliminación de las propias causas de la violencia. Así, cualquier sistema de protección integral deberá incorporar necesariamente medidas de prevención en el centro de su diseño (2011, párr. 46).

En segundo lugar, las medidas de atención están orientadas a impedir que el daño sufrido pueda intensificarse o tornarse irreversible. Estas medidas ciertamente no calzan en la tradicional clasificación de las obligaciones de derechos humanos. Y es que en los casos de violencia, no solo se genera un daño inmediato (generalmente compensable en una medida de reparación), sino también secuelas permanentes. En consecuencia, resulta necesaria una actuación estatal inmediata para evitar su agravamiento.

En esa línea, las medidas de atención buscan “promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social” del/de la niño/a víctima de violencia (Comité de los Derechos del Niño, 2011, párr. 52). Por ello, un correcto sistema de atención requiere contar con un sistema de notificación de hechos que active “una evaluación participativa y multidisciplinaria de las necesidades a corto y largo plazo del niño, de sus cuidadores y de su familia”, así como “la remisión del niño y su familia a los diferentes servicios que puedan atender esas necesidades” (Comité de los Derechos del Niño, 2011, párr. 50). Estos mecanismos deben ser “seguros, bien divulgados, confidenciales y accesibles” (Comité de los Derechos del Niño, 2011, párr. 49), lo que significa que toda actuación debe “realizarse de forma adaptada al niño, en un ambiente adecuado a sus necesidades especiales y según sus aptitudes, su edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad. Además, deberán llevarse a cabo en un idioma que el niño hable y entienda” (Consejo Económico y Social, 2005, párr. 14). También es importante que no se requiera la finalización de un proceso judicial o administrativo para acceder a estos servicios. Lo anterior implica entonces un servicio de acompañamiento médico, jurídico y psicológico (Comité de los Derechos del Niño, 2011).

En tercer lugar, la obligación de sanción se traduce en deberes de investigación y sanción. El deber de investigar implica que, producidas las violaciones a los derechos humanos, el Estado debe lograr que esas violaciones no queden impunes, sino que “se investiguen los hechos y se juzgue a los responsables” (Corte IDH, 1988, párr. 174). Si bien no toda investigación necesariamente será exitosa, estas siempre deben realizarse con seriedad y buscar obtener el mejor resultado posible (Corte IDH, 1988). La obligación de sanción, por su parte, implica que luego de que la investigación haya determinado a los responsables de las violaciones de derechos humanos, estas personas deben ser sancionadas (Corte IDH, 2000). Tanto el deber de investigación como el de sanción serían equiparables a la obligación de sanción identificada por el Comité de los Derechos del Niño. Lo anterior implica entonces que se deben adoptar procedimientos de investigación confidenciales, céleres y rigurosos que se hayan adaptado a las necesidades de los/as niños/as (Comité de los Derechos del Niño, 2011). De acuerdo con las *Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos*, esta adaptación implica incorporar en los procesos “un enfoque que tenga en cuenta el derecho del niño a ser protegido, así como sus necesidades y opiniones” (Consejo Económico y Social, 2005, párr. 9.d). Estos procesos, además, deben estar a cargo de profesionales calificados y obedecer a un enfoque basado en los derechos del/de la niño/a y sus necesidades (Consejo Económico y Social, 2005).

En cuarto lugar, la obligación de reparar implica que, al margen de que la investigación sea exitosa y se sancione al responsable, el Estado debe siempre reparar a las víctimas (Corte IDH, 1989), es decir, proveer medios eficaces para compensar los daños causados, materializados en medidas de indemnización y rehabilitación. La indemnización debe compensar los daños determinables causados por el hecho vulneratorio y también el daño moral. Por su parte, la rehabilitación implica el “proceso para el restablecimiento de la salud y reputación

total de un individuo luego del trauma de un ataque serio a su integridad física o mental” (Shelton, 2006, p. 275). En esa línea, se ha señalado que la reparación debe incluir “el costo de la reinserción social y educacional, el tratamiento médico, la atención de salud mental y los servicios jurídicos” (Consejo Económico y Social, 2005, párr. 37). Asimismo, en los procesos que determinen reparaciones, se debe tener en cuenta la particular situación de vulnerabilidad de la víctima (Corte IDH, 2012).

Este tipo de medidas se encuentran reguladas en la CDN, que señala la obligación de los Estados de adoptar “todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de [violencia]” (2006, art. 39). Por ello, bajo un enfoque integral, pueden muchas veces confundirse las medidas de atención con las de rehabilitación, aun cuando tienen fundamentos diferentes y se aplican en momentos distintos.

Definido el estándar internacional, corresponde analizar la normativa nacional y su aplicación a los casos de violencia cometida en espacios no familiares.

### **La Regulación Peruana para Proteger a los/as Niños/as de la Violencia Cometida en Espacios No Familiares**

La normativa peruana se ha modificado progresivamente para intentar adaptarla a los estándares internacionales. De manera general, el Código de los Niños y Adolescentes (CNA) establece que el/la niño/a o “adolescente víctimas de maltrato físico, maltrato psicológico o de violencia sexual merecen que se les brinde atención integral mediante programas que promuevan su recuperación física y psicológica” (2000, art. 38). Desde esa perspectiva, al menos en el marco general, la legislación apuesta por un sistema de protección integral. No obstante, de cara al fenómeno de violencia contra niños/as en espacios no familiares, la legislación nacional parece insuficiente. En la presente sección, se realizará un análisis de la Ley 30364 y su reglamento, y de las normativas sectoriales de los diferentes espacios no familiares en los que los/as niño/as enfrentan violencia.

### **La Ley 30364 y su reglamento respecto de los actos de violencia cometidos en espacios no familiares**

De manera general, el marco normativo de la Ley 30364 y su reglamento presentan dos graves problemas en cuanto a su aplicación en situaciones de violencia contra niño/as en espacios no familiares: (a) su limitado ámbito material y (b) la dificultad de aplicar medidas de protección realmente efectivas.

**El ámbito material.** En relación con el ámbito material, la Ley 30364 establece dos supuestos de aplicación de la norma, que pueden resumirse de la siguiente manera:

- a. La violencia contra la mujer: Se define como “cualquier acción o conducta que causa muerte, daño, o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 5). Incluye tanto la violencia que tiene lugar en el entorno doméstico como la que se produce en el espacio público, ya sea perpetrada por agentes estatales o privados, o por familiares o extraños a la familia.
- b. La violencia contra cualquier integrante del grupo familiar: Se define como “cualquier acción o conducta que causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, y

que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar” (art. 6).

Si bien la norma señala que “se tiene especial consideración con las niñas, niños, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad” (2015, art. 5), un análisis a la luz del artículo 19 de la CDN permite concluir que los artículos 5 y 6 no se alinean con un sistema que garantice protección ante los actos de violencia cometidos contra niño/as en entornos no familiares. Mientras los actos de violencia cometidos en un entorno no familiar contra una niña podrían ser considerados en el marco de la definición de violencia contra la mujer, la norma soslaya la violencia perpetrada contra niños (varones) en entornos no familiares. De esta manera, el niño (varón) solo encuentra protección cuando se trata de un acto de violencia cometida por un integrante de su grupo familiar.

Aun cuando en aras del principio rector de no discriminación previsto en el artículo 2 de la Ley 30364 se podría argumentar la necesidad de interpretar los supuestos de forma tal que abarquen aquellas formas de violencia cometidas contra niños/as tanto en espacios familiares como fuera de ellos, esta línea de interpretación no resulta viable. No es posible, en primer lugar, a partir de una interpretación del artículo 5, pues este está orientado a cubrir situaciones de violencia contra la mujer “por su condición de tal”. Esta condición, según el artículo 3 del reglamento de la Ley, se refiere a “una manifestación de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de las mujeres de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad, por medio de relaciones de dominio, control, ejercicio de poder, sometimiento y subordinación hacia las mujeres”. En ese sentido, interpretarla de forma que incluya la violencia ejercida contra varones iría contra el objeto mismo de la norma. En segundo lugar, tampoco es posible a partir de una interpretación del artículo 6, porque el objeto de dicho artículo es proteger la violencia específicamente en el ámbito familiar. En ese sentido, realizar una interpretación amplia del artículo (es decir, plantear que la norma permite cubrir situaciones de violencia en otros ámbitos) desnaturalizaría su objeto.

Por otro lado, también en relación con el ámbito material de la norma, el artículo 8 de la Ley 30364 (2015) reconoce cuatro tipos de violencia: física, psicológica, sexual y económica. Esta configuración resulta insuficiente a la luz del derecho internacional. Como se ha señalado en la primera parte de este artículo, el Comité de los Derechos del Niño plantea la necesidad de visibilizar formas de violencia no física, como los actos “de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación” (2011, párr. 1 y 20). Asimismo, dicho órgano ha resaltado la necesidad de que la intencionalidad no forme parte de las definiciones de violencia contra los/as niños/as, por lo cual situaciones como “el descuido” podrían configurar violencia (Comité de los Derechos del Niño, 2011, párr. 20). Sin embargo, el artículo mencionado define como violencia psicológica “la acción u omisión, **tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla, avergonzarla, insultarla, estigmatizarla o estereotiparla** [énfasis añadido], sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación” (2015, artículo 8). Esta definición normativa estaría planteando como elemento constitutivo de la violencia la intencionalidad de controlar, aislar, humillar, etc. directamente, en contra de lo planteado por el Comité.

Por otro lado, resulta necesario interpretar dichos supuestos de violencia en concordancia con lo regulado por la *Ley 30403, Ley que Prohíbe el Uso del Castigo Físico y Humillante contra*

*los Niños/as* (publicada unas semanas después de la Ley 30364). De acuerdo con esta norma, se entiende por castigo físico

el uso de la fuerza, en ejercicio de las potestades de crianza o educación, con la intención de causar algún grado de dolor o incomodidad corporal, con el fin de corregir, controlar o cambiar el comportamiento de los niños/as, siempre que no constituya un hecho punible. (2015, art. 2)

Por su parte, constituye castigo humillante “cualquier trato ofensivo, denigrante, desvalorizador, estigmatizante o ridiculizador, en ejercicio de las potestades de crianza o educación, con el fin de corregir, controlar o cambiar el comportamiento de los niños/as, siempre que no constituya un hecho punible” (2015, art. 2). Esta definición de castigo humillante se asemeja a la concepción de violencia mental propuesta por el Comité de los Derechos del Niño (2011), que incluye actos degradantes o intimidatorios, así como insultos, ridiculización, desdén y otras conductas perjudiciales.

Referirse a la Ley 30403 en este texto es de vital importancia, pues es precisamente en el ámbito educativo que podrían verificarse incumplimientos a ella. No obstante, debido a que dicha ley plantea un nivel de intensidad de violencia menor al de la Ley 30364, en sentido estricto no resultaría aplicable a los casos de violencia fuera del ámbito familiar que quedaron excluidos de su ámbito de aplicación por la redacción de la misma. Ello genera un espacio de desprotección frente a un acto que, de acuerdo a lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009), afecta el derecho a la integridad personal física y psíquica de los/as niños/as.

Finalmente, es necesario señalar que la única Ficha de Valoración del Riesgo (FVR) aplicable a niños/as se denomina *Ficha de Valoración del Riesgo de Niños/as Víctimas de Violencia en el Entorno Familiar*. En dicho documento, salvo la pregunta sobre los posibles riesgos que entrañaría la realización de alguna actividad laboral, los demás ítems apuntan a conocer las dinámicas familiares del/de la niño/a. Es más, la ficha solo permite consignar al agresor/a de entre una lista cerrada de opciones, que tiene como únicas alternativas *padre/madre/hermano o tío/abuelo/otro*, en clara alusión a que solo se tutelan las formas de violencia familiar. Esto abonaría a la presente argumentación en el sentido de que confirma la desprotección respecto de la violencia cometida en espacios no familiares, e implica una falencia en el cumplimiento del deber de prevención y atención (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2016).

**Las medidas de protección.** El artículo 22 de la Ley 30364 (2015) ejemplifica las diferentes medidas de protección que podrían otorgarse en una lista no taxativa. Llama la atención, sin embargo, que entre los criterios que se deben tener en cuenta para adoptar estas medidas, establecidos en el artículo 22-A de la ley, no se incluya la edad de la víctima. Esto invisibiliza la especial vulnerabilidad en la que se encuentran los/as niños/as en situaciones de violencia, lo cual resulta especialmente preocupante si se tiene en cuenta la alta incidencia de violencia contra niños/as en el Perú, como se señaló en el primer acápite. Al respecto, se ha podido identificar tres grupos de medidas: aquellas diseñadas para el entorno familiar, aquellas diseñadas para situaciones de violencia económica y aquellas diseñadas para personas adultas.

El primer grupo —aquellas medidas pensadas para entornos familiares— incluye disposiciones como las siguientes:

- Retiro del agresor del domicilio en el que se encuentre la víctima o prohibición de regresar al mismo;
- Prohibición de disposición, asignación económica de emergencia para atender las necesidades básicas de la víctima y sus dependientes; y
- Prohibición a la persona denunciada de retirar del cuidado del grupo familiar a los/as niños/as u otras personas en situación de vulnerabilidad. (Ley 30364, 2015, art. 22)

El segundo grupo, pensado para situaciones de violencia económica, difícilmente resultará aplicable a niños/niñas, salvo que se trate del caso planteado en el supuesto del último párrafo del artículo 8.4<sup>4</sup> (prohibición de enajenación u otorgamiento en prenda o hipoteca los bienes muebles o inmuebles comunes, pensado para casos de violencia económica, inventario de bienes).

Finalmente, el tercer grupo de medidas está pensado para personas adultas (traslado de la víctima a un albergue). Esta medida, en el caso de niños/as, solo sería necesaria si la persona agresora forma parte del entorno familiar. Si ese fuera el caso, de acuerdo con el artículo 77 del Reglamento de la Ley 30364, la medida de traslado tendría aplicarse en consonancia con el Decreto Legislativo 1297, reconociendo que la separación de niños/as y sus padres es una medida de última ratio.

En ese sentido, las medidas que podrían resultar pertinentes en contextos de violencia hacia niños/as en espacios no familiares son las siguientes:

- Impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier espacio (domicilio, centro de trabajo, centro de estudios, etc.),
- Prohibición de comunicación con la víctima por cualquier vía,
- Prohibición del derecho de tenencia y porte de armas para la persona agresora,
- Tratamiento reeducativo o terapéutico para la persona agresora, y
- Tratamiento psicológico para la recuperación emocional de la víctima. (Ley 30364, 2015, arts. 10, 22, 27, 30, 31 y 32)

Sin embargo, dichas medidas podrían resultar insuficientes para hacer frente a diversas realidades. Por ejemplo, ¿cómo materializar una medida de prohibición de acercamiento al centro de estudios, si la persona agresora es otro estudiante del centro educativo del/de la niño/a? ¿Qué pasará en las situaciones en las que el agresor sea un trabajador en un club, por ejemplo, y la medida de prohibición de acercamiento le impida trabajar? ¿Debe acarrear un despido, una licencia o alguna figura similar? En ese sentido, consideramos que las medidas no están adecuadamente pensadas para realidades fuera del entorno familiar.

Por tanto, pese a los esfuerzos, la Ley 30364 y su reglamento no ofrecen una adecuada protección para niños/as en situaciones de violencia cometida en espacios no familiares. Frente a ello, corresponde analizar el difuso marco normativo de protección de niños/as en diferentes espacios, a efectos de verificar si alguna de estas normas ofrece una protección integral frente a estos actos de violencia.

---

4 “En los casos en que las mujeres víctimas de violencia tengan hijos/as y estos/as vivan con ellas, la limitación de los recursos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna, así como la evasión de sus obligaciones alimentarias por parte de la pareja, se considerará como una forma de violencia económica o patrimonial contra la mujer y los/as hijos/as.”

### Las regulaciones sectoriales sobre violencia contra niños/as

Como se ha señalado, existe una diversidad de ámbitos en los cuales que los/as niños/as podrían enfrentar situaciones de violencia. No obstante, son pocos los espacios que han planteado una normativa para responder a dicha situación. Esto es preocupante en el contexto peruano, en el cual el 73.8 % de niños/as reporta haber sido víctima de violencia, la mayoría de las veces en entornos escolares. Es importante reconocer que estos casos, en su mayoría, no reciben respuesta adecuada ni de parte de las autoridades responsables del espacio en el cual ocurren ni de parte de las autoridades judiciales. Dada esta situación, resultaría fundamental que las propias instituciones tengan normas claras que permitan responder ante cualquier situación de abuso que ocurra en su interior.

Al recabar información para la Tabla 1<sup>5</sup>, se reconoció la imposibilidad de analizar todas las entidades en las cuáles existe interacción con niños/as y/o entre ellos/as. No obstante, se ha tratado de incluir entidades que representen aquellos tipos de organizaciones que están involucradas en la socialización de niños/as, en las cuales pueden estar expuestos/as a violencia. Por ello, se consideraron las siguientes instituciones: clubes sociales, centros de atención residencial, centros de educación básica, centros de rehabilitación juvenil, centros de rehabilitación de adicciones, federaciones deportivas, centros de salud y los locales del programa Cuna Más.

Esta investigación se ha realizado a partir de la información disponible en las redes de las instituciones. Se buscó los reglamentos internos, directivas o protocolos (generales o específicos) que hacen referencia explícita a actos de violencia y establecen procedimientos de respuesta. Además, en el caso de las instituciones públicas, se formularon Solicitudes de Acceso a la Información Pública cuando la data necesaria no estaba disponible.

La sistematización de información (ver Tabla 1) ha considerado si la normativa nacional señala al menos alguna obligación con respecto a dicha entidad, si la regulación propia de la entidad incluye alguna mención sobre violencia contra niños/as, o si tiene una política específica para lidiar con las situaciones de violencia contra niños/as. Se ha consignado *No* en la tabla cuando la normativa interna no cuenta con disposiciones sobre violencia, y se ha consignado *No disponible* cuando no se tuvo acceso a los instrumentos normativos internos.

Como marco general, es menester referirnos brevemente al CNA y a la Ley 30403, sobre el uso de castigos físicos y humillantes contra niño/as, los cuales resultan aplicables a todos los espacios analizados a continuación. Si bien el CNA no establece medidas de prevención, ni un procedimiento de investigación y sanción, sí reconoce la importancia de contar con programas de atención integral para niños/as y adolescentes víctimas de maltrato físico, maltrato psicológico o violencia sexual. Esta consagración es positiva, pues obliga al sector salud a brindar atención gratuita, y emplea una concepción amplia de violencia. Sin embargo, al no estar acompañada de normas de denuncia e investigación, el acceso de un niño/a a la atención ciertamente resulta difícil.

Por otro lado, la Ley 30403 establece una prohibición absoluta del castigo físico y maltrato en “el hogar, la escuela, la comunidad, lugares de trabajo, entre otros relacionados” (2015, art. 1). La amplitud del ámbito material de esta norma es destacable, en tanto incluye tanto el castigo físico como el castigo humillante –“cualquier trato ofensivo, denigrante, desvalori-

5 La Tabla 1 se construyó a partir de la revisión de las principales normas sectoriales, y se complementó con información solicitada por los/as autores/as mediante accesos a la información.

zador, estigmatizante o ridiculizador” (2015, art. 2.1)–. Esta definición parece alinearse con la propuesta del Comité, pues evidencia expresamente la violencia y los malos tratos psicológicos. Es destacable, también, el hecho de que el reglamento incorpora enfoques de género, interculturalidad y discapacidad, además de que contempla acciones de prevención, atención y acompañamiento. Sin embargo, es criticable que requiera que la intención del acto sea modificar el comportamiento del/la niño/a, con lo que se aleja de la propuesta del Comité, que prescinde del criterio de intencionalidad. Además, el ámbito material de la norma se circunscribe al castigo, mientras que el ámbito subjetivo contempla una lista cerrada de actores, por lo cual solo ofrece protección adecuada ante situaciones muy específicas.

Es notable que en el caso de los clubes sociales, más allá de normas generales, no existan previsiones normativas para combatir la violencia contra niños/as. Esto es preocupante pues en el Perú los clubes sociales y deportivos son espacios en los cuales los/as niños/as pasan cantidades significativas de tiempo, muchas veces sin supervisión de sus padres. Son espacios, además, en los cuales los padres confían pueden dejar a los/as niños/as solos/as mientras no pueden supervisarlos. Quizás por la falta de una norma general, los clubes no tienen normas o procedimientos internos orientados a combatir la violencia. Esto resulta bastante preocupante, especialmente si se tiene en cuenta que se han reportado incidentes de violencia sexual en dichos establecimientos (como el caso del Club Regatas).

En contraste, en el ámbito educativo existe una mayor cantidad de normas de protección. A nivel general, el CNA (2000) establece, en su artículo 18, la obligación de los directores escolares de denunciar incidentes de violencia ante la autoridad competente. Además, el sector educación cuenta con la Ley 29719, Ley que Promueve la Convivencia sin Violencia en las Instituciones Educativas y su respectivo reglamento, emitido mediante Decreto Supremo 010-2012-ED. Estas normas establecen obligaciones a cargo del Estado, las instituciones educativas, los docentes y los padres de familia para la prevención, denuncia y seguimiento de supuestos de violencia. Es importante notar, además, que el reglamento obliga a las instituciones educativas a incorporar “procedimientos y medidas correctivas para atender situaciones de violencia y acoso **entre estudiantes** [énfasis añadido]” (MINEDU, 2012, art. 13) en sus reglamentos internos. Si bien la inclusión de esta obligación es positiva, la literalidad de la norma una vez más deja un espacio de desprotección, esta vez en cuanto a las situaciones de violencia perpetradas por docentes o trabajadores. Además, preocupa que muchas instituciones educativas no hayan cumplido con incorporar un procedimiento pertinente en su reglamento interno.

También en materia educativa, el Ministerio de Educación cuenta con *Lineamientos para la Gestión de la Convivencia Escolar, la Prevención y la Atención de la Violencia Contra Niñas, Niños y Adolescentes*, que establecen previsiones de acción, seguimiento y atención para todos los casos de violencia, no solo entre estudiantes. Cabe resaltar que estos lineamientos establecen protocolos diferenciados de actuación según el ámbito material y los actores involucrados en cada caso de violencia. Aun cuando su consagración es positiva, la regulación allí contenida es mínima, y no integra las demás previsiones legales ya existentes. Esto significa que aún existen amplios espacios de desprotección que llevan a que, en muchas ocasiones, las necesidades de los niños/as no sean atendidas. Lo mismo puede decirse del *Manual de Convivencia para los Colegios de Alto Rendimiento* (2014), el cual establece consideraciones muy generales sobre la prevención de la violencia, y la atención de casos a través del portal SISEVE. Esto es particularmente preocupante, pues los Colegios de Alto Rendimiento peruanos son instituciones

en las cuales los/as niños/as no solo estudian, sino residen a tiempo completo durante el año escolar, por lo que es necesaria una protección reforzada.

Hubiese sido recomendable que tanto actos de castigo como de violencia entre estudiantes, así como la violencia perpetrada por otros sujetos, puedan ser canalizados por la misma vía. De manera complementaria, la *Ley 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual*, señala que “los directores y profesores de los centros y programas educativos públicos que incurran en actos de hostigamiento sexual son sancionados, según la gravedad de los hechos” (2003, art. 17). Esta ley, a diferencia de otras, reconoce explícitamente el derecho a obtener una indemnización.

De manera similar, en el ámbito de las entidades que acogen niños/as en situación de riesgo o abandono, brindándoles una residencia, existe una amplia variedad de normas. Es importante recordar que muchos niños/as se encuentran en centros de este tipo —en 2015, 5,600 niños/as vivían en centros de atención residencial (Diario Correo, 2018)—. En el caso de los centros de atención residencial (CAR) se cuenta con el Decreto Supremo 001-2018-MIMP, que reglamenta el Decreto Legislativo 1297, Decreto Legislativo para la Protección de las Niñas, Niños y Adolescentes sin Cuidados Parentales o en Riesgo de Perderlos. Esta norma establece que se debe “adoptar las acciones necesarias para proteger a la niña, niño o adolescente, frente a vulneración de derechos por parte del personal que labora en el Centro de Acogida Residencial” (2018, art. 75.e). Sin embargo, la norma no establece —siquiera a modo de lista abierta— qué se debe entender por *acciones necesarias*, con lo cual deja un margen de determinación bastante amplio a los CAR. Esto puede ser peligroso, por un lado, porque no existe una norma a nivel nacional que establezca medidas adecuadas a ser adoptadas en casos de violencia contra niños/as, y, por otro lado, porque ante la ausencia un estándar claro, los CAR podrían adoptar medidas insuficientes o inadecuadas.

De manera complementaria, en el reglamento de la Ley 30403 se establece que los CAR y los Centros Juveniles “deben garantizar ambientes seguros” (2018, art. 12.1). Para ello, la misma norma establece que dichos centros “deben contar con instrumentos de gestión [para] la detección e intervención ante situaciones de castigo físico y humillante” (2018, art 12.1). También en este caso se verifica una limitación significativa debido a la circunscripción de la norma a los supuestos de violencia relacionada con acciones del perpetrador, lo cual invisibiliza aquellas formas de violencia que implican el descuido u otras formas de trato negligentes no contempladas en la definición de *castigo humillante* estipulada en la Ley 30403 (2015, art. 2). Asimismo, el *Manual de Intervención en Centros de Atención Residencial de Niños/as sin Cuidados Parentales* (2012) establece que la persona que esté implicada en dicha investigación debe ser separada del cargo hasta la finalización del proceso.

De entre los CAR investigados para el presente trabajo, solo Aldeas Infantiles SOS cuenta con una política de prevención, denuncia y respuesta. Aun cuando es positivo que en Aldeas Infantiles SOS exista una política a nivel institucional, esta permite a cada asociación nacional determinar el procedimiento que deberá aplicarse según el nivel de abuso, por lo cual no existe un procedimiento estandarizado que asegure que no existan espacios de riesgo de desprotección.

En cuanto a los centros de rehabilitación, por otra parte, el Decreto Supremo 004-2018-JUS (2018) solo regula las faltas cometidas por otros adolescentes, pero no aquellas en las que

puede incurrir el personal que trabaja en dichos establecimientos<sup>6</sup>, lo cual genera un espacio de desprotección sumamente grave. Dada la naturaleza de los centros de rehabilitación juvenil, es importante que se provean canales de denuncia e investigación que permitan al Estado tomar conocimiento de los abusos ocurridos. En efecto, las *Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad* (Resolución de Asamblea General A/RES/45/113) señalan que los menores de edad deben poder presentar quejas o reclamaciones, con asistencia de familiares u otros asesores. Asimismo, respecto a los centros de rehabilitación de adicciones, el Decreto Supremo 006-2012-SA, que reglamenta la Ley 29765, que regula a los Centros de Atención para Dependientes, señala sin mayor detalle que los directores médico y administrativo son responsables de garantizar la integridad física de los usuarios. Sin embargo, no establece obligaciones o procedimientos de respuesta. Tampoco se ha podido identificar reglamentos internos que establezcan tales procedimientos. Esto resulta peligroso, pues muchas veces los/as niños/as y adolescentes que se encuentran en centros de rehabilitación de adicciones no cuentan con sistemas de apoyo a los cuales recurrir en busca de asistencia y muchas veces están impedidos de salir del centro, lo cual dificulta que puedan denunciar lo ocurrido.

En el caso de las federaciones deportivas, comprendidas en la *Ley 28036, Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte*, no existe una regulación protectora. Esto genera el mismo problema señalado en el caso de clubes sociales y deportivos: los padres tienden a dejar a sus hijos/as sin supervisión en academias deportivas, confiando en que se trata de espacios seguros. La normativa se limita a señalar que cuando el consejo directivo del Instituto Peruano del Deporte (IPD) nombra un grupo de trabajo para asumir la conducción de una Federación Deportiva (en principio un ente privado), este consejo puede separar “preventivamente al integrante del Grupo de Trabajo de la Federación Deportiva Nacional cuando exista una denuncia administrativa o judicial contra este, por los presuntos delitos de violación contra la libertad sexual, hostigamiento sexual en agravio de un deportista” (2003, art. 11.3). Más allá de esta norma, no se cuenta con otras medidas de protección. En respuesta a la solicitud de acceso a la información presentada durante esta investigación, el IPD señaló que no cuenta con políticas de prevención y respuesta a abusos contra menores de edad<sup>7</sup>. En otra comunicación, indicó que la regulación depende de cada asociación federada, pues se trata de entidades de derecho privado<sup>8</sup>. Al respecto, el levantamiento de información realizado evidenció que las federaciones no han adoptado previsión alguna al respecto.

En el caso de los centros de salud, las normas técnicas de atención señalan que los/as niños/as deben recibir una atención libre de violencia. En particular, la Norma Técnica de Salud 034-MINSA-DGSP-V.02, Norma Técnica de Salud para la Atención Integral de Salud en la Etapa de Vida Adolescente, establece la obligación de denunciar el maltrato y violencia sexual ante diversas instituciones. Sin embargo, tampoco en este caso las normas contemplan un sistema integral de prevención y atención que prevea los actos de violencia que pueden ocurrir dentro de los mismos establecimientos de salud. Finalmente, en el caso del servicio Cuna Más, existen sanciones para los servidores públicos que cometan actos contrarios a la moral y las buenas cos-

6 “Artículo 186. Faltas disciplinarias graves [de los adolescentes internados]. Constituyen faltas disciplinarias graves, las siguientes conductas: . . .

3. Agredir sexualmente a cualquier persona que se encuentre en el Centro Juvenil.

4. Realizar cualquier acto contra el pudor a cualquier persona que se encuentre en el Centro Juvenil.”

7 Información remitida mediante Memorando 002216-2019-OPP/IPD

8 Información remitida mediante Informe 000237-2018-DINADAF/IPD

tumbres. Esta regulación es destacable, pues Cuna Más es un espacio que se basa en la confianza depositada en los funcionarios públicos y voluntarios que cuidan de los/as niños/as.

Tabla 1. Regulaciones sobre violencia de organizaciones que están en contacto con niños/as

Tipo	Legislación marco que regula protección contra la violencia	Legislación marco contempla procedimiento de respuesta	Regulación institucional			
			Entidad	Normas sobre violencia en la regulación interna	Política de protección de niños/as frente a la violencia	Procedimiento específico de respuesta en la regulación interna
Club	No <?>	No	Club Huancayo	No	No	No
			Club Ancash	No	No	No
			Club Arequipa	No	No	No
			Scouts del Perú	ND	Sí	Sí
			Club Regatas	No	No	No
			Club Real	ND	ND	ND
CAR	Sí	Sí <?>	Aldeas Infantiles	No	Sí	Sí
			Albergue Don Bosco	No	No	No
			"Domingo Savio" (INABIF)	Sí	No	No
			Asociación Blansal	No	No	No
Centros de educación básica	Sí	Sí <?>	Colegios Peruanos	Sí	No	No
			Fe y Alegría	Algunas instituciones	Algunas instituciones	ND
			COAR	No	No	No
			COAR Presidente del Perú	Sí	No	No
			Colegio Trener	No	No	No
			CM Leoncio Prado	Sí	No	No
			CM Francisco Bolognesi	Sí	No	No
			Colegio Aleph	Sí	No	No
			Colegio Maria Auxiliadora	Sí	No	Sí
Colegio Salesiano Don Bosco	Sí	No	No			
Centro de rehabilitación juvenil	Sí	No	Gerencia de Centros Juveniles	No	No	No
Centro de rehabilitación adicciones	Sí		Andenes	ND	ND	ND
			Grupo Libertad	ND	ND	ND
			Fundación Manantial	ND	ND	ND

<?> Ni la Ley 29363, Ley de clubes departamentales, provinciales y distritales ni su reglamento, el Decreto Supremo 059-2010-PCM, hacen referencia al tema. De igual manera, el Código Civil (que regula supletoriamente a las personas jurídicas) no contiene ninguna regulación sobre este aspecto.

Tipo	Legislación marco que regula protección contra la violencia	Legislación marco contempla procedimiento de respuesta	Regulación institucional			
			Entidad	Normas sobre violencia en la regulación interna	Política de protección de niños/as frente a la violencia	Procedimiento específico de respuesta en la regulación interna
Federaciones deportivas	Sí	No	Federación de Hockey	Sí (Estatuto)	No	No
			Federación de Voleibol	No	No	No
			Federación de Fútbol	ND	ND	ND
			Federación de Natación	No	No	No
			Federación de Gimnasia	ND	ND	ND
Centros de salud	Sí	No	INEN	Sí	No	No
			Hospital del Niño	No (RIT)	No	No
			Centro Médico Naval	ND	No	No
			Hospital Central de la FAP	ND	No	No
Cuna Más	Sí	Solo para hostigamiento sexual	MIDIS	No	No	No

Elaboración propia

La profusión de normas es evidente. Algunas tienen alcances sectoriales o temáticos (acoso sexual, o castigo físico y humillante). Si bien estas normas pueden tener un alcance material amplio, no cuentan con las obligaciones y mecanismos procedimentales necesarios y precisos para que el/la niño/a pueda acceder a una protección adecuada ante la violencia. Dado el contexto peruano, en el cual se verifica una alta incidencia de casos de violencia contra niños/as que no reciben una respuesta adecuada, surge la necesidad de plantear una regulación autónoma que permita otorgar protección integral a los/as niños/as que sufren violencia en estos diversos ámbitos, incluyendo también la violencia que ocurre en contextos familiares. En el siguiente acápite se esbozará algunas ideas acerca de las características que esta legislación debería tener.

### **Propuesta de Nueva Normativa en Materia de Violencia contra Niños/as en Espacios No Familiares**

En los acápites anteriores se ha demostrado el carácter inadecuado de la regulación para brindar protección integral a niños/as ante actos de violencia que tienen lugar en espacios no familiares. Frente a esta falencia, en sintonía con los estándares desarrollados en la sección inicial de esta investigación, se proponen aquí algunos lineamientos para una nueva legislación que establezca un sistema de atención que abarque todas las situaciones de violencia contra niños/as. Esta propuesta supone crear un sistema de protección integral que cuente con un marco normativo claro y permita la rendición de cuentas de los actores que trabajan con niños/as (UNICEF, 2010). Cabe notar que cualquier sistema que se implemente deberá atender a las especiales necesidades de protección que tendrán los/as niños/as en función de su realidad (UNICEF, 2010), y por lo tanto deberá contar con la cooperación e integración de distintos sectores del Estado (Consejo de Europa, 2009; CIDH, 2017). En esa línea, un nuevo

marco normativo tendría que reemplazar, y por tanto derogar, todas las actuales legislaciones parciales que han sido analizadas en el acápite anterior. Al mismo tiempo, la nueva normativa debería proponer un proceso judicial ágil, expeditivo y garantista que permita atender y reparar a la víctima, así como sancionar al agresor o agresora.

La presente propuesta se ha construido con el objetivo de cumplir con las cuatro obligaciones estatales planteadas al inicio: prevención, atención, sanción y reparación. Dado su carácter de sistema integral, se debe tomar en consideración todos los ámbitos en los que interactúan niños/as, que han sido clasificados en tres: familiar, educativo (porque todo/as los/as niño/as pasan por el sistema educativo de manera obligatoria) y otros (categoría que incluye una diversidad de espacios sociales como centros de salud, clubes deportivos, clubes de scout, iglesias, centros de detención, centros de atención residencial y demás).

En primer lugar, resulta fundamental que el Estado cuente con políticas y programas de prevención, tanto generales como específicas, para reducir la incidencia de casos de violencia (Save the Children, 2010). En esa línea, una nueva legislación debe subsanar los errores y vacíos de la normativa actual, así como armonizar las normas con los estándares establecidos por la CDN. Una primera medida, por ejemplo, sería ampliar el ámbito de profesionales quienes tienen obligación de denunciar, de manera que no abarque solamente a profesionales de salud y educación (como señala actualmente la Ley 30364), sino también, por ejemplo, a psicólogos, abogados y todo funcionario público. También, deben crearse o actualizarse directrices sobre el comportamiento de los adultos y sus obligaciones en casos donde los niños/as viven o duermen alejados de sus padres o tutores, como es el caso de viajes escolares o de deportistas calificados. Tal información debe ser de fácil acceso tanto para los niños/as como para sus padres o tutores.

Además, se debe establecer salvaguardas laborales respecto de la contratación de personas que tendrán contacto constante con niños/as. Esto puede incluir prohibiciones para la contratación de personas de acuerdo con sus antecedentes penales y judiciales. En el ámbito educativo, los reglamentos de convivencia escolar que contienen disposiciones sobre la prevención y sanción del acoso escolar y el castigo físico también deben incluir directrices sobre toda clase de violencia, así como instruir sobre el trato adecuado entre docentes y estudiantes, incluyendo las interacciones en entornos virtuales. Por otro lado, en el caso de otras organizaciones, debe haber mecanismos sancionatorios en el interior de las mismas que permitan dar una respuesta efectiva y celeridad a los casos de violencia contra niños/as. Adicionalmente, todas estas instituciones deben tener políticas de protección de la niñez que tengan mecanismos de atención, investigación, sanción y reparación para casos de violencia que permitan dar una respuesta adecuada y protectora a los/as niños/as.

En materia de prevención específica, debe crearse un mecanismo nacional de alerta y monitoreo de situaciones de violencia y riesgo de violencia hacia niños/as. Los sistemas de reporte y monitoreo permiten un acercamiento importante al fenómeno de la violencia, como se ha evidenciado gracias al sistema SISEVE del Ministerio de Educación (UNESCO, 2019). No obstante, un mecanismo integral tendría el deber de monitorear a toda institución que entre en contacto con niños/as. Tal sistema, evidentemente, debe contar con un canal de denuncias que permita adoptar medidas adecuadas para protegerlos/as.

En segundo lugar, con respecto a la atención se propone aquí, en términos generales, la implementación de un mecanismo judicial que atienda de manera rápida y segura a niños/as.

Tal mecanismo debe contar con procesos judiciales accesibles y garantizar la privacidad de la víctima, así como evitar su revictimización, de manera que no se continúe generando daños. Este mecanismo, además, debe permitir la adopción de medidas provisionales de protección de forma celeré. Acorde al ordenamiento actual, si un niño o adolescente varón es víctima de violencia dentro de un espacio privado como el retiro espiritual de una iglesia o un viaje como deportista calificado nacional, no podrá lograr medidas efectivas de protección sino hasta que tenga lugar la sanción penal del victimario. Esta situación ciertamente debe ser enmendada a través de un mecanismo, cuya función titular se enfatice en atención al mandato de trabajo con niños/as.

Para hacer operativa esta protección se debe adoptar diversas medidas. Por ejemplo, la FVR utilizada para atender estas situaciones debe estar adaptada a las diferentes formas de violencia que pueden existir, a diferencia de la ficha vigente, que se refiere únicamente a violencia familiar. La modificación de la FVR aquí propuesta no solamente es jurídicamente adecuada, sino que tiene un correlato fáctico: en la mayoría de los casos de violencia sexual registrados en los Centros de Emergencia Mujer, el/la agresor/a no es el padre ni la madre (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2019). Por ello, es necesario contemplar una lista más amplia de posibles agresores.

Luego de la identificación, se requiere medidas que impidan que el presunto agresor tenga contacto con la víctima. Cuando se trata de alguien que labora en un espacio al que el/la niño/a acude, esto podrá implicar que la persona no asista a su centro de trabajo. Ello no necesariamente debe acarrear al despido, pero sí implica, como mínimo, una separación temporal del espacio laboral, ya sea mediante una licencia o un traslado, mientras dure la investigación. En aquellos casos, el sistema de protección deberá determinar la asunción de costos, de manera que se pondere adecuadamente el derecho al trabajo de la persona involucrada. Ciertamente, las organizaciones deberían, como obligación legal determinada por la normativa propuesta, contar con protocolos que permitan responder a estas situaciones. No obstante, existan o no, la activación del proceso estatal de denuncia debería generar una vía para que tal persona pueda ser separada del espacio al que acude el/la niño/a.

Adicionalmente, el proceso judicial debe adaptarse a la circunstancia de cada niño/a. Ello implica tener en cuenta otras situaciones de vulnerabilidad, como la discapacidad o la pertenencia a un pueblo indígena. En aquellos casos, los jueces, a la par del enfoque de niñez, deberán incluir también el enfoque de discapacidad o intercultural cuando resulte necesario. Adicionalmente, la nueva legislación debe plantear la necesidad de que las propias organizaciones cuenten con mecanismos de apoyo en materia de salud, protección social y acceso a la justicia. Cuando esto no sea posible, deberán poder canalizar o referir a la víctima a los servicios estatales existentes (UNESCO, 2019, p. 50).

En tercer lugar, se debe establecer sanciones índole penal, civil, laboral y administrativa. Es importante resaltar que estas no deben tener únicamente un fin punitivo, sino también buscar la rehabilitación del agresor/a. Las sanciones y medidas de rehabilitación que ya existen en el sistema creado por la Ley 30364, por ejemplo, podrían ser trasladadas a un sistema integral de respuesta a la violencia, o extendidas a casos fuera del ámbito de aplicación material de esta norma.

Por otro lado, la nueva legislación debe contemplar sanciones administrativas y laborales contra docentes o trabajadores/as que cometan acciones de violencia contra niños/as. Cuando sea otro/a niño/a quien esté involucrado, en tanto agresor, esta persona también debe recibir

una sanción. No obstante —a diferencia de aquellos casos en los cuales el/la agresor/a es un/a trabajador/a—, de manera general dichas sanciones no deberían incluir el apartamiento del niño/a del sistema educativo. Para que esta propuesta sea factible y respete los derechos de todas las partes involucradas, los reglamentos internos deben incluir sanciones a otros niños/as que son agresores/as, y especificar —no solo mencionar brevemente— el procedimiento a seguir. Evidentemente, dicho procedimiento deberá respetar todas las garantías del debido proceso (Corte Constitucional de Colombia, 2000), incluyendo el derecho a ser oído del niño/a.

Finalmente, con respecto a la reparación, la nueva legislación debe incluir la obligación del juez de establecer reparaciones en el mismo proceso judicial, de manera que no sea necesario que se acuda a una nueva instancia judicial para solicitarlas. Estas pueden incluir el pago de indemnizaciones, así como obligaciones referentes a la rehabilitación del niño/a agredido/a. Además, el juez debe poder disponer que los/as agresores/as se comprometan a seguir tratamientos psicológicos para la erradicación de la violencia en las relaciones sociales.

De manera específica, los centros educativos deben garantizar la permanencia de la víctima en el centro educativo, y proporcionar rehabilitación física y psicológica. Al respecto, actualmente los centros educativos tienen la obligación de contar con un/a psicólogo/a en la comunidad educativa, de acuerdo con la *Ley 30797, Ley que Promueve la Educación Inclusiva*, que modifica el artículo 52, e incorpora los artículos 19-A y 62-A en la Ley 28044, Ley General de Educación. Dicho profesional sería el encargado de brindar la rehabilitación en el propio centro educativo. Finalmente, con respecto a otras entidades, se debe requerir que se indemnice a la víctima y a su familia, y se adopte medidas para garantizar que no se repitan los actos de violencia.

### Conclusiones

El análisis de la Ley 30364 y su reglamento revela una problemática compleja con respecto a la protección de la niñez: no se cuenta con un enfoque adecuado. Dicha falencia se evidencia, por ejemplo, en la falta de un adecuado sistema de monitoreo que permita identificar situaciones de violencia en contextos en los que niños/as tengan complicaciones para realizar denuncias. Esto resulta particularmente nocivo cuando los/as niños/as se encuentran en espacios cerrados y alejados de cualquier cuidado parental, como puede suceder en centros de salud, de rehabilitación terapéutica o de detención.

A partir del análisis realizado, resulta evidente que existen graves vacíos en cuanto a la protección de niños/as en espacios privados, y de niños varones en general. Tal falta de protección genera que las situaciones de violencia contra niños/as en espacios privados queden impunes. En ese sentido, resulta vital que se promulgue una ley marco de prevención, atención, sanción y reparación para dichos casos.

Ante ello, se propone aquí elaborar una nueva normativa que establezca un sistema integral de protección y atención a niños/as víctimas de violencia. Dicho sistema debe involucrar la participación de diferentes actores de los poderes estatales y, en atención al artículo 12 de la CDN, reconocer espacios para la participación de organizaciones de niños/as.

Adicionalmente, tal sistema debe velar por los derechos de los/as niños/as en todo ámbito, sin hacer diferencias debido a la clase de violencia experimentada o a la calidad del agresor/a. Esto quiere decir que el sistema debe permitir la protección en casos que no están contem-

plados actualmente por la normativa, como pueden ser agresiones que tienen lugar en clubes, asociaciones religiosas o deportivas, centros educativos o de salud, o, en general, cualquier otro espacio en el cual un/a niño/a puede pasar parte de su día.

Por otro lado, los procesos y procedimientos que se establezcan deberán seguir los principios establecidos líneas arriba: dignidad, no discriminación, interés superior del niño, desarrollo armonioso, protección y derecho a la participación. Estos deberán transversalizarse en toda la normativa. Además, la normativa deberá tener en cuenta otras situaciones de vulnerabilidad, como pueden ser la pertenencia a un pueblo indígena o el tener una discapacidad. Adicionalmente, se debe crear organismos de monitoreo que permitan prevenir situaciones de violencia en espacios particularmente peligrosos, como aquellos donde el/la niño/a o duerme alejado de los padres: centros de salud, en casos de atenciones prolongadas; viajes deportivos, culturales o académicos; centros de atención residencial; centros de detención; y colegios con residencia interna.

Finalmente, una obligación particularmente pertinente tiene que ver con la obligación de contar, en toda institución que trabaja con niños/as, con una política de protección de la niñez. Contar con dicha política sería el primer paso hacia una protección efectiva de la integridad de los/as niños/as en centros privados. Adicionalmente, dicha norma debe garantizar procesos adecuados de selección y capacitación de personal, procedimientos claros que garanticen la determinación de sanciones, y una política institucional de responsabilidad por los daños generados hacia niños/as (Keeping Children Safe, 2014).



## REFERENCIAS

- Acosta Gonzalez, M. (2016, 22 de abril). Sodalicio: claves de un caso que ha llegado hasta el Vaticano. *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/lima/sodalicio-claves-caso-llegado-vaticano-192056>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*. Washington D. C.: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Garantía de derechos. Niñas, niños y adolescentes* [OEA/Ser.L/V/II.166. Doc. 206/17]. Washington D. C.: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Comité de los Derechos del Niño. (2011). *Observación general n.º. 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia* [CRC/C/GC/13]. Nueva York: Autor.
- Consejo de Europa. (2009). *Council of Europe policy guidelines on integrated national strategies for the protection of children from violence*. Estrasburgo, Francia: Autor.
- Consejo Económico y Social. (2005). *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos* [E/2005/INF/2/Add.1]. Nueva York: Consejo Económico y Social.
- Organización de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los derechos del niño*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000, 9 de agosto). Sentencia T-1032/00 (Juan Antonio García Buitrago en representación de su menor hijo Fabián Andrés García Martín vs. Colegio Militar Simón Bolívar). Exp. T-310802 [Magistrado ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988, 29 de julio). Sentencia de la Corte IDH (Velásquez Rodríguez vs. Honduras). Fondo. Serie C, n.º. 4. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1989, 21 de julio). Sentencia de la Corte IDH (Velásquez Rodríguez vs. Honduras). Reparaciones y Costas. Serie C, n.º. 7. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2000, 16 de agosto). Sentencia de la Corte IDH (Durand y Ugarte vs. Perú). Fondo. Serie C, n.º. 68. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/>.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009, 16 de noviembre). Excepción preliminar (González y otras ('Campo Algodonero') vs. México). Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, n°. 205. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012, 31 de agosto). Caso Furlán y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, n°. 246. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/>.
- Decreto Legislativo 1297, Decreto Legislativo para la protección de las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos. (2016, 30 de diciembre). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Decreto Supremo 001-2018-MIMP, que reglamenta el Decreto Legislativo 1297, Decreto Legislativo para la protección de las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos. (2018, 10 de febrero). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Decreto Supremo 003-2018-MIMP, que aprueba el Reglamento de la Ley 30403, Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes. (2018, 9 de junio). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Decreto Supremo 004-2018-JUS, que aprueba el Reglamento del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, aprobado mediante Decreto Legislativo 1348. (2018, 24 de marzo). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Decreto Supremo 004-2018-MINEDU, que aprueba los "Lineamientos para la gestión de la convivencia escolar, la prevención y la atención de la violencia contra niñas, niños y adolescentes". (2018, 13 de mayo). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Decreto Supremo 006-2012-SA, que aprueba el Reglamento de la Ley 29765, que regula el establecimiento y ejercicio de los Centros de Atención para Dependientes, que operan bajo la modalidad de comunidades terapéuticas de la Comunidad Terapéutica. (2012, 5 de junio). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Decreto Supremo 009-2016-MIMP, que aprueba el Reglamento de la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. (2016, 27 de julio). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Decreto Supremo 010-2012-ED, Aprueban el Reglamento de la Ley 29719, Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas. (2012, 3 de junio). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Decreto Supremo 059-2010-PCM, Aprueban Reglamento de la Ley 29363, Ley de clubes departamentales, provinciales y distritales. (2010, 23 de mayo). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Keeping Children Safe. (2014). *Normas para la protección infantil y cómo implementarlas*. Londres, Reino Unido: Autor.

- Ley 27337, Ley que aprueba el nuevo Código de los Niños y Adolescentes. (2000, 8 de agosto). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Ley 27942, Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual. (2003, 27 de febrero). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Ley 28036, Ley de promoción y desarrollo del deporte. (2003, 24 de julio). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Ley 29363, Ley de clubes departamentales, provinciales y distritales. (2009, 22 de mayo). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Ley 29719, Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas. (2011, 25 de junio). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. (2015, 23 de noviembre). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Ley 30403, Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños/as. (2015, 30 de setiembre). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Ley 30797, Ley que promueve la educación inclusiva, que modifica el artículo 52, e incorpora los artículos 19-A y 62-A en la Ley 28044, Ley general de educación. (2018, 21 de junio). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Manual de convivencia para los Colegios de Alto Rendimiento*. (2014). Recuperado de [www.pucp.edu.pe/G5ZoM4](http://www.pucp.edu.pe/G5ZoM4)
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2019, mayo). *Programa nacional contra la violencia familiar y sexual* [Boletín estadístico]. Lima, Perú: Autor
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2016, 27 de junio). Ficha de Valoración del Riesgo de Niños/as Víctimas de Violencia en el Entorno Familiar. *El Peruano*, Lima, Perú.
- Norma Técnica de Salud 034-MINSA-DGSP-V.02, Norma Técnica de Salud para la atención integral de salud en la etapa de vida adolescente. Aprobada mediante Resolución Ministerial 973-2012-MINSA. (2012, 7 de diciembre). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2019). *Behind the numbers: ending school violence and bullying*. Recuperado de <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000366486>.
- Prado, C. (2007, 2 de marzo). Abuso en el Regatas. *Caretas*. Recuperado de [https://caretas.pe/sociedad/78344-abuso\\_en\\_el\\_regatas](https://caretas.pe/sociedad/78344-abuso_en_el_regatas)
- Redacción Correo. (2018, 2 de mayo). 7 de cada 10 niñas y niños han sido víctimas de violencia en su propia casa. *Correo*. Recuperado de <https://diariocorreo.pe/edicion/lima/ninas-y-ninos-han-sido-victimas-de-violencia-en-su-propia-casa-816711/>

- Redacción Correo. (2019, 12 de abril). Seis momentos claves que te ayudarán a entender más el caso Sodalicio. *Correo*. Recuperado de <https://diariocorreo.pe/edicion/lima/seis-momentos-claves-que-te-ayudaran-entender-mas-el-caso-sodalicio-881341/>
- Redacción La Ley. (2019, 28 de junio). Minedu: más de 14 mil casos de violencia escolar se registraron entre 2013 y 2019. *La Ley*. Recuperado de <https://laley.pe/art/8143/minedu-mas-de-14-mil-casos-de-violencia-escolar-se-registraron-entre-2013-y-2019>
- Redacción Perú 21. (2017, 15 de septiembre). Exalumnos del Colegio Héctor de Cárdenas denunciaron a su director por violación. *Perú 21*. Recuperado de <https://peru21.pe/lima/jesus-maria-ex-alumnos-colegio-hector-cardenas-denunciaron-director-haberlos-violado-375955>
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad* (Resolución de Asamblea General A/RES/45/113).
- Resolución de Dirección Ejecutiva 1036-2016-MIDIS/PNCM, que aprueba el Reglamento Interno de Servidores Civiles del Programa Nacional Cuna Más. (2016, 29 de setiembre). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Resolución Ministerial 080-2012-MIMP, Manual de intervención en Centros de Atención Residencial de niños/as sin cuidados parentales. (2012, 5 de abril). *El Peruano*, Lima, Perú.
- Salinas, P. & Ugaz, P. (2015). *Mitad monjes, mitad soldados: El Sodalitium Christianae Vitae por dentro*. Lima, Perú: Planeta.
- Save the Children. (2010). *Building rights-based national child protection systems: a concept paper to support Save the Children's work*. Recuperado de [resourcecentre.savethechildren.se/sites/default/files/documents/3250.pdf](https://resourcecentre.savethechildren.se/sites/default/files/documents/3250.pdf).
- Shelton, D. (2006). *Remedies in international human rights law*. Oxford: Oxford University Press.

## SEXO, DROGAS Y REGGAETÓN: LA VULNERABILIDAD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL SIGLO XXI

Luis Giancarlo Torreblanca Gonzales<sup>1</sup>  
Poder Judicial del Perú  
Categoría Profesionales

### Sumilla

Los niños, niñas y adolescentes son personas especialmente vulnerables, ya que debido a su edad no pueden ejercer sus derechos de igual forma que los sujetos mayores de 18 años. Esta situación se agrava cuando, además de la edad, se presentan otros factores de carácter físico, económico o social que los hacen más vulnerables. En el presente trabajo se intenta demostrar que los niños, niñas y adolescentes en el Perú están expuestos a una serie de factores que agudizan su situación de vulnerabilidad, los cuales no han sido atendidos por el Estado, y primero deben ser esclarecidos para poder ser enfrentados.

El tema de la vulnerabilidad está presente en el artículo 4 de la *Constitución Política del Perú* (1993), en el cual se reconoce que debe existir una protección reforzada de los grupos vulnerables compuestos por niños, adolescentes, madres y ancianos en situación de abandono. Además, el artículo 23 protege a la madre, al menor de edad y al impedido que trabaja, por lo que los tipos de vulnerabilidad que están protegidos en la Constitución conciernen a factores como la edad (niños, niñas y adolescentes), la situación física (maternidad y discapacidad) y circunstancias sociales (madres y ancianos abandonados). Ahora, ¿son estos los únicos tipos de vulnerabilidad?

En el año 2015 se publicó la Ley 30364, Ley para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer y los Integrantes del Grupo Familiar, la cual describe en su artículo 1 situaciones de vulnerabilidad basadas en la edad, no solo en referencia a niños, niñas y adolescentes, sino también a adultos mayores, y la condición física (personas con discapacidad).

Sin embargo, el reglamento de la Ley 30364, aprobado mediante Decreto Supremo 009-2016-MIMP estableció que las “personas en situación de vulnerabilidad son aquellas que, debido a su edad, género, estado físico o mental, o circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, se encuentran con especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (2016, art. 4.2). Así, se aclara que la situación de vulnerabilidad no se restringe únicamente a la edad y a las situaciones físicas, sino que se amplía para incluir a las personas que tengan dificultades debido a su relación con o “pertenencia

<sup>1</sup> Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Juez de familia de Arequipa.

a comunidades indígenas o minorías, la migración y desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual y la privación de libertad” (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2016, art. 4.2).

Dicho artículo fue modificado por el Decreto Supremo 004-2019-MIMP, publicado el 7 de marzo de 2019, en el que se estableció que las “personas en situación de vulnerabilidad son las personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, origen étnico o por circunstancias sociales, económicas, culturales o lingüísticas, se encuentren con especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos” (art. 1). Es decir, los supuestos de vulnerabilidad se ampliaron para incluir a aquellos relacionados a la pertenencia a “comunidades campesinas, nativas y pueblos indígenas u originarios, la población afroperuana, la migración, el refugio, el desplazamiento, la pobreza, la identidad de género, la orientación sexual, la privación de la libertad, el estado de gestación, la discapacidad, entre otras” (“Decreto Supremo 004-2019-MIMP”, 2019, art. 1).

Por otro lado, con respecto a los niños, niñas y adolescentes, el reglamento de la Ley 30403, aprobado por Decreto Supremo 003-2018-MIMP, publicado el 9 de junio de 2018, señala que la vulnerabilidad se da “en razón de la edad, origen, etnia, cultura, sexo, idioma, religión, opinión, discapacidad, condición económica, migración, desplazamiento interno, pobreza, género, privación de la libertad y condiciones de trabajo” (artículo 7.h). En otras palabras, los niños, niñas y adolescentes son grupos vulnerables reconocidos constitucional y legislativamente; sin embargo, dentro de este grupo vulnerable hay otros colectivos que son aún más vulnerables por “su edad, género, estado físico o mental, origen étnico o por circunstancias sociales, económicas, culturales o lingüísticas” (“Decreto Supremo 004-2019-MIMP”, 2019, art. 1).

Dicho de otro modo, el ordenamiento jurídico peruano reconoce a los niños, niñas y adolescentes como un grupo vulnerable; además, reconoce que dentro de este grupo vulnerable se pueden presentar condiciones que incrementen dicha situación. No obstante, estas últimas condiciones están centradas en modelos tradicionales de vulnerabilidad de las personas mayores de edad, que no reconocen que, por ejemplo, un adulto migrante, con discapacidad o privado de su libertad, entre otros, es menos vulnerable que un niño con cualquiera de esas características.

En las próximas líneas se intentará demostrar que la situación de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes en el siglo XXI no debe estar restringida por los modelos tradicionales utilizados para los adultos, pues existen situaciones propias de su desarrollo que los hacen aún más vulnerables: cuando se hace referencia al sexo, las drogas y el reggaetón, se está aludiendo a escenarios actuales de incremento de la vulnerabilidad en los niños, niñas y adolescentes que, traducidos a un lenguaje más jurídico, podrían ser *violencia por el desarrollo precoz de su sexualidad*, *violencia por conductas adictivas* y *violencia informativa a través de medios de comunicación masiva*.

## La Violencia por el Desarrollo Precoz de su Sexualidad

### Relaciones sexuales entre adultos y adolescentes: el caso Xiomara

El padre de Xiomara era consumidor habitual de bebidas alcohólicas y, en este estado, agredía a la madre de la niña, al punto en que esta tenía que intervenir para detener los maltratos que su padre ejercía. Ambos progenitores decidieron separarse cuando Xiomara contaba con tan solo 10 años de edad; tres años después, el padre regresó a su casa y, a pesar de que

ambos progenitores dormían en habitaciones separadas, la entonces adolescente Xiomara se vio afectada emocionalmente, de tal forma que empezó su primera relación de enamoramiento con Orlando, quien contaba con 28 años de edad, 15 años más que ella (“Expediente 01058-2016-0-0401-JR-FT-02”, 2016).

Un año después Xiomara tuvo una fuerte discusión con su madre, por lo que abandonó su hogar e inició una relación de convivencia con Orlando, amparada en la permisión de relaciones sexuales entre adultos y adolescentes mayores de 14 años de edad en el Perú. Incluso, Xiomara quedó embarazada sin que sus progenitores puedan denunciar tal hecho (“Expediente 01058-2016-0-0401-JR-FT-02”, 2016). En el mes de octubre del año 2016, Xiomara tuvo una discusión con Orlando debido a que él no quería que la relación termine. En el transcurso de la discusión, él la golpeó en el rostro, además de sujetarle los brazos y empujarla. A partir de ese momento, la menor se asustó y le contó todo sobre su situación a su madre, quien denunció a Orlando:

Solicita que ya no se acerque a su hija y la deja tranquila. Que su hija está con cuatro meses de embarazo. Que ella no ha permitido la convivencia, sino que le ha hablado y le ha rogado a su hija, pero no le hacía caso, e incluso le ha pegado. (“Expediente 01058-2016-0-0401-JR-FT-02”, 2016)

Asimismo, Xiomara refirió que “discutían porque no tenía plata para darle de comer, que ha iniciado la convivencia porque el demandado le prometía muchas cosas y que le iba a dar lo mejor” (“Expediente 01058-2016-0-0401-JR-FT-02”, 2016). Ante estos hechos, el juez prohibió el acercamiento y la comunicación de Orlando hacia Xiomara; además, dispuso la realización de visitas sociales para verificar el estado de la menor y que se le brinde la terapia psicológica correspondiente, sin perjuicio de lo cual también dispuso que se comunique a la Unidad de Investigación Tutelar la tarea de evaluar si la menor se encontraba en situación de abandono, por cuanto resultaba evidente que ninguno de sus progenitores ejercía un control adecuado sobre la aún adolescente (“Expediente 01058-2016-0-0401-JR-FT-02”, 2016).

Días después de la audiencia, a pesar de las medidas de protección, Xiomara, con la anuencia de sus progenitores, reanudó su convivencia con Orlando, situación que se mantuvo hasta febrero de 2017, fecha en la que sus familiares la visitaron y la encontraron con moretones en el rostro. Debido a ello, realizaron una nueva denuncia:

El demandado le propinó un puñete en el labio, la sujetó de los brazos y la amenazó con un clavo por la espalda, siendo que andado cogió un cuchillo y la amenazó con hacerle daño a la madre de la menor agraviada, si es que esta decía algo, los dos forcejean y la menor agraviada se retiró del domicilio junto a su madre. (“Expediente 00900-2017-0-0401-JR-FT-02”, 2017a)

En dicha oportunidad Xiomara declaró que ya no quería seguir conviviendo con Orlando y que se alejaría de él; es por ello que la jueza a cargo reiteró las medidas de protección dictadas anteriormente y denunció a Orlando por el delito de desobediencia a la autoridad (“Expediente 00900-2017-0-0401-JR-FT-02”, 2017a).

Después de producidos estos hechos, se realizó la visita social al domicilio de Xiomara, en la cual se obtuvo la información de que sus progenitores eran los que en dicho momento estaban cubriendo todas sus necesidades básicas, y habían adquirido la ropa y el coche para su futura nieta (“Expediente 00900-2017-0-0401-JR-FT-02”, 2017c).

En el mes de abril de 2017, se presentó el informe final de las terapias psicológicas realizadas a Xiomara, donde se concluyó lo siguiente:

La adolescente se presentó a la terapia indicando minimización ante la diferencia que existe no solo con su madre producto de la relación que sostiene con su actual pareja y de una actitud inmadura que lleva, la primera sesión se trabajó el tema de la familia, donde se evidenció la confusión que tuvo con respecto a su real familia, en la segunda sesión se trabajó el tema de la responsabilidad, en donde se concluyó que su relación con su pareja la estuvo alejando de su madre, pero que mantienen estrecho vínculo con la madre, en la tercera sesión se trabajó el tema de la reconciliación, en donde ya Xiomara había terminado con la relación debido a la conducta inmadura de su ex pareja, golpeándola estando embarazada, en la cuarta sesión se trabajó el tema de las emociones, donde se evidenció que la señorita elaboró una actitud frontal con su ex pareja y fortaleció los lazos con su madre que la apoya actualmente. (Informe Psicológico n° 314 -2017-PSC-FT, 2017).

De acuerdo con estos informes, el problema habría estado en proceso de solucionarse, debido a que Xiomara decidió alejarse definitivamente de Orlando, pues la relación era dañina y no solo la comprometía a ella, sino que también habría estado afectando a su menor hija. Además, el Ministerio Público cumplió con formalizar la investigación preparatoria en contra de Orlando.

No obstante, el día 4 de marzo de 2018, Xiomara, en circunstancias aún no esclarecidas, empezó nuevamente su relación con Orlando, la cual continuó hasta el día 8 de marzo del mismo año. Al parecer, la reconciliación se dio por motivo de las visitas que Orlando realizaba a su menor hija. Debido a esto, el juzgado dispuso la prohibición de comunicación y acercamiento de Orlando hacia la menor hija de Xiomara (“Expediente 01546-2018-0-0401-JR-FT-02”, 2018). Así, tanto Xiomara como su menor hija fueron albergadas en un Centro de Atención Residencial para evitar el acercamiento del padre. Esto cobra aún más importancia si se tiene en cuenta que el 3 de enero de 2019 se condenó a Orlando como autor del *delito contra la vida el cuerpo y la salud* en la *modalidad de agresiones en contra de la mujeres o integrantes del grupo familiar*, y se ordenó su captura inmediata (“Expediente 05360-2017-2-0401-JR-PE-01”, 2019).

¿Las relaciones sexuales de un adolescente con una persona mayor de edad están penalizadas? Como se recordará, el texto primigenio del artículo 173 del *Código Penal* (1991) no contemplaba como violación de la libertad sexual que un adulto mantenga relaciones sexuales consentidas con un mayor de 14 y menor de 18 años de edad, incluso después que se introdujesen las modificatorias de la Ley 26293, el Decreto Legislativo 896, la Ley 27472, la Ley 27507 y la Ley 28251. Sin embargo, con la emisión de la Ley 28704 se tipificaron como crímenes las relaciones sexuales con un mayor de 14 años y menor de 18 años de edad, sin importar su consentimiento, y se estableció una pena privativa de la libertad entre 25 a 30 años.

Esta nueva tipificación generó innumerables cuestionamientos, por cuanto desconocía la capacidad progresiva que tienen los adolescentes para tomar decisiones sobre su sexualidad; además, generaba incoherencia con la normatividad establecida en el *Código Civil* (Guerrero, 2013, p. 502).

La Corte Suprema no tardó en reaccionar. Por lo tanto, el 16 de noviembre de 2007 se emitió el Acuerdo Plenario 7-2007/CJ-116, en el cual se estableció que la escala punitiva abstracta introducida por la Ley 28704, al modificar el artículo 173 inciso 3 del *Código Penal*, era abiertamente desproporcionada. Ello se debe a que si sostener relaciones sexuales cuando media engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza es penalizado con hasta 6 años de pena privativa de la libertad, el órgano jurisdiccional no puede imponer una pena mayor cuando las relaciones sexuales entre una mayor de 14 años y menor de 18 años con una persona mayor de edad son consentidas. Además, debe tomarse en cuenta lo siguiente:

- a. Que la diferencia etaria entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva
- b. Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente
- c. Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postulen la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad
- d. La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2007, párr. 11)

Finalmente, se acordó que para las relaciones sexuales consentidas con personas mayores de 16 años y menores de 18 años se debía aplicar el artículo 20, inciso 10, del *Código Penal* que establecía que está exento de responsabilidad penal quien actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición, por lo que se despenalizó jurisprudencialmente este tipo de relaciones sexuales.

Sin embargo, por el Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, la Corte Suprema amplió la exención de la pena a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de 14 a 18 años de edad. El acuerdo fue respaldado por la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente 00008-2012-PI-TC en la que se declaró inconstitucional el inciso 3 del artículo 173 del *Código Penal* y que, posteriormente, sustentó la promulgación de la Ley 30076, por la cual se despenalizaron definitivamente las relaciones sexuales en el caso de adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años de edad.

En el ámbito internacional, el panorama no es muy distinto, por cuanto las leyes comparadas han despenalizado las relaciones sexuales entre adolescentes y personas mayores de edad. Sin embargo, no existe consenso respecto las edades desde las cuales rige esta despenalización, tal y como se muestra en el siguiente cuadro:

Tabla 1. Legislación comparada sobre relaciones sexuales entre un adolescente con una persona mayor de edad

País	Marco legal	Edad límite
Chile	Artículo 362 del Código Penal (Actualizado con Ley 19.617)	Menor de 12 años
Colombia	Artículo 208 del Código Penal	Menor de 14 años
Costa Rica	Artículo 156.1 del Código Penal	Menor de 13 años
Ecuador	Artículo 512.1 del Código Penal	Menor de 14 años
El Salvador	Artículo 159 del Código Penal	Menor de 15 años
Honduras	Artículo 140.1 del Código Penal	Menor de 14 años
Nicaragua	Artículo 168 del Código Penal	Menor de 14 años
Panamá	Artículo 175.1 del Código Penal	Menor de 14 años
Paraguay	Artículo 137 del Código Penal	Menor de 16 años
España	Artículo 183.1 del Código Penal	Menor de 13 años
	Artículo 183 del Código Penal (Modificado por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo)	Menor de 16 años
México	Artículo 261 del Código Penal Federal	Menor de 12 años
Uruguay	Artículo 272 del Código Penal	Menor de 12 años

Como se puede apreciar, es evidente que en la legislación iberoamericana se ha optado por despenalizar las relaciones sexuales entre adolescentes y personas mayores de edad. Además, si bien la edad varía desde los 12 hasta los 16 años de edad, se reconoce a los adolescentes la posibilidad de desenvolverse sexualmente con personas mayores de edad sin restricción alguna, por lo que, en cualquiera de los países antes citados, los padres de Xiomara no hubieran podido denunciar a Orlando por mantener relaciones sexuales con su hija, a pesar de que existía una diferencia de edad de 15 años aproximadamente.

¿Cómo hacer frente a esta vulnerabilidad por el desenvolvimiento de su sexualidad con personas mayores de edad? La violencia, directa o indirecta, ejercida contra niños/as y adolescentes puede originar consecuencias graves en la víctima, y es muy común la necesidad de huir de esa realidad (Romo et al., 2014). Por ello, Xiomara, al tener un padre alcohólico y una madre víctima de agresiones, reaccionó escapando de la situación que atravesaba debido al temor de que su progenitor regrese a casa. Así, inició de inmediato una relación de pareja con una persona que, por sus 15 años de diferencia, evidentemente se habría aprovechado de su condición especial de vulnerabilidad.

Posteriormente, la pareja convive, pero, como hemos podido apreciar, dicha convivencia se ve marcada por las agresiones constantes de Orlando en contra de Xiomara. Además, se debe resaltar que se generó una evidente dependencia emocional de la menor hacia Orlando, por cuanto, a pesar de las agresiones y de las amenazas, Xiomara siempre regresaba con su pareja; ello se debe a que ha aprendido a ser sumisa y subordinada a su pareja, a priorizar sus necesidades frente las propias, característica común en mujeres víctimas de violencia de pareja (Aiquipa Tello, 2015). Él se aprovechaba de dicha situación.

Por estas razones, esta investigación considera que eximir de pena a las relaciones sexuales entre un adolescente y una persona mayor de edad es una alternativa que se ha ejecutado en virtud de conceptos jurídicos penales que no han valorado las consecuencias nocivas que estas generan en los adolescentes, como se ha visto en el caso discutido.

En ese sentido, es necesario que el ordenamiento legal peruano penalice este tipo de relaciones sexuales, con la inclusión de una cláusula de excepción basada en la proximidad de la edad entre el/la adolescente y el/la agresor/a, como ocurre en España<sup>2</sup> e Italia<sup>3</sup>. En estos países se ha tenido en consideración que el fundamento de este tipo de delitos que afectan la indemnidad sexual es la diferencia entre el grado de madurez del niño, niña o adolescente, y el del adulto con el que tienen relaciones sexuales, ya que dicha diferencia no los deja decidir libremente. Por ello, es necesario valorar que la validez del consentimiento no tiene relación con la edad del niño, niña y adolescente, sino que dicha validez debe analizarse en virtud de las diferencias entre las edades y los grados de madurez. Debido a ello, se puede eximir de pena el haber mantenido relaciones sexuales con un menor de edad, siempre y cuando la diferencia mencionada no sea lo suficientemente grande como para que la persona mayor de edad se esté aprovechando de la condición especial de vulnerabilidad del niño, niña o adolescente (Villacampa, 2014).

2 "Artículo 183 quater. El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez." ("Ley Orgánica 1", 2015, art. 183)

3 "Articolo n. 609 quater. Atti sessuali con minorenne. . . 3. Non è punibile il minorenne che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609-bis, compie atti sessuali con un minorenne che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni." ("Codice Penale", 1930, art. 609)

Una norma que muestra el camino a seguir es el artículo 4.5 del Reglamento de la Ley 30364, aprobado por Decreto Supremo 009-2016-MIMP y modificado por Decreto Supremo 004-2019-MIMP, en el que se establece lo siguiente:

**Violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes.**

Es toda conducta con connotación sexual realizada por cualquier persona, **aprovechando la condición de especial vulnerabilidad de las niñas, niños o adolescentes** [énfasis añadido]. . . afectando su indemnidad sexual. . .

En otras palabras, en esta norma se afirma que el objetivo no es definir estándares fijos en cuanto a las edades en que los adolescentes pueden mantener relaciones sexuales, sino que nuestra atención debe estar centrada en que ninguna persona se aproveche de la especial condición de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes, la cual se puede desprender de la diferencia de edad y grado de madurez.

### **El desenvolvimiento de la sexualidad entre adolescentes: caso Adriel**

Zaida es una adolescente que proviene de una familia disfuncional: sus progenitores se separaron cuando ella tenía 11 años de edad. Su padre era bebedor experimentado y su madre la visitaba escasamente. Además, presentaba antecedentes de escaparse constantemente de su casa sin que su progenitor pueda controlarla (“Expediente 16026-2018-0-0401-JR-FT-09”, 2019).

Por su parte, Adriel es un adolescente que ha vivido en un ambiente de cariño y comprensión, por cuanto no ha presenciado ninguna pelea entre sus progenitores; sin embargo, se separó de ellos para vivir con sus tíos porque quería estudiar y trabajar a la vez, por lo que casi no sale a fiestas, no ha tenido ninguna enamorada ni ha mantenido relaciones sexuales, y se ha dedicado a trabajar y a jugar fútbol los fines de semana. Además, no consume licor y tampoco presenta ningún antecedente de conducta desadaptada (“Expediente 16471-2018-0-0401-JR-FP-04”, 2019a).

Cuando Zaida tenía 13 años de edad y Adriel, 17 años de edad, se conocieron en un concierto, aunque Zaida le dijo a Adriel que tenía 15 años. Posteriormente, se comunicaron por Whatsapp y comenzaron a salir; es así que en una oportunidad estuvieron conversando de noche y, al percatarse de que ya era la una de la mañana, Zaida le dijo a Adriel que se vaya a su casa, pero este le dijo que tenía que acompañarla a su casa porque era peligroso para ella. Ante dicha insistencia, ambos fueron a la casa de Zaida y encontraron que, al parecer, el padre de Zaida había quitado la cadena con la que se abría la puerta por lo que Zaida no podía ingresar. Ante esta situación, Adriel le dijo que tenía un “lote de terreno” donde se podía quedar a dormir; ambos caminaron hasta el terreno y una vez allí, decidieron entablar relaciones sexuales. A los pocos días, Zaida descubrió que está embarazada y junto a Adriel buscaron por Internet alguna forma de abortar; sin embargo, luego abandonaron esa decisión. Continuaron su relación de pareja, pero a los meses de ocurridos estos hechos se pelearon y terminaron dicha relación (“Expediente 14361-2018-0-0401-JR-FT-05”, 2018b).

Cuatro meses después, los profesores de Zaida le manifiestan a su propio padre que ella estaba embarazada. A pesar de la insistencia de este, Zaida no le reveló el nombre del padre de su futuro hijo o hija; sin embargo, varias semanas después, la hermana de Zaida le dijo el nombre. Debido a ello, el padre, pensando que había sido una violación, decidió denunciar a Adriel (“Expediente 14361-2018-0-0401-JR-FT-05”, 2018a).

La Fiscalía de Familia, después de comunicarse con la Unidad de Protección Especial, interpuso una denuncia por violencia sexual en contra de Adriel y a favor de Zaida, y solicitó que se dicten medidas de protección, bajo el único supuesto de hecho de que mantuvieron relaciones sexuales cuando Zaida tenía 13 y Adriel, 17 años de edad; este es llamado *agresor* en la denuncia y se solicita una terapia reeducativa para él (“Expediente 14361-2018-0-0401-JR-FT-05”, 2018c).

El Juzgado de Familia dispuso no dictar medidas de protección por cuanto las relaciones sexuales fueron consentidas. Además, ambas partes eran adolescentes y, por ende, el principio del interés superior del adolescente se aplica para ambos, más aún si se considera que han formado una familia que también merece ser protegida y que no se ha alegado que Adriel se haya aprovechado de la condición de vulnerabilidad de Zaida (“Expediente 14361-2018-0-0401-JR-FT-05”, 2018d).

La Fiscalía, al no estar conforme con la resolución emitida, no solo interpuso un recurso de apelación, sino que además, por los mismos hechos, interpuso una nueva denuncia por violencia sexual (“Expediente 16026-2018-0-0401-JR-FT-09”, 2018), la misma que fue derivada a otro Juzgado de Familia, el cual dictó como medidas de protección lo siguiente:

- 1.- Que Adriel está prohibido de ejercer actos de violencia en contra de Zaida,
- 2.- Que Adriel no tenga una conducta negligente con Zaida,
- 3.- Que Adriel no discuta con Zaida,
- 4.- Que Adriel reciba un tratamiento reeducativo,
- 5.- Que se hagan visitas sociales,
- 6.- Que el Centro de Emergencia Mujer realice un seguimiento del caso,
- 7.- Que la Policía ubique a Adriel y le comunique las medidas de forma personal. (“Expediente 14361-2018-0-0401-JR-FT-05”, 2018d)

Además del recurso de apelación y la nueva denuncia por violencia sexual, la Fiscalía de Familia interpuso una denuncia por infracciones a la ley penal en contra de Adriel. Esta fue declarada *liminariamente improcedente*, por cuanto se manifestó lo siguiente:

Se puede colegir que la Fiscalía atribuye al adolescente denunciado la comisión del acto infractor de “violación presunta” o “violación impropia”, es decir, que cuando a pesar de haberse consumado relaciones sexuales con el consentimiento de ambos, sin violencia, sin amenaza, sin sometimiento, ni abuso, se tipifica como delito por la edad de la presunta víctima, en este caso de trece años. . . en efecto, la Ley Peruana considera que un adolescente de trece años no tiene capacidad para decidir tener relaciones sexuales, sin embargo, en el presente caso el presunto agresor también es un adolescente con capacidad relativa que no alcanzado su pleno desarrollo emocional, ni madurez de la personalidad, por lo que no resulta razonable ni proporcional que se le aplique a rajatabla la legislación penal pensada y elaborada para adultos. . . como otra situación comprensible, se pretende que se abra un proceso penal, juzgue y sancione a Adriel por las relaciones sexuales sostenidas con su enamorada. . . que actualmente son convivientes. . . conforman una familia con la anuencia de los padres de los dos adolescentes, en consecuencia sería desproporcionado y gravísimo abrir un proceso por infracción a la ley penal. . . que con similar criterio, el Quinto Juzgado de Familia (Módulo de Violencia) resolvió no dictar medidas de protección en la etapa correspondiente. (“Resolución n° 1”, 2019)

Esta resolución fue confirmada por la Sala Superior Civil (“Expediente 16471-2018-0-0401-JR-FP-04”, 2018), pero se encuentra impugnada mediante recurso extraordinario de casación.

Finalmente, el 15 de enero de 2019, se realizó una visita social al domicilio de la Zaida y se concluyó que proviene de una familia disfuncional con historia de trato negligente y carencias afectivas, por lo que actualmente cría a su hijo únicamente con el apoyo de las tías paternas de Adriel. Además, este último es el único soporte económico de ambos (“Expediente 16026-2018-0-0401-JR-FT-09”, 2019).

### ¿Un adolescente puede ser reeducado para que ya no mantenga relaciones sexuales?

La revictimización, en su sentido más común, significa la repetición de violencia para quien ya ha sufrido alguna agresión anterior; sin embargo, también se entiende como el maltrato sufrido por los niños/as y adolescentes a consecuencia de la intervención institucional después de una denuncia (Dupret & Unda, 2013). En el caso discutido en la sección anterior, se puede concluir que las relaciones sexuales entre Adriel y Zaida fueron consentidas, a pesar de que el Ministerio Público haya interpuesto un proceso por infracciones a la ley penal, dos procesos por violencia sexual y un proceso administrativo por desprotección familiar. Ello demostraría que el sistema legal peruano está fallando, porque resulta contradictorio que el responsable de proteger a los adolescentes, el Ministerio Público, sea quien los revictimiza interponiendo cuatro procesos en contra de ambos adolescentes. Esta realidad es justificación suficiente para una solución diferente.

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, se debe considerar que, conforme lo dispone el artículo 59 del Decreto Legislativo 1297, las medidas de protección a dictarse en un proceso de desprotección familiar son el acogimiento familiar y el acogimiento residencial. Sin embargo, el último informe social demuestra que hay un trato negligente por parte del progenitor de Zaida, y no se conoce a su familia extensa (abuelos y tíos), por lo que lo más probable es que se disponga que la menor sea derivada a un centro de acogida residencial, un albergue, por haber mantenido relaciones sexuales, a pesar de que ya tiene un hijo, y de que el artículo 46 del *Código Civil* le reconoce capacidad para hacerse cargo de él e, incluso, para iniciar procesos judiciales a favor de este. Debido a ello, resulta contradictorio que una adolescente que debe hacerse cargo de su menor hijo a su vez tenga que estar a cargo de su familia extensa o de una entidad estatal, sin tomar en cuenta que, de tomarse una u otra opción, se separaría a la familia conformada por Adriel, Zaida y su menor hijo. Es decir, se estaría afectando el derecho a la familia, por el cual el niño tiene el derecho de crecer con sus padres y ser protegido por ellos, salvo motivos justificados (Gómez & Berástegui, 2009).

Por otro lado, si se considera que el artículo 173 del *Código Penal* establece que el mantener relaciones sexuales (sin importar el consentimiento) con adolescentes menores de 14 años constituye un delito de violación sexual y que el artículo 163 del *Código de Responsabilidad Penal del Adolescente* establece que a los adolescentes mayores de 16 años y menores de 18 años de edad que cometan el delito de violación sexual se les aplicará una medida socioeducativa de internamiento de cuatro a seis años, es evidente que, de no haberse archivado la denuncia por infracciones a la ley penal, es muy probable que Adriel hubiera sido internado en un centro juvenil por haber mantenido relaciones sexuales con Zaida cuando esta tenía 13 años de edad, lo que obviamente afectaría a Adriel porque se vería truncado su proyecto de vida (profesional y familiar). Pero, además, ello habría afectado a Zaida, dado que es la familia de Adriel la que se ha convertido en su soporte económico y, peor aún, también se habría afectado al hijo de ambos, porque se le habría privado de mantener relaciones afectivas con su padre.

Finalmente, el artículo 8 de la Ley 30364 establece que califican como violencia sexual aquellas acciones de connotación sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento; en ese sentido, la norma no establece ninguna edad para determinar la validez del consentimiento, por lo que Adriel no debería ser investigado bajo los alcances de esta ley, peor aún si se considera que la finalidad de la norma es reeducar al agresor para que ya no cometa otros actos de violencia. Así, si el acto de violencia fue mantener relaciones sexuales con Zaida, resulta ilógico pensar que la terapia reeducativa logrará que esto ya no ocurra, dado que ambos ya han conformado una familia y conviven.

Por todas estas consideraciones, se puede concluir que el desenvolvimiento sexual entre adolescentes los hace vulnerables ante la propia actuación del Estado, que, en lugar de brindar un apoyo adecuado, revictimiza a los adolescentes, haciéndolos mucho más vulnerables al punto que, como sucedió en el caso de Xiomara, incluso si hay una diferencia de 15 años de edad entre la adolescente y el adulto, el ordenamiento legal no tiene prevista ninguna acción para evitar la violencia contra Xiomara. Sin embargo, a pesar de que Adriel y Zaida tenían una diferencia de tan solo cuatro años de edad, y de que ambos eran adolescentes cuando mantuvieron relaciones sexuales, el ordenamiento legal peruano, a través del Ministerio Público, interpuso cuatro procesos en contra de ellos, sin tomar en cuenta la familia que ya habían conformado, los derechos de ambos menores y los del hijo recién nacido.

### **La Violencia por Conductas Adictivas**

#### **El caso Anthony**

Anthony ha sido maltratado por su madre, Rena, desde que tenía 6 años de edad, quien lo insultaba y minimizaba; asimismo, su padre, Richard, lo agredía físicamente desde que tenía 10 años de edad. A lo largo de su infancia fue testigo de cómo sus padres discutían, en especial debido a que el progenitor no llegaba a dormir a la casa, y alegaba que trabajaba como miembro del servicio de inteligencia. Por estos motivos, Anthony decidió refugiarse en el videojuego denominado *Dota*, lo que le generó una adicción al mismo (“Expediente 01925-2016-0-0401-JR-FT-02”, 2016c).

En una ocasión, cuando Anthony contaba con 14 años de edad, entró a la habitación de sus padres y les solicitó permiso para hacer sus trabajos en la computadora, por lo que su padre, quien conocía su adicción, bajó detrás de su hijo y se aseguró de que utilizase la computadora para estudiar; luego, subió a su habitación. Una hora después, Rena creía que su hijo estaba jugando en la computadora, por lo que bajó; a los pocos minutos se escucharon gritos por parte de ambos, debido a que ella vio que su hijo estaba jugando el videojuego *Dota*. Ante el requerimiento de que apague la computadora, Anthony le respondió que ella la apague y después le dijo que se quería morir. Cuando su madre le contestó “muérete, entonces”, Anthony intentó agredirla físicamente. Sin embargo, su padre intervino, por lo que Anthony lo mordió en el brazo, y le propinó rodillazos y patadas, hasta que su padre logró hacerlo caer al suelo (“Expediente 01823-2016-0-0401-JR-FT-02”, 2016).

Ante estos hechos se apertura una denuncia que es resuelta el 9 de diciembre de 2016, frente a la cual el juez dispone la prohibición para ambos progenitores de golpear a su hijo, que todos reciban una terapia psicológica, que se realicen visitas sociales y que se inicie una investigación tutelar.

El 13 de diciembre de 2016, Anthony quería jugar en la computadora, pero su madre no se lo permitió; sin embargo, el menor no le hizo caso, diciendo: “Yo voy a hacer lo que quiera”. Por ello, Rena quiso seguir hablando con él, pero él le dijo que se fuera y que él no apagaría la computadora. Además, se paró y le propinó golpes de puño en todo el rostro y en la cabeza, diciéndole que era una “mala madre” y que cuando su padre le pegaba ella no lo defendía, por lo que le pegaría como le pegó su padre. Los golpes fueron tan fuertes que Rena se orinó por el miedo y gritó a Dios para que su hijo deje de golpearla, pero él le dijo “ahora que te salve tu Dios”. Debido a ello, su hermano menor lo abrazó y le dijo que no le haga eso a su madre; no obstante, Anthony cogió una tijera de podar a fin de clavarla en su madre, pero su hermano lo evitó. En ese momento Anthony se sentó en la computadora a seguir jugando (“Expediente 01925-2016-0-0401-JR-FT-02”, 2016a).

Ante estos hechos se produjo una nueva denuncia por violencia física, con lo que se resolvió que Anthony sea evaluado psiquiátricamente y que sea albergado de inmediato, que Rena no se comunique con Anthony mientras duren las terapias ordenadas, y que se realicen terapias y visitas sociales para verificar la situación del hermano menor de Anthony.

El 14 de diciembre de 2016, el Centro de Salud Mental Moises Heresi estableció que Anthony sufría de una depresión mayor, y lo medicó con Fluoxetina de 20 mg al día y le asignó un control ambulatorio mensual. Por esa razón, Anthony fue albergado en el Centro de Atención Residencial San Luis Gonzaga, aunque posteriormente la Unidad de Investigación Tutelar dispuso su entrega a sus tíos paternos (familia extensa). Asimismo, una vez realizadas las terapias psicológicas, se estableció que Anthony se encontraba mejor con sus tíos y que no deseaba volver con sus padres. Además, el 12 de enero de 2017 se presentó el informe psicológico del padre del padre del menor donde se concluyó lo siguiente:

El señor Richard se presentó sorprendido y acongojado por la situación que le había sucedido con su hijo Anthony, pero se dio cuenta que el estar alejado de su familia su hijo, es para mejorar y más aún cuando reconoce las frases que le ha emitido a su hijo Anthony fueron nocivas y que desde ahora a [sic] determinado cambiar mucha de esas palabras y frases en bien de sus hijos. (“Expediente 01925-2016-0-0401-JR-FT-02”, 2017b)

En esta misma fecha se presentó el informe psicológico de Rena, donde se concluyó lo que se cita a continuación:

Se resalta que la señora Rena se presentó a la terapia de manera entristecida, desconcentrada por lo ocurrido, y en las sesiones pudo comprender lo complicado que es cambiar frases y palabras que he hecho posibles las reacciones de Anthony, además se acordó y resignificó algunas palabras que en su momento no le parecían dañinas pero que después se dio cuenta que lo que se expresó era muy nocivo para Anthony y más aún el tono con lo que lo decía, pero ahora se ha dedicado a tratar de perfeccionar su léxico. (“Expediente 01925-2016-0-0401-JR-FT-02”, 2017a)

El 26 de abril de 2017 se presentó el informe social del domicilio actual de Anthony, donde se menciona lo siguiente:

El adolescente investigado se muestra afectado por las constantes agresiones vividas en su inmueble junto a sus progenitores, refiriendo varias oportunidades en que su progenitora le habría maldecido diciéndole que “no era su hijo”, palabras hirientes que le habrían afectado emocionalmente durante muchos años. Así también en la entrevista-

ta refiere episodios de agresión física contra él, cuando era niño, manifestando haber sido golpeado por su progenitora con una olla en la cabeza a la edad de 06 años aproximadamente no pudiendo detallar lo sucedido después de la agresión. Actualmente el adolescente investigado refiere rechazo y el no deseo de mantener contacto con su progenitora, refiriendo ser la causante de los problemas en su vivienda. (“Expediente 01925-2016-0-0401-JR-FT-02”, 2017d)

### **El derecho a vivir en un ambiente de paz y tranquilidad**

El Tribunal Constitucional del Perú señala que lo siguiente es innegable:

El niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral. (“Expediente 02892-2010-PHC/TC”, 2010, fundamento 6)

Sin embargo, se debe tener en cuenta que, en este caso, son los propios padres de Anthony los que lo habrían sometido a una violencia directa (golpes e insultos) e indirecta (al ser testigo de sus peleas de pareja), así como los que, además, permitieron, por negligencia, que Anthony desarrolle una adicción a un videojuego cuyo objetivo es destruir y matar al enemigo. Por ello, su agresividad se acrecentó y tuvo su punto máximo cuando, por la fuerza, decidieron acabar con su adicción y lo intentaron separar de los videojuegos, por lo que se determinó como solución colocarlo en un albergue y prohibirle la comunicación, solución drástica pero correcta.

El problema se acrecienta porque no hay un solo Anthony en el mundo, sino que, en realidad, los niños y adolescentes de hoy en día están siendo expuestos a una serie de adicciones que los hacen más vulnerables porque su grado de madurez no les permite combatirlas. Más aún, si se considera que los padres no están preparados para hacerles frente, y que hoy en día los niños y adolescentes deben enfrentar las constantes discusiones entre sus progenitores, es evidente que se presentan condiciones muy favorables para el crecimiento de las adicciones no solo a los videojuegos, sino también al alcohol y las drogas.

Prueba de lo dicho anteriormente, es que la *Encuesta Sobre Alcohol y Drogas*, realizada en España durante el año 2018, tuvo como resultado que el 60 % de los menores encuestados había consumido alcohol; el 25.4 %, tabaco; el 14.3 %, cannabis; 1,7 %, el hipnosedantes; el 0.6 %, éxtasis; y el 1.5 %, cocaína (Sindicato Colectivo Profesional de Policía Municipal, 2018).

En el Perú, el Ministerio de Salud publicó que “La edad de inicio de consumo de alcohol en el país es bastante precoz. . . , de acuerdo a los estudios del INSM, el promedio en las diferentes regiones era de 12.6 años” (Ministerio de Salud, 2017, p. 41), y que en 2015 el 3.5 % de adolescentes consumieron marihuana; el 1.0 %, pasta básica de cocaína; y el 1.4 %, cocaína (Ministerio de Salud, 2017, p. 43).

Lo peor de todo es que no se ha encontrado una respuesta adecuada por parte del Estado peruano, porque si bien hay innumerables normas que establecen que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica, además de a desarrollarse integralmente, no existe ningún centro especializado en adicciones que trate a esa población específica. Peor aún, cuando se dictan medidas de protección por conflictos entre los progenitores por hechos referidos al consumo de bebidas alcohólicas o drogas, no se incluye de manera preventiva a los niños, niñas y adolescentes, porque, por lo general, no son parte

en el proceso. Con ello, se permite que la vulnerabilidad en niños, niñas y adolescentes se incremente, y solo se reacciona cuando, como en el caso de Anthony, la situación llega a niveles de agresividad sumamente altos.

### **La Violencia por la Información Recibida**

#### **El caso Nahomi**

El señor Baltazar se presentó a la Defensoría Municipal del Niño y el Adolescente de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado, y afirmó que era vecino de la menor de edad Nahomi y amigo de su madre, al punto que incluso había contribuido al cuidado de la niña por encargo de la madre, por cuanto conocía a la menor desde su nacimiento y había sido testigo del maltrato de que era víctima. Dicho maltrato consistía en “dejarla con la abuelita cuando tenía tres años mientras que la madre se perdía tres o cuatro días” (“Resolución 10”, 2012), así como el “mandarla a vender verduras a los vecinos, que siempre la enviaba tarde al colegio y muchas veces sin desayuno, incluso en chancletas” (“Resolución 10”, 2012). Por tanto, dicho vecino solicitó que se notifique a la abuela de la menor, así como al hermano de esta, para que ambos declaren sobre esos hechos y así se pueda corroborar el maltrato del que Nahomi era víctima (“Resolución 10”, 2012).

A raíz de esa denuncia se abrió una investigación tutelar a favor de la menor, en la cual se recibe la declaración de su madre, quien refirió que “tenía una buena amistad con don Baltazar”, así como lo siguiente:

Que lo conoce porque vive al frente de la casa de su mama, que la conoce desde que era muy chiquita, que lo veía como a un padre o a un hermano mayor, que cuando empezó a convivir con su actual pareja, don Baltazar cambió, que la declarante nunca ha abandonado a su menor hija, que siempre ella ha estado con su hija, que dejaba a su hija al cuidado de don Baltazar porque tenía confianza en él, al igual que con su mamá; que la menor y su conviviente se llevan bien, que la ayuda económicamente en el sostenimiento de su hija Nahomi, que don Baltazar ha ido al colegio de la menor donde ha indicado que padrastro era un alcohólico y de la madre que era una delincuente, por lo que al ser reclamado le ha indicado que siempre iba a ir al colegio de la niña y que no iba a permitir que viviera con ese enfermo. Que actualmente la declarante no tiene ningún tipo de amistad con ese señor Baltazar. (“Resolución 10”, 2012)

Con la declaración de la madre, la jueza a cargo decidió prescindir de las declaraciones de la abuela y el hermano de Nahomi, y dispuso el archivamiento de la investigación tutelar (“Resolución 10”, 2012).

El día 27 de diciembre de 2013, a las 20 horas aproximadamente, el conviviente de Mariela, madre de Nahomi, intentó ingresar al domicilio que compartían con la menor Nahomi. Quiso entrar a la cocina para continuar libando con un amigo que lo acompañaba, por lo que Mariela le dijo que se vaya a otro lugar. Sin embargo, él comenzó a insultarla: “te crees con tu casa con... tu mad..., ahorita te agarro a patadas”. Además, la pateó en el brazo y su amigo tuvo que contenerlo para que no continúe con la agresión. Tras ello, se retiraron del domicilio para continuar consumiendo bebidas alcohólicas; durante dicha actividad llegó el patrullero y ambos fueron conducidos a la Comisaría (“Expediente 01064-2014-0-0401-JR-FP-01”, 2014). Ante estos hechos, se abrió un proceso por violencia familiar bajo el amparo de la Ley 26260. La jueza a cargo dictó las siguientes medidas de protección: tratamiento psicológi-

co para las partes y prohibición del ingreso al domicilio en estado de ebriedad (“Expediente 01064-2014-0-0401-JR-FP-01”, 2014).

El día 1 de mayo de 2016, el conviviente de Mariela ingresó al domicilio en estado de ebriedad y la insultó nuevamente, por lo que, ante la denuncia realizada bajo el amparo de la Ley 30364, el juez reiteró la prohibición de ingreso en estado de ebriedad (“Expediente 06248-2016-0-0401-JR-FC-02”, 2016).

El 14 de julio de 2017, el Centro Emergencia Mujer denunció a Mariela y a su conviviente, por cuanto se le realizó una evaluación psicológica a la menor Nahomi, en la cual se concluyó lo siguiente:

Se muestra tensa, preocupada, sentimientos de soledad que se manifiesta por carecer de apoyo de parte de progenitores, desprotección, desamparo, desvalorización personal, **dificultad para tomar decisiones, búsqueda de protección en personas allegadas a su entorno, influenciable, pudiendo ser sometida a peticiones de personas que tengan alguna autoridad sobre ella compatible a maltrato psicológico** [énfasis añadido]. (“Expediente 06248-2016-0-0401-JR-FC-02”, 2016)

Ante estos hechos, el juez a cargo dispuso la prohibición de castigos físicos en contra de Nahomi, la prohibición de acercamiento para el conviviente de la madre de Nahomi, terapia para la menor y una visita social (“Expediente 00900-2017-0-0401-JR-FT-02”, 2017a).

El día 21 de julio de 2017, dos efectivos policiales visitaron el domicilio de Nahomi para constatar que se hubiesen cumplido las medidas de protección dictadas a favor de la menor. Sin embargo, Mariela y su conviviente mostraron una actitud prepotente, amenazante y grosera, y no permitieron que se realice la entrevista a Nahomi. Por tanto, los policías realizaron una nueva denuncia por violencia. En ella, Mariela refirió que le quitó su celular a Nahomi y se lo dio a su conviviente para que le ayude a ver las fotografías que este contenía. En él, observaron fotografías subidas al Facebook de la menor, en las que aparecía con ropa inapropiada para una adolescente de 14 años de edad. Debido a ello, la madre le llamó la atención a su hija, por lo que esta se escapó de casa en dos oportunidades para ir a quejarse con un vecino, quien la condujo al Centro de Emergencia Mujer. Asimismo, el conviviente de Mariela refirió que descubrieron que Nahomi se hacía llamar *La Beba* y colgaba fotografías inadecuadas en las redes, por lo que le llamaron la atención. Finalmente, la propia Nahomi refirió lo siguiente, de acuerdo con el expediente:

Tiene catorce años de edad. . . que ha faltado al colegio tres días porque se fue donde su prima porque su mamá le quitó el celular, que le quitó el celular porque se enteró que estaba colgando fotografías en el Facebook, que sus fotografías se las tomó porque quería llamar la atención de tus compañeros del colegio. Que nunca ha existido un maltrato físico por parte de su mamá, aunque sí le gritó por las fotografías. . . Que le gustaría que la pareja de su mamá no le diga nada, porque en una oportunidad la vio con sus amigas y le dijo a su mamá dónde la vio, por ello es que ella quiere que no le diga nada a su mamá. . . Que ella quisiera cambiar y portarse bien, que debería tratar de llegar temprano a su casa ya que se demora por conversar con sus compañeras. Que solo la insultó por las fotografías, porque antes no la insultaba. (“Expediente 00900-2017-0-0401-JR-FT-02”, 2017a)

Ante estos hechos, el juez a cargo dispuso que se cumpla con brindar terapia psicológica a la menor y a su madre, además de que se excluya al conviviente del proceso educativo de

Nahomi y que se realicen visitas sociales para verificar el cumplimiento de dichas medidas (“Expediente 00900-2017-0-0401-JR-FT-02”, 2017a).

El 3 de octubre de 2017 se presentó el informe psicológico de Nahomi y su madre, el cual concluía lo siguiente:

Nahomi asistió a dos sesiones terapéuticas, en la primera sesión narra los hechos motivo de la denuncia, se le brinda consejería psicológica en temas referidos a: compromiso de cambio de conducta, análisis de consecuencias de nuestras decisiones, auto respeto y autoestima. En la segunda sesión se continúa con la consejería fortaleciendo el tema de autoestima, responsabilidades y deberes de los hijos con los padres, desarrollo psicosexual y cambios biopsicosociales en la adolescencia. Citamos a la señora Mariela madre de la menor a una sesión terapéutica, para brindarle orientación psicológica sobre: afecto y confianza de padres a hijos, asignación de funciones a los hijos en la organización familiar, comunicación y dialogo con los hijos y formación de hábitos y valores en el seno familiar. Trabajamos dos sesiones de terapia familiar con Nahomi y su progenitora, realizando una dinámica para fortalecer el afecto y la relación familiar, se les brinda consejería psicológica sobre: fortalecimiento de la confianza, fortalecimiento de la autoestima, compromiso de cambio de actitud en beneficio de la familia y tolerancia y respeto de padres a hijos y de hijos a padres. (“Expediente 03103-2017-0-0401-JR-FT-02”, 2017b).

### **¿Quién educa a los niños, niñas y adolescentes?**

Del análisis del caso Nahomi es posible concluir que existía violencia directa e indirecta en contra de ella, ejercida tanto por su madre como por el conviviente. Sin embargo, hay otro aspecto que se debe destacar: la madre de Nahomi tenía problemas por la adicción al alcohol de su conviviente. Además, tenía que trabajar; salía a vender verduras y su cuidado era encargado a un vecino. No obstante, cuando un vecino interpuso una denuncia en contra de la madre de Nahomi, la amistad terminó, y no se sabe quién apoyaba con su educación a partir de entonces.

Cuando los niños/as y adolescentes no tienen un respaldo educativo de los progenitores, ellos acuden a los medios de comunicación social, por lo que el Internet y la música ayudan a divulgar mensajes que tienen un impacto directo en la cultura, así como una gran influencia en la sexualidad de los adolescentes: disminuyen las barreras morales o las hacen desaparecer, creando su propia ética y moral, de acuerdo a su gusto y a la información social que ha recibido (Penagos Rojas & González, 2012).

En ese sentido, se debe tener en cuenta algunas letras de canciones de reggaetón:

Quiere salir, fumar, beber. Subir un video pa' que lo vea él. Pa' que se dé cuenta de lo que perdió. Pa' que el hijueputa se sienta peor. (Londoño et al., 2019)

Todos saben quién manda en este school. Porque nosotras somos gente cool, gente que siente, con sangre caliente, que quiere hacerse oír sea como sea, aquí no entran feas, pa, que lo veas, te voy a mostrar mira esa fea, aquella otra fea, aquí no pueden entrar. (Patito Feo, 2008).

Por otro lado, es relevante resaltar las imágenes con contenido sexual que circulan por redes sociales, que son de público acceso para niños, niñas y adolescentes. Como se puede apreciar, los niños, niñas y adolescentes como Nahomi, que no tienen la supervisión adecuada de sus progenitores, adquieren hábitos que observan en los medios de comunicación masiva, los cuales adoptan como algo natural o normal. Así como existen canciones con contenido

discriminatorio, existen perfiles que muestran imágenes de adolescentes con ropa diminuta y en posiciones con alto contenido sexual, los cuales generan que niños, niñas y adolescentes adoptan esas costumbres, y los exponen a redes de trata de personas. Además, si bien no se trata de justificar la violencia, existen muchas adolescentes que no tienen la suerte de Nahomi –la madre de esta se dio cuenta de las fotografías que subió a la red social Facebook y trató de corregirla–, por lo que son fácilmente captadas por redes de trata de personas o potenciales violadores. En ese sentido, el Estado debería controlar el acceso de niños, niñas y adolescentes a las redes sociales, además de formar centros donde estos puedan complementar la educación que reciben en los colegios o, incluso, ampliar la jornada escolar, a fin de que ellos estén protegidos y no estén solos en sus casas, expuestos a los peligros que trae consigo el acceso a los medios de comunicación masiva.

### **Conclusión y Sugerencias**

Actualmente, el desenvolvimiento sexual de un adolescente con una persona mayor de edad ya no está penalizado, lo cual obedece a la aplicación de conceptos jurídicos penales sin que se haya tenido en cuenta el interés superior del niño, lo cual conlleva consecuencias nocivas para los adolescentes. Por consiguiente, se propone aquí que en el ordenamiento legal peruano se penalice este tipo de relaciones sexuales, pero que se incluya una cláusula de excepción basada en la proximidad de la edad entre el/la adolescente y el/la agresor/a.

Por otro lado, el desenvolvimiento sexual entre adolescentes los hace vulnerables ante la propia actuación del Estado, porque el ordenamiento legal en el Perú, a través del Ministerio Público, puede interponer hasta cuatro procesos en contra de ellos, sin reconocer las nuevas familias que estos han conformado. Por ello, es necesario despenalizar las relaciones sexuales entre adolescentes o, incluso, instaurar una cláusula de excepción basada en la proximidad de la edad entre los mismos adolescentes.

Asimismo, se ha demostrado que los niños, niñas y adolescentes presentan frecuentemente adicción a bebidas alcohólicas, drogas y videojuegos. Sin embargo, no existe ningún centro especializado que trate adicciones en dicha población, por lo que no solo se sugiere su creación, sino, además, que cuando se dicten medidas de protección por conflictos entre los progenitores por hechos relacionados al consumo de bebidas alcohólicas o drogas, se incluya de oficio a los niños, niñas y adolescentes para que sean evaluados preventivamente. Así, se podría tratar sus adicciones antes de que las mismas contribuyan a desencadenar episodios graves de violencia.

Finalmente, se ha demostrado que existen niños, niñas y adolescentes que cuentan con progenitores que satisfacen sus necesidades básicas pero no son parte de su proceso formativo, y los dejan a merced de los medios de comunicación masiva como el Internet, los cuales no solo promueven la adquisición de hábitos discriminatorios, sino que además contribuyen a despertar su sexualidad a temprana edad, lo que los expone a redes de trata de personas.

## REFERENCIAS

- Aiquipa Tello, J. J. (2015). Dependencia emocional en mujeres víctimas de violencia de pareja. *Revista de Psicología, 33*(2), 411-437.
- Dupret, M.A. & Unda, N. (2013). Revictimización de niños y adolescentes tras denuncia de abuso sexual. *UNIVERSITAS, 19*, 101-128.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2007, 26 de noviembre). Acuerdo Plenario 7-2007/CJ-116.
- Expediente 00900-2017-0-0401-JR-FT-02, Audiencia de Medidas de Protección. (2017a, 1 de marzo). 2° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 00900-2017-0-0401-JR-FT-02, Informe Social 077-2017-T. (2017b, 7 de marzo). 2° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 00900-2017-0-0401-JR-FT-02, Informe Psicológico n° 314-2017-PSC-FT. (2017c, 3 de abril). 2° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 01058-2016-0-0401-JR-FT-02, Protocolo de Pericia Psicológica n° 026314-2016-PSC-VF-2017-PSC-FT. (2016a, 11 de octubre). 2° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 01058-2016-0-0401-JR-FT-02, Audiencia de Medidas de Protección. (2016b, 14 de octubre). 2° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 01064-2014-0-0401-JR-FP-01, Sentencia. (2014, 17 de octubre). 1° Juzgado de Familia de Arequipa.
- Expediente 01546-2018-0-0401-JR-FT-02, Audiencia de Medidas de Protección. (2018, 4 de abril). 2° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 01823-2016-0-0401-JR-FT-02, Audiencia de medidas de protección. (2016, 9 de diciembre). 2° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 01925-2016-0-0401-JR-FT-02, Audiencia de medidas de protección. (2016a, 13 de diciembre). 2° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 01925-2016-0-0401-JR-FT-02, Informe social. (2016b, 13 de diciembre). 2° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 01925-2016-0-0401-JR-FT-02, Informe psiquiátrico. (2016c, 22 de diciembre). 2° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 01925-2016-0-0401-JR-FT-02, Informe psicológico n° 256-2016. (2017a, 12 de enero). 2° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.

- Expediente 01925-2016-0-0401-JR-FT-02, Informe psicológico n° 357-2016. (2017b, 12 de enero). 2° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 01925-2016-0-0401-JR-FT-02, Informe psicológico n° 200-2017. (2017c, 3 de febrero). 2° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 01925-2016-0-0401-JR-FT-02, Informe social n° 0119-2017. (2017d, 26 de abril). 2° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 03103-2017-0-0401-JR-FT-02, Acta de registro de audiencia única de medidas de protección. (2017a, 19 de julio). 2° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 03103-2017-0-0401-JR-FT-02, Informe psicológico n° 574-2017. (2017, 25 de setiembre). 2° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 03231-2011-0-0401-JR-FT-01, Resolución n° 10-2012. (2019, 10 de setiembre). 1° Juzgado de Familia de Arequipa.
- Expediente 03266-2017-0-0401-JR-FT-02, Audiencia única de medidas de protección. (2017, 2 de agosto). 2° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 05360-2017-2-0401-JR-PE-01, Sentencia. (2019, 3 de enero). 1° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 06248-2016-0-0401-JR-FC-02, Audiencia especial. (2016, 4 de mayo). 2° Juzgado de Familia de Arequipa.
- Expediente 14361-2018-0-0401-JR-FT-05, Declaración policial de Enrique Gomez Limachi. (2018a, 17 de julio). 5° Juzgado de Familia de Arequipa.
- Expediente 14361-2018-0-0401-JR-FT-05, Acta de entrevista única de la menor Zaida (14). (2018b, 15 de noviembre). 5° Juzgado de Familia de Arequipa.
- Expediente 14361-2018-0-0401-JR-FT-05, Denuncia presentada por la Tercera Fiscalía Provincial de Familia de Arequipa. (2018c, 20 de noviembre). 5° Juzgado de Familia de Arequipa.
- Expediente 14361-2018-0-0401-JR-FT-05, Resolución n° 01. (2018d, 21 de noviembre). 5° Juzgado de Familia de Arequipa.
- Expediente 16026-2018-0-0401-JR-FT-09, Denuncia presentada por la Tercera Fiscalía Provincial de Familia de Arequipa. (2018, 14 de diciembre). 9° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 16026-2018-0-0401-JR-FT-09, Informe Social n° 022-2019-PJ/CSJA/MJIVCMIGF/TS-JBBM. (2019, 14 de enero). 9° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.
- Expediente 16026-2018-0-0401-JR-FT-09, Resolución 01. (2018, 14 de diciembre). 9° Juzgado de Familia - Sede Cerro Colorado.

- Expediente 16471-2018-0-0401-JR-FP-04, Protocolo de pericia psicológica n° 000450-2019-PSC. (2019a, 5 de enero). 4° Juzgado de Familia de Arequipa.
- Expediente 16471-2018-0-0401-JR-FP-04, Resolución 01. (2019b, 7 de enero). 4° Juzgado de Familia de Arequipa.
- Expediente 16471-2018-0-0401-JR-FP-04, Auto de Vista n° 06. (2019c, 11 de abril). 4° Juzgado de Familia de Arequipa.
- Gómez Bengoechea, B., & Berástegui Pedro-Viejo, A. (2013). El derecho del niño a vivir en familia. *Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, 67(130), 175-198. Recuperado de <https://revistas.comillas.edu/index.php/miscelaneacomillas/article/view/894>
- Guerrero, R. (2013). La penalización de las relaciones sexuales entre o con adolescentes y su efecto en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 30(3), 500-505.
- Londoño, J. L.; Barrera, E.; Rivera, G.; Rivera, J.; & Barco, V. (2019). *HP* [Grabada por Maluma]. En *11:11*. Sony Latin.
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2016). Reglamento de la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.
- Ministerio de Salud. (2017). *Documento técnico: situación de salud de los adolescentes y jóvenes en el Perú*. Recuperado de <http://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/4143.pdf>
- Patito Feo. (2008). Las divinas [Grabada por Patito Feo]. En *Las Divinas*.
- Penagos Rojas, Y., & González, M. A. (2012). Lenguajes del Poder. La música reggaetón y su influencia en el estilo de vida de los estudiantes. *Plumilla Educativa*, 10, 290-305.
- Romo P, N.; Anguiano N.; B.; Pulido O. R.; & Camacho L. G. (2014). Rasgos de personalidad en niños con padres violentos. *Revista de Investigación en Psicología*, 11(1), 117-127.
- Villacampa Estiarte, C. (2014). Propuesta sexual telemática a menores u *online child grooming*: configuración presente del delito y perspectivas de modificación. *Estudios Penales y Criminológicos*, 34, 639-712.



## **SÉTIMA SECCIÓN**

### **VIOLENCIA CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONDICIÓN MIGRATORIA**



## VULNERABILIDAD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES. EL CASO CHILENO

Rommy Álvarez Escudero<sup>1</sup>  
Universidad Andrés Bello  
Categoría docentes - Ganadora

### Sumilla

En atención al aumento del flujo migratorio en Latinoamérica y la cantidad de personas inmersas en este, entre las cuales existe un número importante de niños, niñas y adolescentes, el presente trabajo se centra en la situación de la niñez migrante, y el respeto por el ejercicio de las prerrogativas que les son inherentes y que se encuentran especialmente incardinadas en los procesos migratorios. Se efectúa una revisión de los derechos esenciales en la materia, consagrados en instrumentos internacionales y en las directrices emanadas de órganos supranacionales, con el objetivo de comprender el carácter de supraprotección con que debe ser abordada esta doble situación de vulnerabilidad. Se revisan ciertos avances alcanzados en ordenamientos jurídicos comparados, tanto en cuanto a disposiciones normativas como respecto de aportes jurisprudenciales, para finalizar con un breve análisis de la situación chilena y enfatizar la necesidad de contar con una legislación migratoria que concuerde con las prerrogativas universales en favor de la infancia.

Según señala Fulchiron (2017), “la persona vulnerable es aquella que puede ser herida, atacada, afectada, física o moralmente. La vulnerabilidad reenvía a la idea de fragilidad y de debilidad; ella apela a la necesidad de protección, de cuidados y de atención” (p. 3). El estudio de la niñez migrante implica así la aproximación a una doble situación de vulnerabilidad: por una parte, los niños, sujetos de derecho en formación, requieren una protección reforzada que asegure el pleno ejercicio de sus derechos, conforme a su autonomía progresiva; por otra, las personas migrantes también precisan una atención especial en cuanto al ejercicio de sus derechos esenciales, que en la situación que enfrentan pueden verse afectados ya sea por circunstancias que podrían calificarse *de iure*, por ejemplo, ante la falta de legislación que propenda a la efectiva igualdad de derechos entre los nacionales y los extranjeros migrantes, lo que provoca diversas formas de desigualdad en el acceso a los servicios públicos (Fuenzalida, 2017); o *de facto*, relativos a perjuicios culturales que dificultan su integración en la sociedad del Estado al

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Académica investigadora en Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad Andrés Bello. Contacto: rommy.alvarez@unab.cl

que ingresan, como discriminación por motivos de raza o etnia, además de otras dificultades fácticas, como el desconocimiento del idioma o el funcionamiento de instituciones fundamentales para el desarrollo de la vida en dicha comunidad.

Debido a esta doble situación de vulnerabilidad, el escenario no resulta muy alentador. Sin embargo, de la mano del reconocimiento de los derechos esenciales de las personas, posicionando el principio *pro homine* en el centro del ordenamiento jurídico y teniendo el principio de igualdad como horizonte al que apunta el derecho, se pretende en el presente texto emplear la doctrina que considera la vulnerabilidad desde una perspectiva constructiva y reparadora, como un eje que permita la aplicación de los derechos humanos fundamentales en general, y de los niños, niñas y adolescentes en particular (Basset, 2017).

Los motivos que inducen a la migración son muy variados: aventurarse a una nueva vida, obtener acceso a mejores condiciones económicas y laborales, buscar un lugar más seguro para vivir, etc. (Fuenzalida, 2017). Respecto a los niños, niñas y adolescentes, la opinión consultiva OC-21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) señala lo siguiente:

Los niños y las niñas migran por motivos diversos, sea por reagrupación familiar, búsqueda de mejores condiciones económicas, sociales o culturales, para escapar de la pobreza extrema, la degradación ambiental, la violencia, u otras formas de abuso y persecución a las que se ven sometidos. (2014, p. 3)

Resulta importante referir que, en el contexto migratorio, cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, difícilmente es posible apreciar su efectiva participación, así como considerar debidamente su opinión, según su grado de madurez, tal como está consagrado en los principios de la *Convención Internacional de los Derechos del Niño* (CIDN). Ello se debe a que en la mayoría de los casos, debido a la situación concreta, se trata de una niñez protagonista pero silenciosa que, de pronto, se ha visto enfrentada a numerosas decisiones que le afectan pero en las que no ha tenido participación.

En relación con el proceso migratorio, los ordenamientos jurídicos consagran universalmente el derecho a la libre circulación y residencia de las personas, lo cual en el campo del derecho interno entra en tensión con la seguridad nacional. En efecto, los Estados ejercen su facultad de determinar sus políticas migratorias, ámbito en el que cuentan con discrecionalidad para establecer mecanismos de control para el ingreso y salida de su territorio respecto de los extranjeros, ejercicio de su soberanía que no debe significar dejar de considerar los derechos humanos de las personas. Refiriéndose precisamente a la aplicación de estas políticas migratorias, en la Opinión consultiva OC-21/14, referida anteriormente, esta es indicada como viable “siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la convención americana” (Corte IDH, 2014, párr. 39). En esa línea, los Estados parte tienen las siguientes obligaciones:

Promover el fortalecimiento de los derechos humanos como un componente central de las políticas y prácticas migratorias de los países de origen, de tránsito y de destino, asegurando la protección de los derechos humanos de los migrantes en el marco del ordenamiento jurídico de cada Estado, independientemente de su condición migratoria, y cualquiera que sea su nacionalidad, origen étnico, género o edad. (Corte IDH, 2014, párr. 40).

Según la Corte IDH, “[en] América Latina y El Caribe, se estima que alrededor de 25 millones de personas han migrado hacia países de Norteamérica y Europa, mientras que otros

seis millones han migrado a otros países dentro de la región. De ellas, una cantidad creciente, todavía inestimable, son niños, niñas y adolescentes” (2014, párr. 2). En cuanto a la situación chilena, el desarrollo, y la estabilidad económica y social que han tenido lugar durante los últimos lustros en dicho país, “lo han consolidado como un destino migratorio atractivo” (Bassa & Torres, 2015, p. 104) en el interior de América Latina: “Los permisos de residencia temporal otorgados se han más que triplicado en la última década: de 29,835 permisos otorgados en 2003 a 100,051 en 2012. Lo propio respecto de los permisos de residencia definitiva, otorgados en igual período de 8,537 a 27,311” (Bassa & Torres, 2015, pp. 104-105).

Conforme las estadísticas migratorias del Departamento de Extranjería y Migración, del Ministerio del Interior de Chile, la cantidad de visas otorgadas a personas extranjeras menores de 18 años para residir en Chile, entre 2005 y 2018, asciende a 221,928 (Departamento de Extranjería y Migración, s. f.). Este número, por supuesto, no refleja el total de migrantes menores de 18 años, pues existe una cifra oculta relativa a los migrantes irregulares, caso que constituye una tercera vía de vulneración de derechos, ni considera los hijos de migrantes nacidos en Chile que, como se verá más adelante, podrían encontrarse también en situación de amenaza o perturbación de sus derechos.

Habiendo alcanzado el centro del análisis es preciso hacer énfasis en que la lógica de la protección integral a la infancia sustentada en la CIDN (1989), reforzada también por otros tratados internacionales de derechos humanos y luego incorporada en los ordenamientos jurídicos nacionales, constituye el eje fundamental para lograr la efectividad en el ejercicio de los derechos esenciales de niños, niñas y adolescentes desde una óptica transversal, por lo cual la circunstancia de ser migrante no debe eximir al Estado de la responsabilidad en cuanto a la satisfacción de sus derechos, y el cumplimiento de los compromisos adquiridos en torno a la promoción y respeto de los derechos de la infancia. No obstante, ello no implica soslayar que, como se planteó al inicio del presente trabajo, la condición de migrante constituye una circunstancia que agrava la situación de vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes.

Desde este enfoque se revisará las prerrogativas esenciales de la infancia incardinadas en la migración y su reconocimiento en la normativa internacional de derechos humanos. Se analizará luego la situación en que puede encontrarse menor migrante, y los puntos de tensión en que pueden configurarse hipótesis de vulneración de derechos, para finalizar con un breve estudio del tratamiento que en la actualidad efectúa el ordenamiento jurídico chileno. Respecto del último punto es posible concluir de antemano la necesidad de un orden que atienda los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes de manera transversal, en cumplimiento de los compromisos que en la materia ha contraído el Estado, para propender a la satisfacción y el respeto de sus derechos esenciales, desde un enfoque de supraprotección, con el objeto de encaminarlos hacia una adultez sana y responsable.

### **Prerrogativas Esenciales de la Infancia en la Migración y su Reconocimiento Jurídico**

En el concierto internacional, son dos los instrumentos base del sistema de protección a la infancia migrante, en tanto consagran las prerrogativas esenciales en la materia, que los Estados deben implementar. En primer lugar, la ya mencionada CIDN, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y puesta en vigor desde el 7 de septiembre de 1990, que con un enfoque integral aborda la infancia, y consagra obligaciones, dirigidas a la protección de todos los derechos de niños, niñas y adolescentes bajo su jurisdic-

ción, sin discriminación alguna. En segundo lugar, se encuentra la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias* (CITM), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990 y puesta en vigor recién en el año 2003. El análisis de cada uno de estos instrumentos internacionales se abocará a las prerrogativas esenciales que se ven especialmente incardinadas en el fenómeno de la migración.

La CIDN (1989) consagra en su artículo 2 el principio de igualdad y no discriminación respecto de todos los derechos enunciados, y su aplicación, sin distinción alguna en cuanto a la condición del niño, sus padres o sus representantes legales. En este contexto, especial relevancia alcanzan los derechos de la infancia migrante. El principio del interés superior del niño, incorporado en el artículo 3 de la misma convención, se erige como principio rector, y sirve como recordatorio de que, en todos aquellos asuntos que requieran de una decisión que involucre a menores, cautelar su interés prevalente es una consideración primordial. Este mandato está dirigido a la familia, la comunidad en general, y todos los poderes del Estado y los órganos administrativos en que este se articula, debido a que han asumido el compromiso de asegurar al niño, niña o adolescente la protección y el cuidado necesarios para su bienestar.

El derecho a la vida que compromete a los Estados parte a garantizar en la máxima medida posible el desarrollo del niño encuentra su reconocimiento en el artículo 6 de la CIDN. En el caso de los niños, niñas y adolescentes migrantes, dicho compromiso debe cumplirse en el Estado de acogida. Los artículos 7 y 8, vinculados con el derecho a la identidad de los menores y sus componentes esenciales, entre ellos la nacionalidad, establecen que es deber de los Estados velar por su cumplimiento, conforme la legislación nacional y las obligaciones contraídas en virtud de tratados internacionales, “sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida” (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1989, art. 7.2). En el artículo 12, se determina el derecho del niño a expresar su opinión y ser escuchado, mientras que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de enfermedades, el derecho a beneficiarse de la seguridad social, y el derecho a la educación como prerrogativas básicas se encuentran consagrados en los artículos 24, 26 y 28 respectivamente. Por último, los Estados se comprometen a adoptar

todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos. . . . En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional. (ONU, 1989, art. 4)

Por otra parte, la CITM consagra el principio de igualdad respecto de todos los trabajadores migratorios y su familia, acogiendo la migración como un proceso amplio, conforme lo dispuesto en su artículo 2:

La presente Convención será aplicable durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual. (ONU, 1990, art. 2.2)

Consecuentemente, de acuerdo con esta disposición el carácter de migrante se puede adquirir incluso antes de abandonar el país de origen.

Respecto de los menores de edad, en el artículo 29 se hace referencia al derecho de los hijos de los trabajadores migrantes a tener nombre, registro de nacimiento y nacionalidad. En el artículo 30 se asegura a los hijos de trabajadores migratorios el derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato que los nacionales, disponiendo que el acceso a las instituciones de enseñanza preescolar o escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en relación con la permanencia, el empleo de cualquiera de los padres o el carácter irregular de la permanencia del hijo. En el artículo 28 se establece el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a atención médica de urgencia, la que no puede negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo. En el artículo 45, por su parte, se consagra la igualdad de trato con los nacionales, mientras que en el artículo 44 se establece la protección de la unidad familiar respecto de las personas trabajadoras migrantes en situación regular (ONU, 1990). Este instrumento internacional despliega sus efectos sobre niños, niñas y adolescentes de dos maneras: por un lado, sus disposiciones se aplican a los migrantes menores de 18 años, autorizados a trabajar siempre que cumplan con la normativa legal interna de cada país; por otro, aplica a los niños, niñas y adolescentes que trabajan sin contar con autorización alguna (Organización Internacional para las Migraciones & Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, 2016, p. 18). Esta última situación aumenta el riesgo de violación de los derechos de la infancia, como sucede con el trabajo infantil y la explotación laboral, además del peligro de ser víctimas de trata de personas.

En cuanto a otros instrumentos internacionales trascendentes en materia de niñez migrante, debe además mencionarse la *Observación general n.º 6* del Comité de los Derechos del Niño, del año 2005, referida al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

En cuanto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por supuesto, debe considerarse la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o el *Pacto de San José de Costa Rica* (1969), el cual en su artículo 19 proclama los derechos del niño y su protección, así como la Opinión consultiva OC-21/14 de la Corte IDH, de 19 de agosto de 2014, solicitada en 2011 por los países que integraban el Mercado Común del Sur (Mercosur), instrumento que sirve como guía de interpretación para generar estándares de derechos humanos que se aplican a toda la región. La OC-21/14 aborda dos grandes categorías de menores migrantes: aquellos que requieren protección internacional, por su status de refugiados y/o asilados; y quienes llegan al país por otras razones, con sus familias o solos, y son susceptibles de ver sus derechos vulnerados, por lo que requieren una protección especial. Entre las pautas que la opinión consultiva indica, cabe resaltar las siguientes: que el régimen jurídico de infancia prima por sobre el régimen que pueda aplicarse a la migración; la protección integral de los niños, niñas y adolescentes; y el establecimiento de normas y obligaciones para los Estados (Palummo & Vaccotti, 2016).

### **Situación de los Menores de Edad Migrantes**

Resulta relevante efectuar un análisis de las diversas situaciones en que puede encontrarse un niño, niña o adolescente vinculado en un proceso migratorio, con el objeto de determinar los posibles escenarios que pudieren significar amenazas, vulneraciones, o deterioros en su desarrollo psicosocial y el disfrute de sus derechos:

- Niños, niñas y adolescentes que migran junto a su familia

- Niños, niñas y adolescentes hijos de migrantes, nacidos en el país de destino, con posterioridad a la migración de sus padres
- Niños, niñas y adolescentes que permanecen en el país de origen cuando sus padres migran
- Niños, niñas y adolescentes no acompañados, o separados de su familia fuera de su país de origen

A la categorización previa cabe añadir otro factor, el status migratorio, que puede ser regular o irregular. De acuerdo con la CITM, para efectos de dicho convenio internacional, los trabajadores migratorios y sus familiares “serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte” (ONU, 1990, art. 5). De lo contrario, son considerados migrantes en situación irregular. En el preámbulo de este instrumento internacional se advierte lo siguiente:

Los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular, y convencidos por tanto de que se debe alentar la adopción de medidas adecuadas a fin de evitar y eliminar los movimientos y el tránsito clandestinos de los trabajadores migratorios, asegurándoles a la vez la protección de sus derechos humanos fundamentales. (ONU, 1990, p. 2)

En el caso de la niñez, la vulnerabilidad tiene, por lo tanto, tres aristas: por ser niño, por ser migrante y por tener un status migratorio irregular, factores que limitan la posibilidad de acceder a ciertos derechos esenciales, como la nacionalidad o la identidad personal, y dificultan el ejercicio de otros derechos básicos de carácter económico, social y cultural, como la educación o la salud. Cabe precisar que se trata de una situación que se califica como *irregular*, pero no como *ilegal*. En ese sentido, en la normativa nacional mexicana, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes dispone que “En ningún caso una situación migratoria irregular de niña, niño o adolescente, preconfigurará por sí misma la comisión de un delito, ni se prejuzgará la comisión de ilícitos por el hecho de encontrarse en condición migratoria irregular” (2014, art. 101).

Si bien la situación de aquellos niños, niñas y adolescentes que migran junto con su familia podría parecer el tipo de circunstancia en que existen menores posibilidades de perjuicios a los derechos de los menores migrantes, es crucial recordar el rol de protagonista silencioso que pueden asumir estos sujetos en el proceso de migración. En este escenario, preciso es considerar su interés superior como un asunto primordial, y generar las instancias para satisfacer su derecho a ser oído, conforme su grado de madurez. La conculcación, en definitiva, de sus derechos esenciales, se vincula con su status migratorio, lo cual determina una diferencia en las potenciales consecuencias negativas que el proceso de migración tenga sobre el cumplimiento de sus derechos.

Respecto de los hijos de migrantes que nacen en el país de destino con posterioridad a la llegada de sus padres, estos, por regla general, deberían adquirir la nacionalidad del Estado en que se asientan, en virtud del principio del *ius soli* (Organización Internacional para las Migraciones & Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, 2016, p. 9).

Ello implica que deben recibir un tratamiento igualitario, independientemente del status migratorio de sus padres. Sin embargo, es posible constatar cómo los niños, niñas y adolescentes nacidos en el país de destino sí han visto sus derechos vulnerados cuando los padres han sido calificados como *extranjeros transeúntes*, lo cual les niega la adquisición de la nacionalidad del Estado en que nacen. Esta negativa genera un problema en torno a la nacionalidad, y vulnera el derecho a la identidad personal de estos menores, tal como ha ocurrido en Chile hasta el año 2014, según se detallará más adelante.

Conforme lo señalado en la Opinión consultiva OC-21/14, “un apátrida es toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación. Esta condición podría originarse por varias razones, entre las cuales destaca. . . la interpretación. . . de legislaciones relativas a la adquisición de la nacionalidad” (Corte IDH, 2014, párr. 94), condición que puede generarse por varias razones, entre ellas la interpretación de legislaciones relativas a la adquisición de la nacionalidad. Al respecto, la Corte IDH “reitera que la apatridia ocasiona una condición de extrema vulnerabilidad”, por lo que los Estados deben identificarla, prevenirla y reducirla, “así como proteger a la persona apátrida” (2014, párr. 94).

Entre las causas resueltas por la Corte IDH, destaca la sentencia del caso de las niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, que señala lo siguiente:

Los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas, condición que es derivada de la falta de nacionalidad, cuando un individuo no califica bajo las leyes de un Estado para recibirla, como consecuencia de su privación arbitraria, o bien por el otorgamiento de una nacionalidad que no es efectiva en la práctica. La apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad. (2005, apdo. 142)

La situación de aquellos niños, niñas y adolescentes que permanecen en el país de origen cuando sus padres emigran ha sido particularmente invisibilizada, no obstante la evidente situación de vulnerabilidad en que se encuentran estos menores ante la desintegración de su familia en el marco del proceso migratorio, y la sensación de abandono y desprotección a que se pueden ver expuestos, sobre todo cuando quedan al cuidado de terceros. Se trata de un contexto en el cual la facilitación de la reunificación familiar se presenta como un deber para el Estado de destino. En ese sentido, la CITM dispone lo siguiente:

1. Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad, y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio.
2. Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo. (ONU, 1990, art. 44)

La presencia de menores no acompañados o separados de su familia fuera de su país de origen es, sin duda, una situación grave, que si bien históricamente se ha presentado con mayor frecuencia en Europa, merece atención en el continente americano ante el aumento del flujo migratorio. Variadas son las razones que pueden motivar que un niño, niña o adolescente

migrante se encuentre en situación de no acompañado; como señala Fuenzalida, “ninguna es más alentadora que otra. Entre ellas se encuentran la búsqueda de su familia, el abandono, la necesidad de escapar de conflictos armados, pobreza estructural, explotación laboral o sexual” (2017, p. 22).

Como se adelantó, esta situación ha sido abordada en la *Observación general n.º. 6* del Comité de Derechos del Niño. De acuerdo con las definiciones que en la misma se recogen, se señala que:

Se entiende por “niños no acompañados” (llamados también “menores no acompañados”) de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención, los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad. (2005, párr. 7).

También se determina qué se define como *niños separados*: aquellos “separados de ambos padres, o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes” adultos que cumplen el rol de acompañantes.

En la misma observación existe un párrafo abocado a las obligaciones determinadas por la CIDN en cuanto a menores no acompañados y separados de su familia, las cuales se extienden a todos los poderes del Estado, e incluyen la obligación de promulgar legislación, crear estructuras administrativas y articular las actividades necesarias para apoyar estas medidas (Comité de los Derechos del Niño, 2005). Tal como indica el mismo Comité, “estas obligaciones jurídicas tienen carácter tanto negativo como positivo, pues obligan a los Estados no sólo a abstenerse de medidas que infrinjan los derechos del menor, sino también a tomar medidas que garanticen el disfrute de estos derechos sin discriminación” (2005, párr. 13), lo cual incluye la prevención:

Las referidas responsabilidades no se circunscriben a dar protección y asistencia a los menores que están ya en situación de no acompañados o separados de su familia, pues incluyen también medidas preventivas de la separación. . . . Incluye también que los Estados han de tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados o separados de su familia lo antes posible, particularmente, en la frontera, a procurar la localización y, si resulta posible y redundante en el interés superior del menor, reunir lo antes posible a éste con su familia. (Comité de los Derechos del Niño, 2005, párr. 13)

En cuanto a otros ordenamientos jurídicos, la legislación española ha incorporado en su normativa la situación cuya revisión aquí se efectúa, mediante el artículo 35 de la *L. O. 4/2000* (11 de enero), sobre *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social*, modificada por la *LO 2/2009* (11 de diciembre), el cual se refiere a los menores no acompañados, y plantea que debe orientarse la decisión con el interés superior del niño como consideración primordial, reconociendo a los adolescentes mayores de 16 años y menores de 18 la capacidad para actuar en su proceso de repatriación.

En materia jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 23 de septiembre de 2014, en su fundamento de derecho 5, al resolver el caso de un menor no acompañado señala lo siguiente:

Un menor no acompañado, como expresa la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263) (INI), es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial y la protección

de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño. El interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas.

### El Caso Chileno

Desde el año 1990 se registra un crecimiento sostenido del flujo migratorio hacia Chile, tal como se ha dado cuenta en la sección introductoria de este trabajo, en tanto motivación del mismo.

En cuanto a la normativa aplicable en materia migratoria, Chile se encuentra en una situación compleja que merece pronta atención. Por un lado, rige la denominada Ley de Extranjería, que corresponde al Decreto Ley 1.094, dictado en 1975, de carácter restrictivo y que pone el acento en la seguridad nacional: tiene como objetivo resguardar el acceso, la permanencia y la salida de extranjeros del territorio nacional, así como permitir ejercer control sobre estos mientras se encuentran en el país, por lo que otorga facultades discrecionales a los órganos del Estado que intervienen en dichas funciones. Como afirma Fuenzalida,

Lo que se buscaba con esta norma al momento de su dictación era mantener fuera del país los peligros que podían traer las personas extranjeras, relacionados principalmente con la llegada de ideologías o movimientos contrarios al gobierno militar, por tanto, considera al extranjero como una amenaza a la seguridad pública. (2017, p. 54)

Por otro lado, a partir de la década de los 90, Chile comenzó a ratificar una serie de tratados internacionales de derechos humanos, por lo que fue necesario dar inicio a todo un proceso de adaptación y modificación de la normativa interna, en consonancia con el reconocimiento de los derechos esenciales de las personas, lo que en la actualidad redundó en un desafío para el ordenamiento jurídico chileno en torno a la revisión íntegra de la “configuración legislativa del estatuto jurídico del inmigrante” (Bassa & Torres, 2015, p. 103).

No obstante que, producto de las observaciones formuladas por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas al Estado de Chile, han sido dictadas dentro de la última década leyes vinculadas con el proceso migratorio, relativas a la protección de personas solicitantes de asilo y refugio (la Ley 20.430 de 2010, que tipifica el delito de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas; la Ley 20.507, de 2011 que versa sobre los requisitos para obtener la nacionalización; y la Ley 20.888, de 2016, también llamada Ley de Nacionalidad, que modifica el Decreto 5142 del Ministerio del Interior), la doctrina concluye la insuficiencia del derecho interno para enfrentar el fenómeno migratorio en constante crecimiento, como sostienen Bassa & Torres: “la normativa nacional pareciera no estar preparada para asumir los desafíos de este nuevo contexto migratorio” (2015, p. 108). Incluso el mismo Tribunal Constitucional chileno ha asumido que la denominada Ley de Extranjería (D. L. 1024, de 1975) “se trata de una norma preconstitucional. . . que refleja un esquema normativo de máxima discrecionalidad que admite masivas vulneraciones de derechos” (TC, rol 2273-2012-INA, 2013, cndo. 7).

El D. L. 1.094 no hace referencia a materias relativas a protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, no contempla el interés superior del niño como criterio rector ni considera los otros principios transversales en materia de infancia, como el derecho a ser oído conforme a la autonomía progresiva. Solo se refiere a los menores de 18 años en tres

disposiciones: en los artículos 14<sup>2</sup>, 16.4<sup>3</sup> y 55<sup>4</sup>. Así, es posible concluir que la normativa que actualmente rige la situación de los niños migrantes es dispersa, se sujeta a criterios discrecionales y se encuentra contenida en disposiciones de rango infralegal. En síntesis, en lo relativo a la infancia migrante, cabe afirmar que se trata de una legislación descontextualizada para el siglo XXI (Rojas, 2019).

La *Constitución de la República* reconoce las garantías constitucionales y los derechos esenciales de las personas consagrando la universalidad en su ejercicio (art. 1), de ahí que la igualdad ante la ley (art. 19), la prohibición de discriminación y la libertad de circulación (art. 19.7.a.) sean prerrogativas transversales a todas las personas y, por tanto, plenamente aplicables a los migrantes. Dichas garantías se completan con las normas contenidas en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, las que, conforme indica el inciso 2 del artículo 5 de la norma suprema chilena, pasan a integrar el ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, su precisión debe efectuarse en la órbita de la función regulativa del legislador. Es la ley la que debe desarrollar el ejercicio del derecho, “completando la indeterminación constitucional o, bien, restringiendo su ejercicio” (Díez Picazo, 2005, p. 99).

El Comité de los Derechos del Niño (2015), en sus observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto, se refiere a los niños en situación de migración:

El Comité toma nota de los pasos dados por el Estado parte para incrementar la regularización de los niños en situación de migración y su acceso a servicios de salud y educación. Sin embargo, le preocupa que la actual ley sobre la migración no haga referencia directa a los derechos y garantías de los niños. También le preocupa la existencia de procedimientos administrativos que siguen dificultando la inscripción de los nacimientos y el acceso a servicios educativos y de atención de la salud.

El Comité recomienda al Estado parte que:

- a) Apruebe su nueva legislación sobre la migración y se asegure de que haga referencia directa a los derechos y garantías de los niños;
- b) Difunda los reglamentos vigentes entre los servicios e instituciones públicas, en particular los registros civiles, los centros educativos y los servicios de salud, y garantice su cumplimiento;

2 “El padre, la madre, el guardador o la persona encargada del cuidado del extranjero menor de 18 años residente en el país, están obligados a impetrar las prórrogas, visas y permisos que al menor correspondan.

En caso de no existir ninguna de las personas a que se refiere el inciso anterior, el menor de 18 años podrá permanecer en Chile, en la misma condición de residencia de su ingreso, hasta cumplir esta edad. Dentro del plazo de tres meses siguientes a la fecha en que cumpla los 18 años de edad, deberá solicitar la permanencia definitiva o la visación que corresponda”. (“Decreto Ley 1.904”, 1975, art. 14)

3 “Podrá impedirse el ingreso al territorio nacional de los siguientes extranjeros:

4.- Los menores de 18 años que viajen a Chile sin ser acompañados de su padre, madre o guardador y carezcan de autorización escrita de uno de ellos o del Tribunal competente, debidamente refrendada por autoridad chilena.” (“Decreto Ley 1.904”, 1975, art. 16)

4 “El extranjero menor de 18 años que haya ingresado en el país en calidad de turista, debidamente autorizado por alguna de las personas y en la forma indicada en el artículo 16, n°. 4, se entenderá de pleno derecho facultado para abandonar el territorio nacional en virtud de la misma autorización.

El extranjero menor de 18 años que haya ingresado en calidad de turista, en compañía de su representante legal, y quisiera salir del país sin éste, deberá contar con la autorización indicada en el inciso anterior.

Tratándose de extranjeros menores de 18 años residentes en el país, se estará a lo dispuesto en la ley n°. 16.618. Si las personas llamadas a dar su autorización para la salida de menores extranjeros del país no pudieren o no quisieren otorgar tal autorización, ésta podrá ser suplida por el juez de menores competente. Igual procedimiento deberá aplicarse respecto de los menores que ingresaren en el país ilegalmente.” (“Decreto Ley 1.904”, 1975, art. 55)

- c) Lleve a cabo un plan integral de inclusión social de los migrantes, entre otras cosas mediante campañas de concienciación para promover el respeto y la inclusión. (párrs. 77-78)

En este contexto, en 2018 y en el presente año, 2019, han sido formuladas por el ejecutivo ya cuatro indicaciones al proyecto de Ley de Migración y Extranjería –presentado el 20 de mayo de 2013 y contenido en el *Boletín 8970-06*–, con las que se busca incentivar la discusión parlamentaria y poner en marcha la política nacional de migración. No obstante, no se divisa un avance en el reconocimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes.

En las próximas líneas se llevará a cabo una breve revisión de la situación en que, conforme la normativa actualmente vigente en Chile, son abordados los derechos esenciales de la niñez migrante. Estas prerrogativas, ante la falta de legislación específica y actualizada, han debido complementarse con disposiciones sectoriales, mediante políticas públicas focalizadas que apunten a resolver problemas cotidianos de las personas migrantes, relativos a prestaciones básicas, fundamentalmente vinculadas a materias de salud y educación.

### **Nacionalidad de niños, niñas y adolescentes nacidos en Chile con posterioridad a la migración de sus padres**

Conforme el artículo 10.1 de la *Constitución Política de Chile*, la nacionalidad chilena se adquiere por *ius soli*, y se reconoce como excepción, según señala Ribera, “que determinadas personas, en razón a la categoría o situación jurídica que detentan o se encuentran sus padres no adquieran de pleno derecho la nacionalidad chilena” (2004, p. 6): es este el caso de hijos de extranjeros con categoría de transeúntes.

El atentado contra el derecho a la identidad y el derecho a adquirir una nacionalidad –en tanto elemento del primero– de los menores es consecuencia de una interpretación efectuada por el órgano administrativo que calificaba a los extranjeros en situación migratoria irregular como extranjero transeúnte. Al respecto cabe tener en cuenta dos cuestiones: la discrecionalidad del órgano administrativo en la calificación, y el hecho de que tal circunstancia de interpretación de la norma relativa a la adquisición de la nacionalidad sea la causa de apatridia. Recibir dicha calificación llevó en definitiva a que los hijos de tales personas no fueran inscritos como chilenos, a pesar de haber nacido en el territorio nacional. La situación se torna más grave aún respecto de los niños, niñas y adolescentes que tampoco pudieron ser inscritos con la misma nacionalidad de sus padres, debido a que la legislación del país de origen no contempla el principio del *ius sanguinis*, lo cual los dejó en condición de apátridas, con lo cual se incumple la obligación del Estado de prevenir tal situación, conforme lo dispuesto en el artículo 7 de la CIDN, pues priva a estos menores del acceso y ejercicio de otros derechos fundamentales, respecto de los cuales la nacionalidad es un presupuesto básico.

Según cifras del Servicio de Registro Civil e Identificación, contenidas en el oficio Ordinario 0614, de 14 de septiembre de 2016, hasta el año 2016 se registraban 2,385 casos de hijos de extranjeros transeúntes (INDH, 2016). Ya que se trata de una interpretación discrecional de la autoridad administrativa, hasta 1995 el factor al que se atendía para efectuar la calificación radicaba en la permanencia. Así, si se trataba de extranjeros que no cumplían aún un año de permanencia continuada en el país, se les calificaba como transeúntes. A partir de 1995, mediante oficio 6.241 del Ministerio del Interior, del 25 de octubre de ese año, se calificó como extranjeros transeúntes a todos aquellos que se encontraban en el país en situación de

residencia transitoria –como los turistas y los tripulantes– o en forma irregular en el territorio nacional. En el año 2014, con el objeto de corregir la grave vulneración de derechos en que se estaba incurriendo con la interpretación antes referida, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, mediante el oficio 27,601, del 14 de agosto, señaló que “las únicas situaciones en que una persona nacida en territorio nacional puede ser considerada en la condición de hijo de extranjero transeúnte, es en los casos que ambos progenitores tengan la calidad migratoria de turista o tripulante según la normativa migratoria” (Fuenzalida, 2017, pp. 92-93). Sin embargo, el referido oficio no se pronunció respecto de los casos ya resueltos conforme la anterior interpretación, por lo que actualmente siguen existiendo menores en situación de hijos de extranjeros transeúntes, quienes carecen de nacionalidad chilena y, peor aún, de nacionalidad.

Resulta importante destacar que la Corte Suprema chilena, antes de que se hubiere implementado el último criterio en el año 2014, ya había dado pasos en pos del reconocimiento de los derechos esenciales de niños, niñas y adolescentes migrantes, resolviendo en las causas sometidas a su conocimiento, por vía de la acción de reclamación de nacionalidad, conforme el artículo 12 de la Constitución Política de la República, la grave vulneración de derechos que afectaba a estos sujetos, sosteniendo que las personas con permanencia demostrada en el país no se ajustaban al concepto de extranjero transeúnte. En ese sentido, emitió la sentencia del enero de 2014, en causa rol 10.897-2014, considerando 8, y la sentencia del 1 de abril de 2014, en causa rol 14.657-2013, considerando 8.

### **Situación de los menores de edad no acompañados**

Como se revisó anteriormente, las orientaciones proporcionadas por la *Observación general n.º 6* del Comité de los Derechos del Niño (2005), abordan fundamentalmente la protección de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Al respecto, plantean la articulación de medidas judiciales, administrativas y legislativas que se proyectan en sentido negativo –el Estado debe abstenerse de adoptar medidas que infrinjan los derechos del menor– y también positivo –mediante la adopción de medidas que garanticen el disfrute de esos derechos sin discriminación, las cuales incluyen la localización de los miembros de la familia y la reunificación familiar, si el interés superior del niño así lo aconseja–.

Esta situación se contempla en forma somera, como se señaló anteriormente, en el artículo 16.4 del D. L. 1.094 (1975), el cual claramente no cumple con la protección de los derechos esenciales de los niños, niñas, y adolescentes en situación de migración, ni con las orientaciones planteadas por el Comité de los Derechos del Niño (2005), pues en vez de acoger y proteger, resuelve prohibir el ingreso al territorio nacional de los menores de 18 años que lleguen al país sin estar acompañados por su padre, madre o guardador.

### **Salud**

La *Resolución exenta 1.914*, del Departamento de Extranjería y Migración (2008), proporciona a niños, niñas y adolescentes migrantes menores de 18 años acceso a la atención en los establecimientos de la red pública de salud, en igualdad de condiciones que los ciudadanos chilenos.

Respecto de los migrantes en situación irregular, conforme la circular A 15/06 del Ministerio de Salud (2015), los niños, hasta los 18 años de edad, cuentan con atención y todas las prestaciones de salud, “incluidas las del programa de apoyo al desarrollo biopsicosocial y las del programa de apoyo al recién nacido” (Fuenzalida, 2017, p. 69).

## Educación

En esta materia, al igual que en la situación anteriormente referida, las disposiciones sectoriales complementan la normativa; al respecto, es relevante el convenio celebrado entre el Departamento de Extranjería y Migración, y el Ministerio de Educación, contenido en el oficio circular 1.179 del Departamento de Extranjería y Migración (2003), en virtud del cual los niños, niñas y adolescentes migrantes cuentan con la posibilidad de obtener un permiso de residencia de estudiantes menores de edad, con independencia del status migratorio de sus padres.

Para contar con ella, dicha norma establece como requisito la acreditación de que el menor esté matriculado, ya sea de manera provisoria o de manera definitiva, en una institución que cuente con reconocimiento del Estado. Sin embargo, existe una dificultad respecto de la posibilidad de efectuar la matrícula: en muchos casos, para ello se requiere documentación referida a la situación de los padres, quienes, de encontrarse en irregularidad, posiblemente no quieran correr el riesgo de develar su situación ante un establecimiento vinculado al Estado.

Respecto de los menores no acompañados, la situación se torna aún más compleja, porque requieren contar con los antecedentes que acrediten la tutoría o custodia, y, en caso de ser el tutor un extranjero, este debe acreditar su residencia en el país (Godoy, 2019).

## Conclusiones

De la mano de las sucesivas interpretaciones efectuadas por las autoridades administrativas que aplican las normas de extranjería, vigentes desde el año 1975, es posible comprobar como en Chile, efectivamente, se han producido vulneraciones a los derechos esenciales de niños, niñas y adolescentes migrantes. La actual normativa chilena es parcial y de rango infralegal, además de estar conformada por un cuerpo normativo preconstitucional y preconvenional, con un enfoque de protección de la seguridad nacional que otorga atribuciones discrecionales a las autoridades administrativas, las cuales dan lugar a la vulneración de derechos de las personas migrantes en general y de los menores de edad migrantes en particular.

El sistema jurídico chileno debe contextualizar su normativa migratoria incorporando la protección, promoción y respeto por los derechos esenciales de los niños, niñas y adolescentes migrantes, en clara sintonía con las prerrogativas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos a favor de la infancia.

Se han realizado esfuerzos por superar los vacíos y falencias existentes en el reconocimiento y ejercicio de los derechos esenciales de los menores migrantes, supliendo la falta normativa con disposiciones de carácter administrativo y sectorial, apoyándose en convenios en torno a materias específicas vinculadas con prestaciones básicas y cotidianas que requieren las personas para su vida en sociedad —salud y educación como servicios primarios—, las cuales, en todo caso, dejan frentes abiertos, especialmente respecto de las personas que se encuentran en un status migratorio irregular.

También se han llevado a cabo esfuerzos en cuanto a la creación y difusión de programas en la política nacional migratoria, por ejemplo, el programa Chile Reconoce, que es una vía para reparar las vulneraciones por parte del Estado a las personas calificadas como hijos de extranjeros transeúntes, así como la situación de apatridia, ambas consecuencia de la interpretación de parte del órgano administrativo en cuestión. Respecto del proyecto de Ley de Migración en actual tramitación, en atención al cual ya han sido presentadas cuatro indicaciones por parte

del Ejecutivo (10 de abril, 23 de octubre y 18 de diciembre de 2018; y 8 de enero de 2019), si bien este contiene disposiciones que representan un claro avance en el reconocimiento de los derechos esenciales de las personas migrantes, coincidimos con las observaciones efectuadas por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos en su *Informe sobre Proyecto de Ley de Migración y Extranjería y las Indicaciones Presentadas* (2018): respecto de la situación de niños, niñas y adolescentes migrantes, se sigue sin considerar el principio del interés superior del niño como principio rector en el proceso migratorio. En cuanto a la adquisición de la nacionalidad de parte de los hijos de migrantes nacidos en Chile, se continúa efectuando una diferencia de trato en razón de la situación de los padres, que depende de si esta es irregular –en tal caso solo es posible adquirir la nacionalidad chilena acreditando que es imposible optar por otra– o regular –adquisición inmediata de la nacionalidad por *ius soli*–. Por último, respecto de los menores de 18 años que no se encuentran acompañados al momento de ingresar al país o no cuentan con la autorización correspondiente, dichas situaciones se resuelven con el inicio de un procedimiento de retorno asistido, sin considerar las directrices contempladas en la *Observación general n.º. 6* del Comité de los Derechos del Niño.

Por último, resulta crucial insistir en la perspectiva constructiva y reparadora de la vulnerabilidad, en particular en el caso de la niñez migrante, y las posibilidades de lograr incorporar la satisfacción y el ejercicio de sus derechos esenciales como una tarea universal que compete a todos, para lograr formar adultos plenos en nuestras sociedades.

## REFERENCIAS

- Bassa, J. & Torres, F. (2015). Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. *Estudios Constitucionales*, 13(2), 103-124.
- Basset, U. (2017). La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos. En U. Basset, H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon & J. Laferrière (Dirs.), *Tratado de la vulnerabilidad* (pp. 19-40), Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters.
- Cámara de Diputados de Chile. (2013, 4 de junio). *Boletín 8970-06, Proyecto de Ley de Migración y Extranjería*. Santiago de Chile, Chile: Autor.
- Comité de los Derechos del Niño. (2005, 1 de septiembre) *Observación general n.º. 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño. (2015, 30 de octubre). *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, CRC/C/CHL/CO/4-5*.
- Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2018). *Informe sobre Proyecto de Ley de migración y extranjería y las indicaciones presentadas*. Santiago de Chile, Chile. Recuperado de <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1138/Informe.pdf?sequence=4>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005, 8 de septiembre). *Sentencia de la Corte IDH (Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana)*. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_130\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014, 19 de agosto). Opinión consultiva OC-21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional.
- Corte Suprema de Chile. (2014a, 14 de enero). Sentencia de la Corte Suprema, Rol 10.897-2014. Recuperado de [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl)
- Corte Suprema de Chile. (2014b, 1 de abril). Sentencia de la Corte Suprema, Rol 14.657-2013. Recuperado de [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl)
- Decreto 100, Fija el texto refundido, dinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. (2005, 22 de septiembre). *Diario Oficial de la República de Chile*. Santiago, Chile.

- Decreto Ley 1.094. (1975, 19 de julio), *Diario Oficial de la República de Chile*. Santiago, Chile.
- Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior de Chile. (2008, 10 de marzo). *Resolución exenta 1.914*. Santiago, Chile.
- Departamento de Extranjería y Migración, Ministerio del Interior y Seguridad Pública. (s. f). *Estadísticas migratorias*. Recuperado de <https://www.extranjeria.gob.cl/estadisticas-migratorias/>
- Departamento de Extranjería y Migración, Ministerio del Interior de Chile. (2003, 18 de enero). *Oficio circular 1.179*. Santiago, Chile.
- Díez Picazo, L. (2005). *Sistema de Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Thomson-Civitas.
- Fuenzalida, D. (2017). *Niños, niñas y adolescentes migrantes en Chile: Derecho y justicia* (tesis de maestría). Universidad de Chile, Santiago. Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/151559/ninos-ninas-y-adolescentes-migrantes-en-Chile-derecho-y-justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Fulchiron, H. (2017). Acerca de la Vulnerabilidad y de las personas vulnerables. En U. En U. Basset, H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon & J. Laferrière (Dirs.), *Tratado de la vulnerabilidad* (pp. 3-14), Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters.
- Godoy, Y. (2019). El ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes Irregulares en Chile. En C. Aedo & A. Mondaca (Eds.), *Estudios de derecho de familia IV* (pp. 101-112), Santiago, Chile: Legalpublishing.
- Instituto Nacional de Derecho Humanos. (2016). *Informe anual*. Recuperado de <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2017/01/Informe-Anual-INDH-2016.pdf>
- Ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes. (2014, 4 de diciembre). *Diario Oficial de la Federación*. México DF, México.
- Ley Orgánica 4/2000, Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (2000, 12 de enero). *Boletín Oficial del Estado*. Madrid, España.
- Ministerio de Salud de Chile. (2015, 9 de junio). *Atención de salud de personas inmigrantes, circular A 15/06*. Santiago, Chile.
- Organización de Estados Americanos. (1969, 22 de noviembre). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica.
- Organización de las Naciones Unidas. (1989, 20 de noviembre). *Convención internacional de los derechos del niño*. Nueva York. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas. (1990, 18 de diciembre). *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica. Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cmw\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cmw_SP.pdf)

- Organización de las Naciones Unidas. (2000, 15 de noviembre). *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*. Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica. Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf)
- Organización Internacional para las Migraciones & Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR. (2016). *Derechos humanos de la niñez migrante*. Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/02/Derechos-Humanos-de-la-Ninez-Migrante.pdf>
- Palummo, J. & Vaccotti, M. (2016), *Derechos humanos de la niñez migrante* [cuadernillo n.º. 2], Recuperado de <http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/02/Derechos-Humanos-de-la-Ninez-Migrante.pdf>.
- Ribera, T. (2004), La nacionalidad chilena ante la jurisprudencia y la práctica administrativa. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo CI, (1), 1-24.
- Rojas, O. (2019). *Migración e infancia en Chile, una legislación descontextualizada para el siglo XX*. Recuperado de <https://www.revistasur.cl/revistasur.cl/2018/08/migracion-e-infancia-en-chile-una-legislacion-descontextualizada-para-el-siglo-xxi/>
- Tribunal Constitucional de Chile. (2013, 4 de julio). *Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 2273-2012-INA*. Recuperado de <https://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias>
- Tribunal Supremo de España. (2014, 23 de septiembre). *Sentencia de Tribunal Supremo 453/2014*. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/NOTAS%20DE%20PRENSA/TS%20Civil%20Pleno%2023-09-2014.pdf>



# LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO DE NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES FRENTE A LA POLÍTICA DE TRUMP

*María Isabel Huamani Chávez*<sup>1</sup>  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Categoría Estudiantes

## **Resumen**

En la presente investigación, en primer lugar, se expone de manera breve la implementación de la política de *tolerancia cero* del gobierno del presidente Trump. Luego, se determinan las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos respecto de niños y niñas migrantes no acompañados de sus familias asumidas por Estados Unidos. De esta manera, se analiza si el Estado norteamericano vulnera sus obligaciones internacionales, a partir del contenido de la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (Organización de Estados Americanos, 1948), y otros instrumentos internacionales vinculantes. Seguidamente, se brinda información sobre dos casos emblemáticos, los de la Sra. L y S. S., y el del Sr. Mario, en los estados federales de California y Texas respectivamente, para establecer la posible responsabilidad internacional. Por último, se ofrecerá recomendaciones con enfoque de derechos humanos para establecer una adecuada política migratoria.

En 2007, la oficina de Aduanas y Protección Fronteriza (CBP, por sus siglas en inglés) detuvo a 90,000 niñas y niños, en su mayoría del oeste americano de la frontera de los Estados Unidos (EE. UU.), según los datos de un informe de Women's Refugee Commission & Orrick, Herrington & Sutcliffe (2009). Ello es consecuencia, en parte, de la nueva política migratoria de *tolerancia cero* de la administración Trump. De esta manera, la mayoría de los niños y niñas son separados de sus familias, para así terminar como menores no acompañados en EE. UU. Como respuesta, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió una medida cautelar el 20 de agosto de 2018, en la cual manifestaba que los derechos de los niños y niñas a la vida y la integridad familiar, y la identidad se podrían encontrar en situación de riesgo. Según la CIDH, existía un doble impacto generado por la pérdida del vínculo con la familia: por un lado, uno de carácter físico y, por otro, uno de carácter emocional y psicológico.

---

1 Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

A continuación, en el primer apartado se realiza un análisis de las obligaciones internacionales relacionadas a la situación de niños y niñas migrantes, con respecto a la política migratoria de la administración Trump. Luego, en el segundo apartado se expone las obligaciones internacionales vinculantes a EE. UU. en materia de niños y niñas migrantes. Dichas obligaciones se encuentran divididas en principios y derechos. Además, se muestran dos casos emblemáticos que tuvieron lugar en los estados de California y Texas, para a partir de ello observar cómo el Estado norteamericano ha vulnerado sus obligaciones. Finalmente, en el tercer apartado se brindan recomendaciones generales con un enfoque de derechos humanos, con el objetivo de proteger ante todo el interés superior de los niños y niñas migrantes no acompañados de sus familias.

### **Las Obligaciones Internacionales, en Materia de Derechos Humanos, Asumidas por los Estados Unidos de América Acerca de Niños y Niñas Migrantes No Acompañados de sus Familias**

El objetivo de este apartado es mostrar las normas internacionales incorporadas en el ordenamiento americano para luego determinar si es posible imputar responsabilidad internacional a EE. UU. por su violación.

Durante el desarrollo de este apartado se utilizarán los siguientes términos en el contexto de la migración internacional, tal como figuran en la *Opinión consultiva OC-21/14* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- A. Niña o niño no acompañado: niña o niño que está separado de ambos progenitores y otros parientes y no está al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.
- B. Niña o niño separado: niña o niño separado de ambos progenitores o de sus tutores legales habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede encontrarse acompañado por otros miembros adultos de la familia.
- C. Estatus migratorio: situación jurídica en la que se encuentra un migrante, de conformidad con la normativa interna del Estado de acogida o receptor.
- D. Estado de acogida o Estado receptor: Estado al cual se moviliza la persona, sea de tránsito o de destino.
- E. Protección internacional: aquella protección que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o de residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva. (2014, párr. 49)

El objeto puntual de la investigación son los niños y niñas no acompañados de sus padres en los estados federales de California y Texas, en EE. UU., el cual es el Estado receptor. Al respecto, se analizan las políticas migratorias de la administración Trump en el contexto de la protección internacional sobre la base de las obligaciones internacionales de derechos humanos asumidas por el Estado norteamericano.

Cabe mencionar que California y Texas han sido elegidos como los lugares geográficos de análisis porque, de acuerdo al Sistema Mundial de Procesamiento de Admisiones de Refugiados en el año 2017, los estados federales mencionados recibieron el 10 % (4,183) y 9 % (3,871) de casos respectivamente.

Así, se analizarán las obligaciones internacionales de derechos humanos, materializadas en

principios y derechos, e incorporadas en el ordenamiento interno estadounidense, para luego determinar la vulneración a estas y, de ahí, su posible responsabilidad internacional.

### **Obligación del Estado de respetar el principio de no discriminación e igualdad ante la ley**

EE. UU. firmó el 30 de abril de 1948 y ratificó el 15 de junio de 1951 la *Carta de los Estados Americanos*. En el capítulo II de la misma se indica que “los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana **sin hacer distinción** de raza, **nacionalidad** [énfasis añadido], credo o sexo” (art. 3, letra 1). A su vez, este país firmó el 5 de octubre de 1977 y ratificó el 8 de junio de 1992 el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en el cual se indica lo siguiente:

**Todo niño tiene derecho, sin discriminación** alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, **origen nacional o social** [énfasis añadido], posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. (art. 24)

Por último, en la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (en adelante *Declaración Americana*), se indica lo siguiente: “todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración **sin distinción** de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna [énfasis añadido]” (Organización de Estados Americanos [OEA], 1948, art. II).

En suma, estos instrumentos internacionales obligan a EE. UU. a dar cumplimiento al compromiso internacional de respetar la igualdad entre todos los seres humanos ante la ley, sin perjuicio de su nacionalidad.

### **Obligación del Estado de respetar el principio de no devolución (*non-refoulement*)**

Por un lado, en la *Declaración Americana* se señala que “todo ser humano tiene derecho a la vida, a la **libertad y a la seguridad de su persona** [énfasis añadido]” (OEA, 1948, art. I). Asimismo, acerca de la detención arbitraria se indica que

**nadie puede ser privado de su libertad** [énfasis añadido] sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. **Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad** [énfasis añadido]. (OEA, 1948, art. XXV)

Por último, en la misma declaración se indica lo siguiente:

Toda persona tiene el **derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero** [énfasis añadido], en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales. (OEA, 1948, art. XXVII)

En suma, a partir de una interpretación sistemática de los tres artículos de la *Declaración Americana*, se desprende que existe un derecho al asilo que de manera implícita contiene el principio de no devolución. Sin embargo, incluso si esa interpretación no es válida, el princi-

pio de *non-refoulement* es una norma convencional y consuetudinaria del Derecho Internacional, y de obligatorio cumplimiento para EE. UU.

En primer lugar, se trata de una norma convencional, ya que EE. UU. es Estado parte del *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, que indica que “los Estados Partes en el presente Protocolo se obligan a aplicar **los artículos 2 a 34 inclusive de la Convención** [énfasis añadido] a los refugiados que por el presente se definen” (art. 1.1). Así, cabe remitirse al artículo 33 de la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, que señala lo siguiente:

Artículo 33. -- Prohibición de expulsión y de devolución (“refoulement”)

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, **poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas** [énfasis añadido].

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país. (Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR], 1951)

En segundo lugar, es norma consuetudinaria regional, ya que en la *Declaración de los Estados Partes de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptada el 13 de diciembre de 2001, y en el *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, del cual EE. UU. es Estado parte, se señala que se está “[a]ceptando la continua relevancia y adaptabilidad de este régimen internacional de derechos y principios, centrado en el principio de no devolución (*non-refoulement*) cuya aplicabilidad se inserta en el derecho consuetudinario internacional” (2001, párr. 4).

Así, las fuentes del principio de no devolución se encuentran en el *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados* y en la *Declaración de los Estados Partes de la Convención*, así como en los artículos I, XXV y XXVII de la *Declaración Americana*. En suma, estos son instrumentos internacionales vinculantes para EE. UU. en cuanto al principio de *non-refoulement*.

### **Obligación del Estado de respetar el principio de no detención de niños y niñas**

En la *Declaración Americana* se indica que “**nadie puede ser privado de su libertad** [énfasis añadido] sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes” (OEA, 1948, art. XXV). Asimismo, en *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas* se plantea el concepto amplio de *privación de libertad*, documento que en su disposición general señala lo siguiente:

No solo como la detención, encarcelamiento, institucionalización o custodia de una persona. . . ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad. . . sino también a las personas que estén bajo la responsabilidad de instituciones como. . . **centros para migrantes** [énfasis añadido], refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados. (CIDH, 2008, párr. 1)

Así, la privación de libertad en centros para migrantes, respecto a niños y niñas no acompañados, se justifica en tanto se respeten los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Por ello, en el documento antes citado se indica que “la privación de libertad de niños y niñas deberá aplicarse como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y deberá limitarse a casos estrictamente excepcionales” (CIDH, 2008, principio III, núm. 1).

En conclusión, el principio de no detención de niños y niñas es de *ultima ratio*: su aplicación debe realizarse de manera excepcional, ya que el ser privado de libertad se encuentra amparado en el artículo XXV, párrafo 1 de la *Declaración Americana*, de vinculatoriedad obligatoria para EE. UU.

### **Obligación del Estado de respetar las garantías mínimas del debido proceso**

En la *Declaración Americana* se señala lo siguiente:

Se presume que **todo acusado es inocente**, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene **derecho a ser oída en forma imparcial y pública**, a ser **juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes** [énfasis añadido] preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas. (OEA, 1948, art. XXVI)

Sumado a ello, la CIDH se manifestó al respecto en el *Informe n.º. 63/08* del caso 12.534, y en el artículo XXVI de la *Declaración Americana* se indica lo siguiente:

Negar a una alegada víctima la protección del artículo XXVI simplemente en virtud de la naturaleza de los **procedimientos de inmigración contradiría el objeto mismo de esta disposición y su propósito** [énfasis añadido] de examinar de cerca los procedimientos mediante los cuales se establecen los derechos, las libertades y el bienestar de las personas bajo la jurisdicción del Estado. (2008, párr. 83)

Por ello, es claro que los procedimientos de inmigración de los niños y niñas llevados a cabo en la frontera norteamericana deben respetar el derecho a ser oído, a ser juzgado por un tribunal conforme a ley y a no sufrir la imposición de penas crueles, como está tipificado en el artículo XXVI de la *Declaración Americana*, en concordancia práctica con el interés superior del niño. En otras palabras, las decisiones judiciales relativas a la entrada, permanencia, expulsión o detención de niños y niñas migrantes deben respetar los derechos mencionados evaluando, considerando y protegiendo de la manera más idónea el interés superior de la niña o el niño afectado.

### **Obligación del Estado de respetar el derecho vida familiar y protección de la unidad familiar**

En la *Declaración Americana* se señala que “toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar” (OEA, 1948, art. V). Por ello, a la luz del derecho a la vida familiar y la aplicación del interés superior del niño, es posible interpretar que frente a una medida que restrinja la unidad familiar en el contexto migratorio se debe optar por medidas menos lesivas que preserven y mantengan el vínculo familiar. Es decir, lo anterior debe ocurrir sin imponer un sacrificio desproporcional de la privación de libertad de los miembros integrantes de la familia, como lo son los niños y niñas migrantes.

En conclusión, existen obligaciones internacionales vinculantes para EE. UU., las cuales se encuentran en la *Declaración Americana* y otros instrumentos internacionales. Por ello, dicho país debe respetar, garantizar y promover los principios de no discriminación e igualdad ante la ley, de no devolución, y de no detención de niños y niñas, así como las garantías mínimas del debido proceso, y el derecho a la vida familiar y la protección de la unidad familiar.

### **La Eventual Comisión de Actos Ilícitos Internacionales y la Posible Responsabilidad Internacional de Estados Unidos, en Materia de Derechos Humanos de los Niños y Niñas Migrantes No Acompañados de sus Familias**

El objetivo de este apartado es mostrar la posibilidad de que se hayan cometido hechos ilícitos internacionales en los estados federales de California y Texas en el marco de la aplicación de la política migratoria de tolerancia cero. De ahí, se determinará la posible responsabilidad internacional de EE. UU. en materia de derechos humanos acerca de niños y niñas migrantes no acompañados de sus familias.

Cabe mencionar que se determinó analizar específicamente la situación en los estados federales de California y Texas debido a que es el ámbito geográfico del suroeste norteamericano el que más casos presenta. De acuerdo al Sistema Mundial de Procesamiento de Admisiones de Refugiados, en el año 2017 los estados federales mencionados recibieron el 10 % (4,183) y el 9 % (3,871) respectivamente, de la totalidad de solicitudes de asilo. Así, el 6 de abril de 2018, el procurador general del Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ, por sus siglas en inglés<sup>2</sup>), Jeff Sessions, anunció la necesidad de una política de tolerancia cero respecto de los delitos de entradas incorrectas de extranjeros, debido a un aumento del 203 % en tales cruces de frontera desde marzo de 2017:

Quienes deseen desafiar el reto de la Administración Trump en torno a la seguridad pública, la seguridad nacional y el estado de derecho, les advierto: entrar ilegalmente en este país no será recompensado, sino que se enfrentará con todos los poderes fiscales de los estados.

Por ello, exhorto a todos los fiscales de los estados a que promuevan y hagan cumplir el Estado de Derecho dado que es vital para proteger a la nación, sus fronteras y sus ciudadanos. Ustedes juegan un rol fundamental para lograr estos objetivos y agradezco los esfuerzos continuos para garantizar nuestras leyes, así como nuestra nación, sean respetadas.<sup>3</sup> (DOJ, 2018)

Desde dicha fecha hasta la actualidad, el DOJ y las demás instituciones federales de dicho país han desarrollado una política migratoria de tolerancia cero.

### **La eventual comisión de hechos ilícitos internacionales en el marco de la aplicación de la política migratoria de tolerancia cero de la administración Trump**

El DOJ considera el cruce ilegal de fronteras como un delito menor ( *misdemeanor*), lo cual implica que la condena correspondiente puede abarcar desde unos pocos días hasta seis meses. Dichas condenas se rigen por las cortes penales federales, de acuerdo al capítulo 18 §3559 del Código de los Estados Unidos (USC, por sus siglas en inglés<sup>4</sup>). Sin embargo, los niños y niñas que acompañan a sus padres en el cruce ilegal de fronteras son considerados *niños extranjeros no acompañados* por la legislación americana. Para ser categorizados así, se requiere que los niños y niñas sean menores de 18 años y no exista ninguna persona que pueda estar a su car-

2 Department of Justice

3 “To those who wish to challenge the Trump Administration’s commitment to public safety, national security, and the rule of law, I warn you: illegally entering this country will not be rewarded, but will instead be met with the full prosecutorial powers of the Department of Justice. To the Department’s prosecutors, I urge you: promoting and enforcing the rule of law is vital to protecting a nation, its borders, and its citizens. You play a critical part in fulfilling these goals, and I thank you for your continued efforts in seeing to it that our laws—and as a result, our nation—are respected.”

4 United States Code

go, de acuerdo al capítulo 6 §279(g)(2) del USC (2012). En consecuencia, son derivados al Departamento de Salud y Servicios Humanos (HHS, por sus siglas en inglés<sup>5</sup>) y/o a la Oficina de Reasentamiento de Refugiados (ORR, por sus siglas en inglés<sup>6</sup>).

Desde la implementación de la política de tolerancia cero en 2017, aproximadamente 3,000 menores han sido separados de sus padres. Casi 100 de estos niños y niñas tienen menos de 5 años de edad, de acuerdo a la declaración institucional emitida por el HHS el 13 de julio de 2018. A modo de ejemplo, se mostrarán dos casos emblemáticos que tuvieron lugar en los estados federales de California y Texas.

### **Estado federal de California: caso Sra. L y S. S.**

A raíz de la demanda interpuesta por la Unión Americana para las Libertades Civiles (ACLU, por sus siglas en inglés<sup>7</sup>) en representación de la Sra. L en el caso Sra. L vs. Immigration and Customs Enforcement, Department of Homeland Security, Customs and Border Protection, Department of Health and Human Services, Office of Refugee Resettlement, Citizenship and Immigration Services, se dio a conocer este caso. En primer lugar, en la descripción de los hechos se indicó que la Sra. L y su hija S. S., de 39 y 7 años respectivamente, son de la República Democrática del Congo. Ambas se dirigían hacia EE. UU. a solicitar asilo. El 1 de noviembre de 2017, se presentaron en el puerto de San Ysidro en California. Al exponer su situación ante las autoridades, en su idioma natal lingala y en mucha menor medida en inglés, se procedió a realizar la entrevista inicial de *miedo certero*, conforme el proceso preestablecido. Sin embargo, la Sra. L estuvo retenida por cuatro meses en la mesa de detención de Otay en San Diego, y luego fue separada de su menor hija. Cabe mencionar que, al ser el miedo certero cierto, lo adecuado habría sido que fuese liberada bajo libertad condicional.

Así, el 5 de noviembre de 2017 se separó a la Sra. L de su hija, S. S., ya que esta última fue enviada a una casa de refugio administrada por la ORR en Chicago, más de 3,400 kilómetros al noreste. Durante el tiempo de separación, la Sra. L conversó vía telefónica con S. S. solo seis veces.

Debido a esta situación, ACLU asumió el patrocinio del caso, alegando la vulneración de los siguientes derechos:

#### **1.-Violación del debido proceso**

A la luz de la quinta enmienda al USC. Esta cláusula es de aplicación para todas las personas en el territorio americano, por lo que la Sra. L y su hija S.S. caben en el supuesto. Asimismo, no existe algún propósito legítimo de parte de las autoridades administrativas para la separación de ambas, dado que no existe evidencia de que la Sra. L haya actuado en contra del mejor interés hacia su hija, S.S. También, se indica que la separación violó el debido proceso en tanto que se realizó sin ninguna audiencia.

#### **2.- Violación de la situación de asilo**

A la luz del capítulo VIII §1158 del USC, acerca de que los no ciudadanos que presenten un temor fundado de persecución tienen la posibilidad de obtener el asilo. Si bien pasó el examen previo, ello solo era la fase previa para presentar formalmente su asilo, por lo que con la separación se impidió esa facultad.

5 Department of Health and Human Services

6 Office of Refugee Resettlement

7 American Civil Liberties Union

### **3.- Violación de la Ley de Procedimiento Administrativo**

En tanto que ha sido arbitrario y caprichoso a la luz del capítulo V §706 del USC. La defensa técnica indica que la separación ha sido sin justificación, de manera arbitraria y caprichosa de parte de las autoridades del Servicio de Inmigración y Control de Aduanas También porque no siguió la directiva establecida emitida por la ICE. Esta directiva que autoriza la libertad condicional de la Sra. L., por lo que infringe el USC §706 en el capítulo V. No se ha proporcionado ninguna justificación de parte de la oficina de San Diego, por lo que de haber dado la libertad condicional a la Sra. L, en consecuencia, su hija S.S. también habría sido liberada. (2018, párrs. 60-75)

### **Estado federal de Texas**

A raíz de la demanda interpuesta por el Proyecto de Derechos Civiles de Texas en representación del Sr. Mario Pérez Domingo vs. United States Customs and Border Protection, Immigration and Customs Enforcement, se dio a conocer el caso que se relata a continuación. El Sr. Mario Pérez Domingo y su hija de dos años son de Guatemala. El 5 de julio de 2018 arribaron a tierras estadounidenses, por lo que fueron intervenidos por United States Customs and Border Protection en el sur de Texas. Dos días después, el Sr. Pérez fue enviado al DOJ para llevar a cabo su proceso penal por la entrada ilegal. Al mismo tiempo, fue separado de su hija de dos años luego de que el DOJ cuestione si el Sr. Pérez era el padre. A pesar de que el Sr. Pérez contaba con una copia del certificado de nacimiento, se alegó que esta no era auténtica. Finalmente, la menor de edad fue transferida a custodia de la ORR (Texas Civil Rights Project, 2018).

Así, la organización Proyecto de Derechos Civiles de Texas asumió el patrocinio del caso. En consecuencia, se confirmó la autenticidad de la partida de nacimiento a través del Consulado de Guatemala. La organización argumenta que no se han respetado las órdenes ejecutivas del presidente Donald Trump del 20 de junio de 2018. Estas indican, en la sección 3 de la “Política de Detención Temporal para Familias que Ingresan Ilegalmente”, que el secretario (del Department of Homeland Security) no debe detener a una familia extranjera cuando exista la preocupación de que la detención de un niño extranjero con el padre extranjero del niño suponga un riesgo para el bienestar del primero (Trump, 2018)<sup>8</sup>. Asimismo, la Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras de EE. UU. indicó, a través de una declaración de CBP de 21 de junio de 2018, aludiendo a la orden del presidente Trump, que se mantendrá la unidad familiar de las familias detenidas que crucen la frontera ilegalmente y se les transferirá a las oficinas del ICE (CBP, 2018, párr. 1)<sup>9</sup>.

En suma, tanto los casos de la Sra. L y S. S., como el del Sr. Mario configuran hechos ilícitos internacionales en los que no solo se ha vulnerado normas internas federales de los estados de California y Texas respectivamente, sino también las normas internacionales que se detallan en el siguiente apartado.

8 “The Secretary [of the DHS] shall not, however, detain an alien family together when there is a concern that detention of an alien child with the child’s alien parent would pose a risk to the child’s welfare” (Trump, 2018, sec. 3).

9 “Family unity will be maintained for families apprehended crossing the border illegally, and they will be transferred together to U.S. Immigration and Customs Enforcement” (CBP, 2018).

### **Posible responsabilidad internacional de EE. UU. en materia de derechos humanos de niños y niñas migrantes no acompañados de sus familias**

En el *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Reglamento CIDH)* se indica lo siguiente:

La Comisión recibirá y examinará la petición que contenga una denuncia sobre presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre con relación a los Estados miembros de la Organización que **no sean partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos** [énfasis añadido]. (CIDH, 2013, cap. III, art. 51)

EE. UU. no es Estado parte de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, por lo que se puede realizar una petición que contenga una denuncia sobre la vulneración de distintos artículos de la *Declaración Americana*. Dicha petición se puede realizar en el marco de la implementación de la política migratoria de tolerancia cero. En ese sentido, el comisionado Luis Ernesto Vargas declaró lo siguiente en un comunicado de prensa:

Si bien los Estados tienen derecho a establecer sus políticas de inmigración; las políticas, leyes y prácticas implementadas en materia de migración deben respetar y garantizar los derechos humanos de todos los migrantes, que son derechos y libertades que se derivan de la dignidad humana. (CIDH, 2018, párr. 7)

Por lo tanto, la presente política migratoria no está exenta de respetar y garantizar los derechos de los migrantes, más aún en el caso de niños y niñas, por su condición de vulnerabilidad. Así, la petición dirigida a la CIDH deberá contener los distintos casos de los denunciantes, ya sea mediante sus representantes legales o una entidad no gubernamental. En ella se indicará los hechos sucedidos así se hayan dado en el estado federal de California, Texas u otros estados.

Asimismo, se debe identificar las violaciones a la *Declaración Americana* y otros instrumentos aplicables, tal como lo permite el artículo 27 del capítulo II del *Reglamento CIDH*. En las siguientes secciones se señala cuáles son las violaciones de derechos humanos en materia de niños y niñas migrantes.

**Violación del principio de no discriminación e igualdad ante la ley.** Dicho principio se encuentra tipificado en el artículo 24 del PICP y en el artículo II de la *Declaración Americana*. Cabe mencionar que la legislación americana considera a los niños y niñas migrantes *niños extranjeros no acompañados*, lo cual está regulado en el capítulo 6 §279(g) (2) de la USC. A partir de ese estatus migratorio, cada niño y niña tiene el derecho de obtener las medidas de protección que le corresponden en su condición de menor de edad, sin discriminación de su nacionalidad, más aún en su situación de vulnerabilidad. En consecuencia, EE. UU. debe cumplir su obligación de respetar la igualdad de las personas ante la ley sin distinción de nacionalidad, tal como indican los instrumentos internacionales vinculantes ya mencionados.

**Violación del principio de no detención de niños y niñas.** Dicho principio se encuentra tipificado en el artículo 25 de la *Declaración Americana*, en tanto que nadie puede ser privado de su libertad. Se debe resaltar que los niños y niñas están custodiadas en la Oficina de Reubicación de Refugiados (ORR). Asimismo, es un estándar internacional que la privación de libertad proceda siempre y cuando respete los principios de legalidad, de necesidad y de

proporcionalidad. Por lo tanto, el delito tipificado, el cruce ilegal de fronteras de acuerdo al capítulo 18 §3559 del USC, no es aplicable a los menores en tanto que estos tengan menos de 18 años y ninguna persona esté a su cargo, como indica el capítulo 6 §279(g)(2) de la USC.

Con respecto al principio de necesidad, existe una medida menos gravosa: mantenerlos con sus padres o familiares en los lugares de retención, ya que detenerlos atenta contra el principio superior del niño y el de la vida familiar. Por último, la detención es una medida desproporcional que implica perjuicios, ya que no existe una ponderación entre el fin de la política de tolerancia cero, y los derechos afectados de los niños y niñas migrantes.

**Violación del respetar las garantías mínimas del proceso.** Dicha indicación está tipificada en el artículo XXVI de la *Declaración Americana*, debido a que en muchos casos se vulneró el derecho a ser oído y no se realizaron audiencias en las cortes federales. Por un lado, la vía competente ha sido la administrativa, mediante las autoridades de la ICE o el Departamento de Seguridad Nacional de los EE. UU. (DHS, por sus siglas en inglés<sup>10</sup>). Por otro lado, estas instituciones han actuado de manera arbitraria al considerar que los familiares que acompañaban a los menores representaban un riesgo cuando, más bien, son un soporte emocional, físico y logístico. Finalmente, ello contraviene el capítulo V §706 de la USC. En consecuencia, la separación en el contexto del proceso de inmigración generaba un escenario de lesión de derechos del debido proceso.

**Violación del derecho vida familiar y protección de la unidad familiar.** Dicho derecho está indicado en el artículo V de la *Declaración Americana* en tanto que la familia y los miembros de la misma deben ser protegidos, sobre todo considerando el interés superior del niño.

Por último, luego de la petición que contiene la denuncia de vulneración de los derechos mencionados, la CIDH puede emitir un informe preliminar, tal como se indica en el artículo 44 del *Reglamento CIDH* (CIDH, 2018). En consecuencia, EE. UU. deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones. En caso de que no se cumplan dichas recomendaciones, es posible la emisión de un informe definitivo que contenga las conclusiones y recomendaciones finales, tal como se señala en el artículo 47 del *Reglamento CIDH* (CIDH, 2013).

Mediante el presente apartado se ha conseguido mostrar la comisión de hechos ilícitos internacionales en el caso de la Sra. L y S. S. en el estado federal de California, y en el caso del Sr. Mario en el estado federal de Texas, en tanto que se ha vulnerado los principios y derechos recogidos en la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (OEA, 1948) y en otros instrumentos de derecho internacional. Esa es la causa de la responsabilidad internacional.

### **Recomendaciones para la Administración Trump Respecto a Niños y Niñas Migrantes Separadas de sus Familias en Estados Unidos**

De acuerdo al documento *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (CIDH, 2008), existen lineamientos generales que protegen de manera especial a los niños y niñas: por un lado, promueve la igualdad y la no discriminación, la libertad personal, la salud, el albergue, las adecuadas condiciones de higiene, educación y actividades culturales; y, por otro lado, restringe el trabajo infantil y las medidas de aislamiento.

10 Department of Homeland Security

En ese sentido, las instituciones norteamericanas deben asumir el rol de materializar esos lineamientos generales ya sea directa o indirectamente. Así, la ORR elaboró un documento denominado *Guía ORR: Niños sin Compañía que Ingresan a los Estados Unidos* (2015). Esta guía contiene diferentes políticas que tienen el objetivo de preservar el interés superior del niño.

Por ejemplo, en la primera sección es importante notar que existe una categorización para decidir dónde se coloca a los niños y niñas; entre los factores que se toman en cuenta se encuentran los siguientes: hermanos en custodia de ORR, género, victimización sexual previa. En la segunda sección, referida a los patrocinadores, se indica una serie de requisitos, como el récord criminal otorgado por el FBI y el DHS, el registro de ofensas sexuales, el estado migratorio, y el registro de abuso o negligencias infantiles. En la tercera parte, se desarrolla el tema de educación, cultura, y salud de los niños y niñas migrantes.

Cabe resaltar una subsección dedicada al delito de trata de niños y niñas, la cual versa sobre cualquier acción en la que el niño haya sido reclutado, alojado, transportado, proporcionado, obtenido, patrocinado o solicitado para un propósito sexual comercial. Así, en la *Guía ORR* se delimitan las siguientes medidas de seguridad en aras de proteger a la víctima (es decir, al niño o niña migrante):

Verificación cuidadosa de todas las relaciones familiares y de patrocinadores para detectar a los traficantes que pueden intentar coaccionar o amenazar a un niño.

Apoyar a los niños extranjeros no acompañados de una manera apropiada para su edad para identificar relaciones sanas y para comprender las tácticas comunes de reclutamiento y engaño utilizadas por los traficantes.

Implementar medidas de seguridad adicionales, como una mayor supervisión del personal o entrevistas en profundidad basadas en el trauma durante el proceso de planificación. (2015, num. 3.3.3.3)

Respecto a la educación, el personal de la ORR debe realizar una evaluación previa a cada niño o niña no acompañado. Luego de ello, se impartirá clases de un mínimo de seis horas diarias en las diferentes áreas de ciencias sociales, ciencias naturales, escritura y matemática. Se resaltan los servicios educativos vocacionales con miras a la preparación para la vida adulta.

Asimismo, la guía contiene un subcapítulo dedicado a aquellos menores extranjeros no acompañados que son parte de la comunidad LGTBIQ, donde se indica que estos deben ser tratados con la misma dignidad, y que la privacidad y confidencialidad con respecto a su orientación sexual será mantenida. Por último, en la sección cuarta se desarrolla el tema de la prevención, detección y respuesta al abuso y acoso sexual.

En suma, la *Guía ORR* sí ofrece herramientas y procedimientos para un adecuado reasentamiento de niños y niñas no acompañados de su familia. Así se respeta el principio de no discriminación, albergue, salud, higiene, educación y actividades culturales; y, por otro lado, se restringe el trabajo infantil y las medidas de aislamiento. Sin embargo, esta guía se aplica en el caso de los niños y niñas que ya se encuentran separados de sus familias, cuando en realidad lo que debe evitarse es dicha separación.

Por ello, se presentan en los siguientes apartados recomendaciones que tienen como objetivo evitar la separación familiar. Esto se debe a que dicha separación vulnera los principios de no discriminación e igualdad ante la ley, de no devolución, de no detención de niños y niñas, de garantías mínimas del debido proceso y de derecho a la vida familiar.

### **Acceso a la representación legal durante la detención**

Según el *Anuario Estadístico* del DOJ (2008), el 16 % de los inmigrantes que estuvo involucrado en procesos con el DOJ contó con representación; según Constitution Project, el 3 % de los solicitantes de asilo tuvo éxito en su pretensión. Ahora bien, el acceso a la representación legal es complejo, dado que la cantidad de abogados disponibles para patrocinar cada caso no es suficiente. Frente a ello, la CIDH realizó un *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso* (2010), el cual, entre otros temas, tocó el aspecto de la representación legal, respecto a la cual EE. UU. indicó lo siguiente:

Para aquellas personas que no pueden obtener representación, **los Estándares Nacionales de Detención de ICE y el PBNDS de 2008 requieren que las instalaciones de detención de la agencia aseguren que el extranjero tenga acceso a los tribunales de inmigración, a representación legal** [énfasis añadido] (donde sea posible y sin costo para el Estado), y materiales legales completos. Conforme a los requerimientos de estos estándares, los extranjeros detenidos bajo custodia del ICE —más allá de su ubicación geográfica— deben contar con acceso a bibliotecas legales, nombres e información de contacto de abogados que trabajan pro bono, acceso confidencial a los abogados, y acceso a bases de datos computarizadas, entre otras fuentes de información. (CIDH, 2010, párr. 382)

En consecuencia, el Estado americano cumple al ofrecer información sobre servicios legales y orientación legal a los inmigrantes. Sin embargo, debe darle prioridad a las familias, sobre todo a quienes viajen con niños y niñas.

Asimismo, es valioso el Programa de Orientación Legal, el cual puede beneficiar a inmigrantes mediante las campañas que ofrece (DHS, 2018, párr. 2). Debido a que brinda respuestas a inquietudes individuales acerca de los casos, talleres grupales y referencias a abogados *pro bono* (CIDH, 2010, párr. 328), es necesario que el programa siga en funcionamiento.

### **Evitar el traslado entre centros de detención de distintos estados federales**

En el informe de Human Rights Watch de 2009, la mayor cantidad de traslados ocurre hacia Luisiana y Texas, donde existen bajas tasas de abogados de inmigración. Aunque se puede seguir ejerciendo la representación en estos casos, ello puede afectar la defensa efectiva de un patrocinado. También, cabe mencionar que el derecho migratorio puede variar en cada estado federal, por lo que la CIDH indicó, en el caso *Rosendo-Ramirez vs. Immigration and Naturalization Service*, lo siguiente:

Si bien el sistema de las cortes administrativas de inmigración busca una aplicación uniforme del derecho migratorio estadounidense, cada circuito federal ha desarrollado su propia jurisprudencia. A pesar de que la BIA pretenda la interpretación uniforme de las leyes de inmigración a nivel nacional, se considera a sí misma sometida por la ley del circuito en donde tuvieron lugar los procedimientos administrativos. (1994, párr. 16)

En ese sentido, resulta evidente la necesidad de una política de transferencia entre estados federales que marque los lineamientos generales, y ponga énfasis en las familias migrantes y el interés superior del niño.

### **Procesos alternativos de reasentamiento en un tercer país**

Si una familia migrante integrada, entre otros, por niños y/o niñas decide reasentarse en un tercer país, entonces deben existir los mecanismos necesarios para que ello ocurra. Es decir,

se debe respetar la voluntad de la familia, brindar la información adecuada, y determinar que la decisión sea tomada en concordancia con el interés superior del niño. Así, en la *Declaración de Buenas Prácticas* (2009) se indica que se deben tener en cuenta los siguientes lineamientos:

Letra D 15.3: Valoración detallada sobre si es seguro el retorno del menor a su país de origen, al país de traslado o reasentamiento, teniendo en cuenta los riesgos de persecución, de verse envuelto en conflictos armados, en violencia y abusos o el peligro de ser explotado.  
Letra D 15.3: Evaluación social detallada de la situación familiar en el país de origen o en los países propuestos para el reasentamiento o traslado. Los padres o los cuidadores deberán probar su identidad y será necesario investigar la buena voluntad y capacidad de la familia del niño o niña (padres u otros miembros de la familia) u otros cuidadores para proporcionar un cuidado adecuado. (ACNUR, 2009, pp. 44-45)

Es importante notar que incluso si el Estado puede ofrecer la opción alternativa de reasentamiento en un tercer país, esto no implica la devolución inmediata del niño o niña. El principio de no devolución es una obligación vinculante para el Estado norteamericano, la cual se desprende de los artículos I, XXV y XXVII de la *Declaración Americana* (OEA, 1948).

En suma, en este apartado se han planteado algunas recomendaciones generales con enfoque de derechos humanos, como ofrecer acceso a la representación legal durante la detención, evitar el traslado entre centros de detención de distintos estados federales y aplicar procesos alternativos de reasentamiento en un tercer país. Asimismo, entre los instrumentos actualmente disponibles, resalta la *Guía ORR* de EE. UU., la cual contiene una política acorde al interés superior del niño.

### Conclusiones

El 6 de abril de 2018, el procurador general del DOJ anunció la necesidad de una política de tolerancia cero respecto de los delitos de entrada incorrecta de un extranjero a los EE. UU. Como consecuencia ello, varios niños y niñas migrantes fueron separados de sus familias tras su detención. Sin embargo, existen obligaciones internacionales vinculantes para los EE. UU., reunidas en la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (OEA, 1948), que implican que el Estado norteamericano debe respetar, garantizar y promover los principios de no discriminación e igualdad ante la ley, de no devolución, y de no detención de niños y niñas, así como dar las garantías mínimas del debido proceso, y respetar el derecho a la vida familiar y la protección de la unidad familiar.

Como se describió en el presente texto, en los casos emblemáticos de la Sra. L y S. S. en el estado federal de California, y el caso del Sr. Mario en el estado federal de Texas, se han cometido actos ilícitos internacionales. Se vulneraron los principios y derechos recogidos en la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (OEA, 1948), de lo cual se sigue la responsabilidad internacional.

Como resultado de un análisis enfocado en derechos humanos, se han planteado en el presente texto diversas recomendaciones: el acceso a la representación legal durante la detención, la disminución de traslado entre centros de detención de distintos estados federales y la aplicación de procesos alternativos de reasentamiento en un tercer país. Cabe resaltar que la *Guía ORR* de EE. UU., actualmente vigente, contiene una adecuada política respecto de los niños y niñas refugiados, acorde al interés superior del niño; por ejemplo, está el enfoque de género que emplea en el caso de los niños LGTBQI.

Como conclusión general, se ha presentado un análisis de la política migratoria de la administración Trump respecto a la situación de niños y niñas migrantes. Dicho análisis se encuentra enfocado en dos casos, que tuvieron lugar en los estados de California y Texas. Como resultado del análisis de los casos expuestos, puede inferirse que la separación familiar vulnera los derechos de los niños y niñas migrantes. Por ello, resulta necesaria la aplicación de políticas públicas con enfoque de derechos migrantes, con el objetivo de garantizar el interés superior del niño migrante en EE. UU.

## REFERENCIAS

- Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados. (1951, 28 de julio). *Convención sobre el estatuto de los refugiados*. Recuperado de <https://www.acnur.org/la-convencion-de-1951.html>
- Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2009). *Declaración de buenas prácticas* (4ta ed.). Recuperado de <https://www.refworld.org/es/pdfid/4ccac66b2.pdf>
- American Civil Liberties Union. (2019). *Immigrants' Rights Project*. Recuperado de <https://www.aclu.org/issues/immigrants-rights>
- American Civil Liberties Union. (2018, 26 de febrero). *Ms. L. vs. ICE, DHS, CBP, USCIS, HHS, ORR, and others*. California: American Civil Liberties Union.
- Civil Rights Litigation Clearinghouse. (2019). *Case profile: Ms. L. vs. U. S. Immigration and Customs Enforcement*. Recuperado de <https://www.clearinghouse.net/detail.php?id=16620>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2008, 13 de marzo). *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Migrantes2011.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2014, 19 de agosto). *Opinión consultiva OC-21/14 - Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Recuperado de <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015, 31 de diciembre). *Movilidad humana: estándares interamericanos*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/ReglamentoCIDH2013.pdf>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018, 18 de junio). *CIDH expresa preocupación por las recientes políticas y medidas de migración y asilo de Estados Unidos*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/130.asp>
- Congressional Research Service. (2019, 26 de febrero). *The Trump administration's "zero tolerance" immigration enforcement policy*. Recuperado de <https://fas.org/sgp/crs/homsec/R45266.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009, 28 de noviembre). *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov\\_2009\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf)
- Department of Justice, Office of Public Affairs. (2018, 6 de abril). Attorney general announces zero-tolerance policy for criminal illegal entry. *Justice News*. Recuperado de <https://www.justice.gov/opa/pr/attorney-general-announces-zero-tolerance-policy-criminal-illegal-entry>
- Department of Justice. (2008, mayo). *Legal orientation program: Evaluation and performance and outcome*. Nueva York: Vera Institute of Justice. Recuperado de <https://www.justice.gov/sites/default/files/eoir/legacy/2008/05/15/LOPEvaluation-final.pdf>
- Department of Justice. (2009, marzo). *FY 2008 statistical year book*. Leesburg Pike: Autor. Recuperado de <https://www.justice.gov/sites/default/files/eoir/legacy/2009/03/27/fy08syb.pdf>
- Department of Justice. (2018, 6 de abril). Attorney General announces zero-tolerance policy for criminal illegal entry. *Justice News*. Recuperado de <https://www.justice.gov/opa/pr/attorney-general-announces-zero-tolerance-policy-criminal-illegal-entry>
- Human Rights Watch. (2009, 2 de diciembre). *Encerrados a distancias lejanas: el traslado de inmigrantes a centros de detención remotos en Estados Unidos*. Recuperado de <https://www.hrw.org/report/2009/12/02/locked-far-away/transfer-immigrants-remote-detention-centers-united-states>
- Office of Refugee Resettlement. (2015, 30 de enero). *Children entering the United States unaccompanied*. Recuperado de <https://www.acf.hhs.gov/orr/resource/children-entering-the-united-states-unaccompanied>
- Organización de Estados Americanos. (1948). *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Organización de Estados Americanos. (1948, 30 de abril). *Carta de la Organización de los Estados Americanos*. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes\\_manual\\_formacion\\_lideres\\_anexos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_manual_formacion_lideres_anexos.pdf)

- Organización de las Naciones Unidas. (1966, 16 de diciembre). Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Pinheiro, P. S. (2006). *Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.
- Texas Court Of Appeals, Third District at Austin. (2001, 6 de diciembre). *Rosendo Jaimes Martinez vs. The State of Texas*.
- Texas Civil Rights Project. (2018, 13 de julio). *Letter from Texas Civil Rights Project to U.S. Customs and Border Protection and U.S. Immigration and Customs Enforcement*. Texas: Texas Civil Rights Project.
- Texas Civil Rights Project. (2018, 4 de agosto). *Texas Civil Rights Project announces reunification of father who was separated from his daughter in violation of family separation injunction*. Recuperado de <https://texascivilrightsproject.org/update-texas-civil-rights-project-announces-reunification-of-father-who-was-separated-from-his-daughter-in-violation-of-family-separation-injunction/>
- The Constitution Project. (2009). *Recommendations for reforming our immigration detention system and promoting access to counsel in immigration proceedings*. Washington: The Constitution Project.
- United States Citizenship and Immigration Services. (1952). *Immigration and nationality act*. Recuperado de <https://www.uscis.gov/legal-resources/immigration-and-nationality-act>
- United States Customs and Border Protection. (2018). *BP's statement on implementing the President's executive order affording Congress the opportunity to address family separation*. Recuperado de <https://www.cbp.gov/newsroom/speeches-and-statements/cbps-statement-implementing-presidents-executive-order-affording>
- Women's Refugee Commission, & Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP. (2009, febrero). *Halfway home: Unaccompanied children in immigration custody*. Nueva York: Women's Refugee Commission. Recuperado de <https://www.refworld.org/pdfid/498c41bf2.pdf>



Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de

**Tarea Asociación Gráfica Educativa**

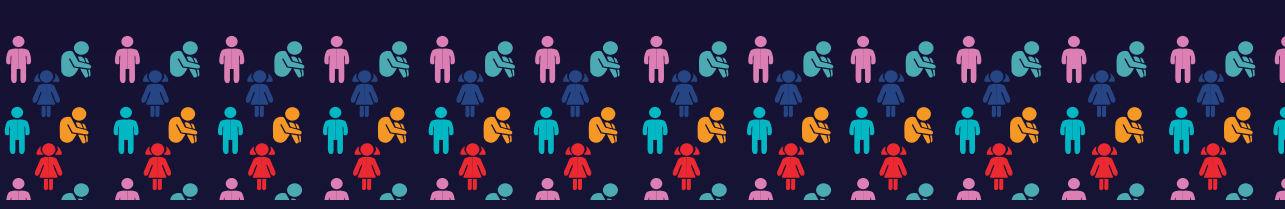
Pasaje María Auxiliadora 156-165 – Breña

Correo e.: [tareagrafica@tareagrafica.com](mailto:tareagrafica@tareagrafica.com)

Página web: [www.tareagrafica.com](http://www.tareagrafica.com)

Teléf.: 332-3229 / 424-8104 / 4243411

Octubre 2019 Lima - Perú



El presente libro del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú recoge las ponencias ganadoras y seleccionadas de las categorías docentes, profesionales y estudiantes del concurso Internacional de ponencias promovido en el marco del II Congreso Iberoamericano Interdisciplinario de la Familia e Infancia: Violencia contra niños, niñas y adolescentes en colectivos vulnerables. Este evento se llevó a cabo en la Pontificia Universidad Católica del Perú del 2 al 4 de octubre en ocasión de la celebración del centenario de la creación de la Facultad de Derecho. El libro, que recoge 14 artículos arbitrados, está organizado en siete secciones: (i) Violencia contra niños, niñas y adolescentes desde la perspectiva de género; (ii) Violencia contra niños, niñas y adolescentes que pertenecen a colectivos LGBTBI; (iii) Violencia contra niños, niñas y adolescentes con discapacidad; (iv) Violencia contra niños, niñas y adolescentes que pertenecen a poblaciones indígenas; (v) Violencia contra la infancia en la familia; (vi) Mecanismos de denuncia contra la violencia infantil; y (vii) Violencia contra niños, niñas y adolescentes en condición migratoria.

DEPARTAMENTO  
ACADÉMICO DE  
DERECHO

CENTRO DE  
INVESTIGACIÓN,  
CAPACITACIÓN Y  
ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)



**PUCP**



FACULTAD DE  
DERECHO



ISBN: 978-612-47151-5-0



9 786124 715150