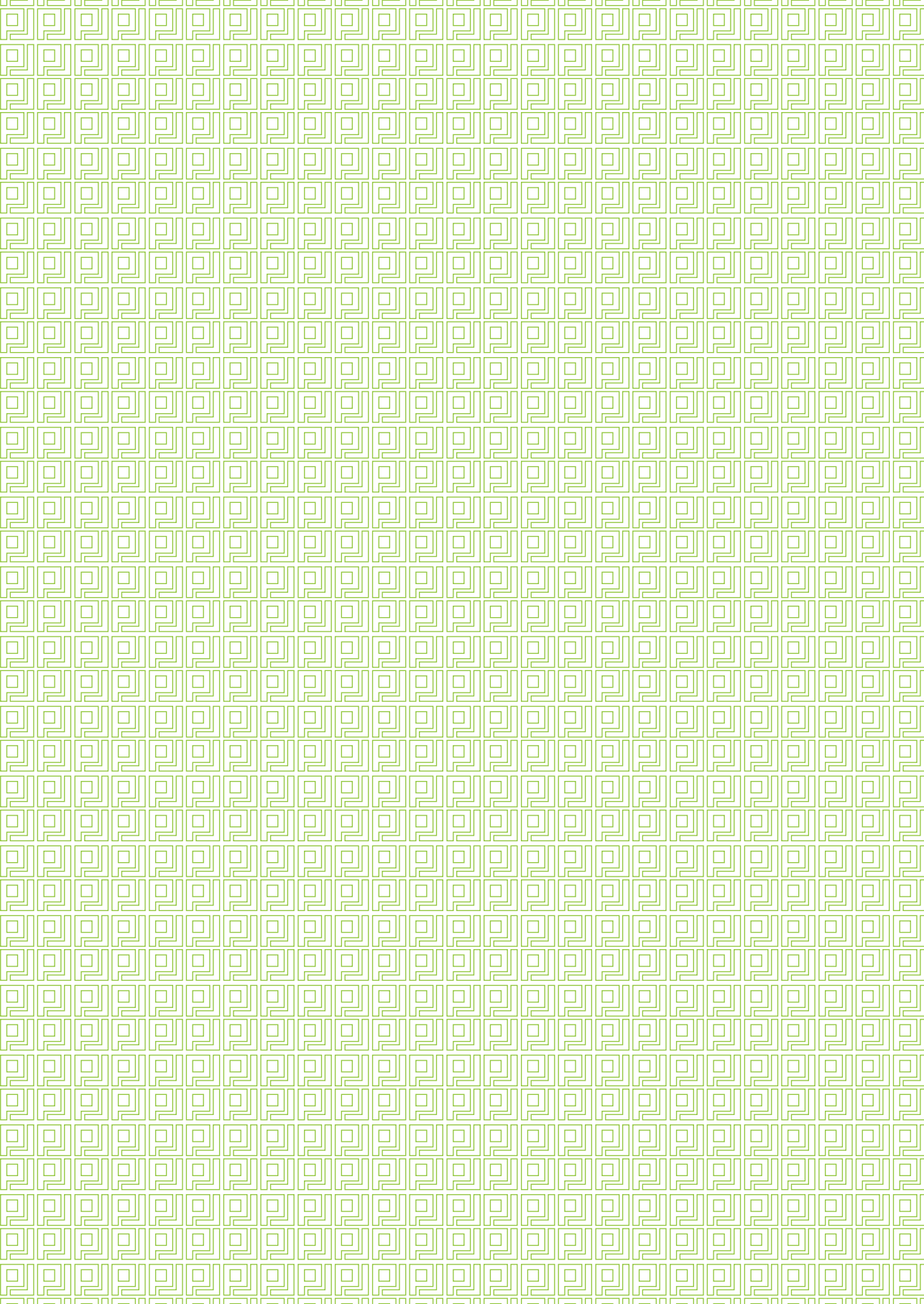
Reglas de Brasilia: justicia para transformar la vulnerabilidad en igualdad

Janet Tello Gilardi
Carlos Calderón Puertas
(compiladores)

PODER JUDICIAL DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL

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



Reglas de Brasilia: justicia para transformar la vulnerabilidad en igualdad

Reglas de Brasilia: justicia para transformar la vulnerabilidad en igualdad

Janet Tello Gilardi
Carlos Calderón Puertas
(compiladores)

PODER JUDICIAL DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL

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

Reglas de Brasilia: justicia para transformar la vulnerabilidad en igualdad
Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores).
1.ª ed. Lima: Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad/ Fondo Editorial del Poder Judicial, 2020.
332 pp., 17 x 24 cm

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

Reglas de Brasilia: justicia para transformar la vulnerabilidad en igualdad

Compiladores:
Janet Tello Gilardi
Carlos Calderón Puertas

Primera edición electrónica:
diciembre de 2020

Hecho el Depósito Legal
en la Biblioteca Nacional del Perú
n.º 2020-09472
ISBN: 978-612-4484-10-0

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin previa autorización escrita del editor.

Este libro se terminó de producir digitalmente en diciembre de 2020 en el Fondo Editorial del Poder Judicial.

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

Comisión Permanente
Presidenta: Janet Tello Gilardi
Vicepresidente: Carlos Calderón Puertas
Integrantes: Elvira Álvarez Olazábal
Maruja Hermoza Castro
Sara Gaspar Pacheco
Coordinador de publicación:
William Homer Fernández Espinoza

© Poder Judicial del Perú
Fondo Editorial del Poder Judicial
Palacio Nacional de Justicia, 1.er piso, oficina 55
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n,
Lima, Perú
Teléfono: (511) 410-1010, anexo: 11260
fondoeditorial@pj.gob.pe

Fondo Editorial del Poder Judicial
Director: Francisco Távara Córdova
Coordinador: Helder Domínguez Haro
Editora responsable: Gladys Flores Heredia
Diseño y maquetación: Rodolfo Loyola Mejía
Correctoras de textos: Yuliana Padilla Elías
María Morales Isla
Asistente de edición: Miguel Condori Mamani

Índice

9 Presentación
Janet Tello Gilardi

11 El derecho a comprender las actuaciones judiciales y las Reglas de Brasilia
Edwin Figueroa Gutarra

39 El derecho fundamental de acceso a los órganos judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (acceso a la justicia)
José Garberí Llobregat

57 La defensa legal de los derechos: la niñez y la adolescencia en tiempos de pandemia
Claudia Patricia Sanabria Moudelle e
Isaac Ravetllat Ballesté

81 Niños, niñas, adolescentes y su derecho a determinar su filiación extramatrimonial paterna. Consideraciones desde el derecho a la identidad del hijo
Rommy Álvarez Escudero

109 La reparación civil en los procesos penales y la garantía del acceso a la justicia a las víctimas ante los delitos cometidos por familiares
Manuel Bermúdez Tapia

¿Protección integral de derechos o tutela estatal? Medidas excepcionales en un joven con diagnóstico de retraso
129 mental habitado por la ruptura
Matías Bonavitta

Los sistemas de justicia y el reconocimiento de la diversidad. Una aproximación inicial a la luz del Amparo en
169 Revisión n.º 1368/2015
Alejandra Donají Núñez Escobar

La interculturalidad como filosofía, criterio de interpretación y metodología en la formación judicial de
185 México
Manuel Gustavo Ocampo Muñoa

De lo tradicional a lo moderno: avances en lo jurídico y reprocesos en la calidad de vida de las comunidades
219 indígenas de la Amazonía peruana
Manuel Martín Brañas

237 La propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas
Jessica Calderón García

Regulación de la diversidad cultural en el Código Penal peruano. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del
275 llamado error de comprensión culturalmente condicionado
Diego Araque

El trabajador social en el peritaje social: una especial atención a los colectivos vulnerables en el contexto de la
295 administración española
Mario Millán-Franco, Laura Domínguez de la Rosa y Sofía Louise Martínez Martínez

325 Datos de los autores

Presentación

El Estado peruano asumió una serie de obligaciones con la ratificación de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, que fueron aplicados por las diferentes instituciones gubernamentales del país, entre ellas el Poder Judicial, a través de sus propuestas para mejorar la labor jurisdiccional y el quehacer administrativo.

Entre los principales instrumentos vinculantes al Poder Judicial del Perú se encuentran las «100 Reglas de Brasilia», elaboradas y aprobadas por la Cumbre Judicial Iberoamericana, y cuya adhesión de este Poder del Estado se llevó a cabo con la Resolución Administrativa n.º 266-2010-CE-PJ, el 26 de julio de 2010. Asimismo, la actualización de sus normas se estableció por medio de la Resolución Administrativa n.º 000198-2020-CE-PJ, el 30 de julio de 2020.

Como resultado de ello, el 7 de abril de 2016, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprobó el Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad 2016-2021, mediante la Resolución Administrativa n.º 090-2016-CE-PJ. El objetivo general es promover el acceso efectivo a la justicia de las poblaciones vulnerables, por medio de la implementación de las Reglas de Brasilia de manera coordinada intra e interinstitucional.

La Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad estuvo encargada de ejecutar el referido plan nacional como la principal herramienta de gestión del Poder Judicial, con la finalidad de garantizar

los derechos fundamentales de la ciudadanía. Para cumplir con su propósito, realizó el seguimiento, el monitoreo y la evaluación de los resultados y el impacto de sus ejes temáticos y objetivos durante este periodo quinquenal.

El Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad culmina el 2021, año en que conmemoramos el bicentenario de la Independencia del Perú. En este tiempo, la Comisión Permanente ha logrado coordinar con las 34 comisiones distritales de las Cortes Superiores de Justicia del país, así como también efectuar más de 200 productos al servicio de la población. De esta manera, contribuyó a la reducción de las desigualdades sociales, económicas y culturales para superar las barreras que limitan el pleno ejercicio de los derechos humanos. Además, incentivó políticas, buenas prácticas novedosas y el intercambio de experiencias jurídicas entre los Poderes Judiciales de la región iberoamericana.

La presente publicación cuenta con un nombre significativo para esta institución: «justicia para transformar la vulnerabilidad en igualdad», porque refleja la aplicación de las Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de los grupos más vulnerables.

En este libro, que forma parte de la colección Derecho y Acceso a la Justicia, editada por el Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, la Comisión Permanente reúne importantes ensayos académicos de autores nacionales e internacionales acerca de la protección de los derechos fundamentales.

Finalmente, agradezco profundamente a quienes colaboraron en la compilación, y espero que su contenido fortalezca los conocimientos de las juezas y los jueces, los profesionales y los investigadores que deseen profundizar sobre esta temática.

Lima, diciembre de 2020

Janet Tello Gilardi
Jueza suprema titular
Presidenta de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad
Poder Judicial del Perú

El derecho a comprender las actuaciones judiciales y las Reglas de Brasilia

Edwin Figueroa Gutarra
Poder Judicial del Perú
efigueroag@pj.gob.pe

1. Introducción

Las Reglas de Brasilia deben ser entendidas, junto a sus diversas perspectivas de proyección, como un instrumento para mejorar el acceso a la justicia de los grupos vulnerables y la expresión de una propuesta de optimización de los estándares de argumentación en sus ejes de comunicación. Lo anterior se observa en la «Comprensión de actuaciones judiciales», conformada por las Reglas 58, 59, 60 y 61. Dicho apartado aborda el lenguaje jurídico con respecto a las personas vulnerables, en materia de las notificaciones, los requerimientos, los contenidos de las resoluciones y la comprensión de las actuaciones orales.

A partir de ello, el presente estudio pretende incidir en dos aspectos centrales. Por un lado, establecer una dimensión del *derecho a comprender* de los ciudadanos con las decisiones de los jueces; en especial, acerca de los grupos vulnerables definidos por el tratado internacional. Por otro lado, proyectamos un análisis de los deberes impuestos a los juzgadores en la tarea de comunicar sus determinaciones sobre los derechos en conflicto en el acceso a la justicia, de acuerdo con los individuos en condición de vulnerabilidad.

De esa manera, nos interesa relacionar los criterios fijados en las Reglas de Brasilia, y determinar las correlaciones con el contexto de actuaciones que hoy demanda la argumentación jurídica, no solo

desde una posición teórica que brinde esquemas de determinación de la proyección argumentativa del juez, sino de efectivizar un mejor cumplimiento de las obligaciones de los Estados en el rubro de acceso a la justicia, vinculado con los colectivos aludidos.

Desde esa perspectiva, es oportuno comprender dos aspectos adicionales. En primer lugar, proponemos una *dimensión más dinámica de la argumentación*; es decir, observar las Reglas de Brasilia como la exigencia de *un camino a pie* de las responsabilidades de justificación del juez, toda vez que la motivación refiere a las formas más sencillas de comprensión de las resoluciones judiciales, que no consideren esa connotación excesivamente técnica —que a veces los juzgadores adoptamos—, alegándose que la naturaleza de la controversia lo impone.

En segundo lugar, tomamos la idea de que el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad *reafirma el sentido material de las acciones afirmativas*, pues propone una mayor eficacia en el derecho a la igualdad. En otras palabras, las *affirmative actions* (acciones afirmativas), en su sentido clásico, son percibidas como los mecanismos a través de los cuales los Estados compensan situaciones de desigualdad; asimismo, con su implementación se pretende reducir la brecha, a veces notoria, entre quienes en teoría gozan de un acceso convencional a la justicia y los grupos vulnerables, que, por motivos de edad, discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas, victimización, migración, desplazamiento interno, pertenencia a minorías y privación de libertad, acusan mayores dificultades para acceder a la justicia (Regla 3). Por ello, se necesita un tratamiento que logre un eficiente derecho de acceso.

En consecuencia, corresponde preguntarnos lo siguiente: ¿se introduce una diferenciación acaso superlativa para ellos por encima de los grupos normales? En definitiva no, pues el objetivo de las *acciones afirmativas*, en esencia, es la reducción de las diferencias de ejercicio de los derechos con respecto a quienes no gozan de un mismo estatus de igualdad.

Así, por ejemplo, será siempre complejo y difícil que un sordomudo pueda ejercer, en condiciones de igualdad, su derecho a la defensa por una imputación del Estado. No obstante, el propósito de recurrir a la diferencia vía *acciones afirmativas*, como las Reglas de Brasilia, ayuda

a compensar esa disconformidad que a los Estados les compete enfrentar, bajo estándares de un mejor acceso a la justicia de quienes se denominan vulnerables.

En esa línea, nuestro análisis invita a la reflexión para que el juez asuma un rol proactivo a favor de una convicción del derecho de acceso a la justicia de algunos ciudadanos en igualdad, así como también acerca de los numerosos temas que incluyen las 100 Reglas de Brasilia. En función de ello, los referidos a las actuaciones judiciales marcan un derrotero importante para la realización más equitativa de un *derecho a comprender*, que actualmente trabaja el sistema jurídico español y apunta a que el ciudadano entienda las actuaciones de sus jueces.

Por tanto, abogamos porque ese *derecho a comprender* se extienda de acuerdo con los estándares de razonabilidad y los grupos que las Reglas de Brasilia han definido como vulnerables. Se trata de una tarea vital del Estado, ya que estamos frente a un *deber de realización*.

2. Las Reglas de Brasilia y su propósito de acceso a la justicia

De acuerdo con Andreu-Guzmán y Courtis (2008), desde el caso Airey vs. Irlanda en 1979, la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a los Estados por la existencia de requisitos legales onerosos que impiden a una persona de condición socioeconómica modesta acceder al sistema de justicia. En el caso reseñado, los autores afirman que Irlanda fue condenada por onerosidad excesiva, con respecto de un ciudadano de ese país, para el inicio de un juicio de divorcio; asimismo, la postura de la institución europea expresó que estas exigencias colisionaban con el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), en relación con el concepto de un juicio justo.

Este antecedente consolida la perspectiva del mismo órgano en el caso Golder vs. Reino Unido de 1975. En dicho proceso, el organismo europeo manifiesta que:

> no sería concebible que el artículo 6.1 del Convenio Europeo describa en detalle las garantías procesales concedidas a las partes en un proceso pendiente y no proteja, en primer término, aquello que hace de hecho posible beneficiarse de esas garantías, es decir, el acceso al tribunal (Andreu- Guzmán y Courtis, 2008, p. 53).

De otro lado, en la Opinión Consultiva n.º OC- 11/90 (10 de agosto de 1990) acerca de las «Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b CA)», la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1990), sobre la base del caso Airey, sostuvo que «las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso» (párr. 28).

Ahora bien, en línea con la evolución histórica de las Reglas de Brasilia, la VII Cumbre Judicial Iberoamericana de Cancún, llevada a cabo en el 2002, abordó la necesidad de contar con una justicia que «proteja a los más débiles» (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2014, p. 14), aspecto que marcó un tránsito progresivo en otros instrumentos internacionales, a propósito de esta materia.

En Isla de Margarita (Venezuela), en el 2006, la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana aprobó el eje temático «Modernización, seguridad jurídica, acceso y cohesión social: una justicia preparándose para el futuro». En esa línea, un acuerdo de relevancia fue la elaboración de un proyecto de reglas mínimas sobre acceso a la justicia para grupos en condición de vulnerabilidad.

En Cartagena de Indias (Colombia), en julio de 2007, se originó la aprobación de un primer borrador de las Reglas de Brasilia. Además, en septiembre de ese mismo año, en Cusco (Perú), «se procedió a la toma de conocimiento, deliberación y validación intermedia de Reglas» (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2014, p. 16).

En Andorra, en febrero de 2008, el título sugerido por el grupo de trabajo fue «Las cien Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad» (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2014, p. 17). Para ello se tomó en consideración la sede de Brasilia, ciudad en la que se admitirían estas propuestas en marzo de 2008.

Finalmente, en la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana, en Quito (Ecuador), en el 2018, se actualizaron 73 de las 100 Reglas de Brasilia, a fin de compatibilizarlas con el ordenamiento normativo internacional.

La importancia del instrumento reside en su concepción primigenia de efectuar el derecho de acceso a la justicia. Los sistemas de justicia son los últimos eslabones en la dilucidación de los derechos; además, existe un segmento especial de ciudadanos que ven restringido este derecho a causa de diversas circunstancias.

Sin embargo, de acuerdo con la Cumbre Judicial Iberoamericana (2014), consideramos, en relación con lo enunciado *supra*, que las Reglas de Brasilia no presentan una visión cerrada del concepto de vulnerabilidad, sino que «enumera[n] una serie de factores que pueden constituir causas de vulnerabilidad, sin excluir cualquier otra que se pueda presentar en cada país» (p. 17). Adicionalmente, el organismo agrega que «pueden concurrir dos o más condiciones de vulnerabilidad en una misma persona» (p. 17), así como también las condiciones agravantes, entre las cuales está la pobreza.

De la misma forma, es fundamental entender la vulnerabilidad como una noción aún más amplia. Según Ribotta (2012), tiene sentido la inclusión en los grupos de sujetos vulnerables a las personas vinculadas con el derecho a la vivienda; por ejemplo, los casos de la población sin techo o los ciudadanos que viven en barrios sin regularización o no urbanizados, incluso aquellos que son afectados por catástrofes naturales o crisis económicas.

Sin perjuicio de todo lo expresado, nos detenemos momentáneamente para explorar el concepto de vulnerabilidad. Silvina Ribotta (2012) identifica algunas características: i) es un *estar* de las personas; ii) implica una situación no deseada por las personas que la sufren; iii) se vincula con diferentes aspectos de su identidad personal; iv) puede ser una condición física, psicológica, social o deberse a circunstancias de contexto físico, social, cultural, económico, histórico o político; v) se presenta de manera coyuntural y temporal, o permanente; y vi) siempre es una limitación.

A partir de estas descripciones se configuran los grupos vulnerables, pero incidimos en que no se trata de una construcción conceptual

restringida, sino que atiende a diversas características que coadyuvan a una perspectiva más diversa sobre la vulnerabilidad.

Por consiguiente, es una conclusión válida que si una persona acusa más de una condición de vulnerabilidad, se hace más complejo su legítimo ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

3. El derecho a comprender las actuaciones judiciales: por una *justicia a pie*

Los autores Andreu-Guzmán y Courtis (2008) desarrollan una necesaria reflexión acerca de las relaciones entre el derecho de acceso a la justicia y las dificultades de comunicación. Así, manifiestan que:

> parte de las barreras para el efectivo acceso a la justicia se deben en nuestros países a la distancia social existente entre los operadores jurídicos —provenientes en su mayoría de estratos de ingresos medios y altos, con acceso a estudios universitarios— y las personas pertenecientes a grupos vulnerables, en su gran mayoría pobres. Un reflejo de esta distancia social lo constituyen las dificultades de comunicación debidas al empleo innecesario de lenguaje técnico, profesional o simplemente arcaico, de modo que la barrera es creada en estos casos por los operadores judiciales, más que por un factor atribuible a las personas en situación de vulnerabilidad (p. 53).

Nuestra afirmación de una *justicia a pie* pretende dirigir la mirada a un redimensionamiento de la argumentación de los jueces en sus resoluciones hacia todos los destinatarios —la sociedad civil en su conjunto—; no obstante, al mismo tiempo, existen grupos en condiciones de vulnerabilidad especial, respecto a los cuales es necesario hacer un mayor esfuerzo para que esa argumentación constituya el ejercicio del *derecho a comprender*, a fin de cumplir el objetivo de inclusión por un adecuado acceso a la justicia.

Además, es importante distinguir la argumentación de los jueces que se esfuerzan, muchas veces con convicción y otras por alegada

necesidad, por incluir una discusión técnica. Entonces, asumir las premisas como los contextos de descubrimiento y justificación del discurso jurídico, o la oportuna justificación interna o externa de las resoluciones judiciales, o bien recurrir a términos que identifican un tecnicismo en la justificación, siguen siendo necesarios para un análisis técnico de las resoluciones judiciales, seguramente a cargo de quienes igualmente manejan un estándar de exposición.

Sin embargo, las Reglas de Brasilia implican una connotación singular cuando concurren causas particulares, como las condiciones de vulnerabilidad. De esa manera, y a través de una visión general del *derecho a comprender* de los grupos aludidos, tendremos que la persona de edad avanzada, y en condiciones de deterioro manifiesto, al comparecer en un juicio, acusará una desventaja de contexto acerca de su derecho de defensa, tras ver reducidas las posibilidades de sustentación de sus argumentos. Si acaso debiera declarar, se observaría que las deficiencias agravantes de la edad impiden una comprensión cabal de los términos de una imputación; verbigracia, si esta peca de un innecesario tecnicismo, a su vez, tendría que ser reemplazado por un discurso jurídico más lineal e inclusivo, según los fines de las Reglas de Brasilia.

En relación con esos ejes de determinación, las Reglas de Brasilia, en cuanto se refieren a la comprensión de las actuaciones judiciales, abordan una temática que esboza intentos positivos para disminuir las diferencias en el derecho de acceso a la justicia. A partir de esa delimitación, observemos y disgreguemos los contenidos que anotamos.

La Regla 58 fija el siguiente contenido:

> **Sección 2. Comprensión de actuaciones judiciales**
> Toda persona en condición de vulnerabilidad tiene el derecho a entender y ser entendida. Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión de las actuaciones judiciales, en las que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que esta pueda comprender su alcance y significado.

En efecto, es pertinente precisar que las actuaciones judiciales y la fundamentación de los jueces, tanto escrita como oral, constituyen un binomio inseparable. Asimismo, el magistrado informa sus decisiones a través de sus resoluciones, y la actuación de este no se estima como el desenvolvimiento solo de una conducta aislada, en absoluto.

En consecuencia, es menester recoger el concepto de que en la actuación del juez está implícita la comunicación de sus determinaciones. Del mismo modo, es en su fundamentación donde anotamos la importancia de utilizar un lenguaje sencillo, directo y sin excesos técnicos.

El derecho a ser entendido se asimila a lo que hemos denominado el *derecho a comprender*. Al respecto, en el 2009, España, mediante el Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico del Ministerio de Justicia, sostiene la idea del «derecho de los ciudadanos a comprender las comunicaciones verbales o escritas de los profesionales del derecho sin la mediación de un traductor» (Figueroa, 2012, p. 4).

Es importante anotar que este acotado *derecho a comprender* es una exigencia mayor en favor de los grupos vulnerables, los cuales suelen enfrentar, muchas veces, un lenguaje jurídico críptico, oscuro e incomprensible para el ciudadano (Ministerio de Justicia de España, 2011).

Ahora bien, ¿cuáles serían las dificultades de comunicación? El campo de la indeterminación en el derecho es muy amplio, pero destacamos dos aspectos de relevancia: la ambigüedad y la vaguedad. La primera es perjudicial para los efectos de una buena comunicación, puesto que incide en un exceso de significados. Este problema se presenta cuando un mismo concepto admite diferentes posibles explicaciones, las cuales afectan la comunicación. La segunda es un fenómeno contrario a la vaguedad, pues hay ausencia de significados que imposibilitan construir una noción.

En ese sentido, si tomamos los obstáculos de varios o casi todos los grupos vulnerables, una persona discapacitada por dificultades de locomoción motora deberá realizar un esfuerzo mayor por comprender la actuación del juez. Esto es, junto a las particularidades propias que abarca su vulnerabilidad, se esmerará aún más para entender un lenguaje ambiguo o vago del magistrado.

La mención que efectuamos nos lleva a considerar algunos preceptos sobre la teoría de la comunicación. En relación con lo anterior, es pertinente destacar que existen tres elementos centrales o prevalentes: el emisor, el mensaje y el receptor.

Los conflictos nos reconducen de nuevo al rol del juez en sus actuaciones para entender adecuadamente los elementos de una teoría de la comunicación. Asimismo, el funcionario se centra en su función de emisor y en el mensaje propiamente dicho, pero suele olvidar la importancia del receptor; en este caso, el destinatario del mensaje judicial, que en buena cuenta es quien recibe el mensaje, tiene el derecho a comprenderlo cabalmente.

Por lo tanto, si el mensaje es ambiguo o vago, una primera referencia es que se descuida el esfuerzo que representa, razonablemente, que el mensaje llegue en condiciones óptimas al receptor. Sumado a ello, si el destinatario pertenece a un grupo vulnerable, es mayor la complejidad de la recepción del mensaje en la decisión judicial.

Por último, comprender el alcance y el significado de la actuación judicial materializa no solamente el derecho fundamental de acceso a la justicia, sino que constituye un elemento relevante del derecho a la defensa, puesto que este se verá afectado gravemente en la persona vulnerable, si no lo ejerce como corresponde, por problemas de comprensión por su ambigüedad.

De esta manera, la Regla 59 determina que:

> En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en estas Reglas. Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias.

Por tanto, se procurará que el instrumento de notificación sea acompañado de un documento en formato accesible, según la condición de discapacidad conforme a los avances tecnológicos que ordenen idónea y comprensible la comunicación a la persona destinataria.

La referencia a «términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles» es asumida, con énfasis, como un ejercicio de oposición ante las sentencias judiciales, instrumentos complejos de entender.

En sintonía con lo mencionado, puede ocurrir que la controversia acuse márgenes de complejidad. Pensemos, por ejemplo, en un proceso penal en el que haya un concurso ideal y real de delitos, donde el juez explique esto en una actuación oral. Ciertamente los abogados asimilarán mejor el mensaje técnico que envía el magistrado. No obstante, en propiedad, las Reglas de Brasilia han sido diseñadas para que, en el caso que advertimos, el jurista asuma que es derecho de esa persona, en condición de vulnerabilidad, comprender la dimensión práctica de la actuación procesal. En ese sentido, es su responsabilidad explicar, junto a la necesaria descripción técnica del caso, o inmediatamente después de esta, en términos coloquiales y de fácil acceso, de la manera más sencilla posible la actuación a desarrollarse.

La mención a «expresiones o elementos intimidatorios» alude a un *deber de prudencia* del juez. Es decir, su vinculación a otro aspecto importante en el proceso: la tolerancia acerca de las condiciones personales del procesado. La judicatura no otorga un suprapoder al juez sobre las personas, no está en un pedestal desde el cual decide en forma omnímoda. Por el contrario, su facultad siempre es temporal, pues concluye el juicio y se configura un fenómeno de ajenidad. Por lo tanto, las amenazas o intimidaciones quedan fuera de lugar.

En esa línea, reiteramos la idea desde otro enfoque: la condición del juez de director del proceso no inviste al juzgador de una facultad acaso dictatorial con respecto a las partes. En otras palabras, es inviable usar su autoridad para extralimitarse en sus expresiones hacia las partes en el proceso. Sin embargo, en caso de suceder ello, corresponde concluir que existe un exceso del juzgador, si opta por amenazar a uno de los involucrados con una consecuencia procesal. Los apercibimientos del juzgador se ven exigidos de cumplir una condición de razonabilidad, que significa la aceptabilidad de sus decisiones.

Para una mayor comprensión, remontémonos a los jueces de la Alemania nazi, particularmente la acción de Roland Freisler, pues creemos que es un ejemplo de cómo no se debe juzgar.

La cuestión vinculada a que un «instrumento de notificación sea acompañado de un documento en formato accesible» se refiere a la exigencia de estandarizar, del mejor modo posible y con mecanismo de uso común, las actuaciones judiciales. Es taxativo que su proposición acepta un estándar de facilitación del acceso a la justicia. De esta forma, el esquema idóneo que la Regla 59 propone es que las notificaciones dejen de relatar en forma extensa una decisión judicial y que través de un formato sencillo se maneje mejor la comunicación judicial.

Ahora bien, aquello que expresamos, en la dimensión de la información que recibe la persona en condición vulnerable, sería una Regla de ida, toda vez que el juez transmite la decisión. Mas podemos conferirle también el sentido de una Regla de venida, en tanto el destinatario recibe la notificación. Así, si acaso nos referimos a un grupo vulnerable como las personas privadas de libertad, para quienes la sola comunicación con su defensor ya representa muchas veces una tarea difícil de llevar a cabo, el uso de formatos comunes a ser llenados por ciudadanos recluidos facilita el entendimiento más común de las actuaciones judiciales. Por ende, posibilita su derecho de acceder a la justicia.

Desde otra perspectiva, la Regla 60 establece que «en las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico. Deberá respetarse el uso de lenguaje inclusivo». Tras lo mencionado, es importante distinguir dos aspectos. En primer lugar nos referimos por sintaxis al orden de las ideas. Si se diera el caso donde el razonamiento del juzgador no engarza bien una afirmación con otra, situación que muchas veces ocurre por el uso excesivo de las comas, los gerundios y un lenguaje arcaico, el mensaje no se transmitirá en las condiciones adecuadas. Así, imposibilita su comprensión. En ese sentido, la buena sintaxis es una exigencia base del lenguaje judicial, en la medida que el orden de las ideas explaya correctamente aquello que el juzgador desea informar.

Sin embargo, donde encontramos una exigencia adicional a las actuaciones de los jueces, y creemos que allí no hay incompatibilidad, es en la cuestión de rigor técnico del mensaje judicial. La necesidad de figuras técnicas abarca dos dimensiones. En primer lugar, el juez puede ser lo suficientemente técnico en un apartado de la decisión judicial,

como hemos señalado *supra*; asimismo, se desprendería de la Regla 60, que propone que el juez comente, en términos muy sencillos, el bagaje técnico de la decisión que adopte. En esa lógica, es lo suficientemente técnico en sustentar su decisión y sencillo en justificar esa misma posición.

El esquema sería válido, de suyo, tanto para la decisión a incluirse en el documento escrito que representa la sentencia, así como en la actuación oral propiamente dicha, más aún en esta escena contemporánea del proceso cuando varias disciplinas del derecho ya asumen una fuerte faceta de oralidad.

En segundo lugar, un aspecto de la Regla 60 se refiere al lenguaje inclusivo. De acuerdo con un estudio de Naciones Unidas (2019), sugerimos algunas estrategias útiles para orientar el empleo de un lenguaje inclusivo sobre el género en español. Entre estas figuran: evitar expresiones discriminatorias y visibilizar el género cuando lo exija la situación comunicativa.

Por otra parte, no podemos negar la importancia de las cuestiones de género. Además, un lenguaje inclusivo nos remonta a incorporar no solo la descripción de una consideración del sexo femenino en las cuestiones judiciales, sino también de las minorías sexuales.

En ese orden de ideas, es pertinente entender que hoy, conforme a los postulados de democracia de los maestros italianos Norberto Bobbio (1986) y Giovanni Sartori (1988), es relevante asumir, en esa nueva definición de democracia, el respeto de los derechos de las minorías por parte de las mayorías; y uno de ellos, relevante por cierto, es la inclusión de la premisa de existencia de derechos y deberes de estas minorías sexuales.

Finalmente, la Regla 61, vinculada a la comprensión de las actuaciones orales, indica los siguientes criterios:

> **3. Comprensión de actuaciones orales**
> Se fomentarán los mecanismos necesarios para que la persona en condición de vulnerabilidad comprenda los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe, teniéndose presente el contenido del apartado 3 de la sección 3 del presente capítulo.

El efecto que proyecta es una consecuencia de los postulados materiales desde la Regla 58 hasta la 60, básicamente referidas a un marco general de comprensión de las actuaciones judiciales.

En la Regla 60, en específico, la noción admitida es propiamente que, a raíz de las providencias de actuación no excesivamente técnica del juez, mediante el uso de términos sencillos en la sustentación de sus decisiones tanto escritas como orales, y respetándose el empleo de un lenguaje inclusivo, la persona en condición de vulnerabilidad está en la capacidad de ejercitar su *derecho a comprender* las actuaciones judiciales, en el marco del discernimiento de sus derechos por parte de la justicia de su país.

Y aquí es propio remarcar esa necesaria dimensión del derecho de defensa, que se debe asociar a que el ejercicio de esa facultad enunciada suponga también una igualdad de armas, si nos atenemos a una propuesta de igualdad que actualmente es bandera de las actuaciones orales penales. De esa manera, no habrá igualdad en el derecho a la defensa, si la posición del Estado, avalada por un fiscal o un procurador, accede sin problemas al sustento de una defensa técnica de su posición; mientras, en el otro lado de la discusión, encontramos a una persona en condiciones de vulnerabilidad sin poder comprender la dimensión de la actuación procesal en la que se encuentra inmersa.

4. Las Reglas de Brasilia y un propósito de igualdad

Para relacionar el derecho a la igualdad con las Reglas de Brasilia, es oportuno indagar acerca de la necesidad de este instrumento de consenso.

Ante la pregunta de por qué son necesarias en América Latina, Ribotta (2012) considera que:

> América Latina y el Caribe es el continente de la desigualdad y la exclusión. No es el más pobre del mundo, aunque algunos de sus países lo son en grado alarmante, pero sí concentra los abismos más sangrantes en las diferencias entre ricos y pobres, condenando a gran parte de sus ciudadanos a vivir en escenarios de pobreza y exclusión social (p. 5).

Entonces, «la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses» (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 123).

Ribotta (2012) también destaca que «la pobreza es el máximo agravante de vulneración para el acceso a la justicia y para el ejercicio de todos y cualquier derecho, especialmente contextualizado en América Latina, el continente más desigualitario del mundo» (p. 1).

En esa línea, aportamos una cuestión adicional, pues así como existen grupos vulnerables, ¿podemos acaso también referirnos a *Estados vulnerables*? Ribotta (2012), tomando como referencia la Resolución n.º 59/184 de 2005, señala que:

> Naciones Unidas ya reconoció que la globalización afecta a todos los países de manera diferente y los hace más vulnerables a los acontecimientos externos, tanto positivos como negativos, y que produce cada vez mayores diferencias entre los países desarrollados, los en vías de desarrollo y los no desarrollados (p. 10).

En ese sentido, la autora agrega que:

> La calificación de Estados vulnerables no se refiere a consideraciones de carácter geopolítico, sino a su capacidad para promover y defender los derechos humanos y la calidad de vida y satisfacción de las necesidades básicas de todos sus ciudadanos. También a la capacidad para afrontar y resolver riesgos de ciertos eventos traumáticos, como crisis ecológicas, alimentarias, económicas, sanitarias, naturales, guerras o conflictos sociales (Ribotta, 2012, p. 10).

Enunciadas algunas de las especificaciones técnicas de las Reglas de Brasilia sobre la comprensión de las actuaciones judiciales, permítasenos regresar a una relación troncal, más de carácter material, entre el citado instrumento internacional y el derecho a la igualdad.

Nos referimos así a la omnicomprensiva que hoy en día asume el derecho a la igualdad. En un primer momento, se refirió a su condición de simple derecho subjetivo entre los griegos, es decir, de derecho de

naturaleza lineal por señalar el carácter nominal sin más de la igualdad, y solo tenía lugar entre hombres libres y no en las mujeres, tampoco en los esclavos. No obstante, en la actualidad, la igualdad asume la verdadera naturaleza de derecho fundamental, con amplios escenarios de determinación y, además, tutelada por una característica *in crescendo*, de progresividad y no de regresividad, de las situaciones materiales del derecho de igualdad.

De ese modo, cuanto argüimos sobre las Reglas de Brasilia desde la dimensión del derecho a la igualdad, es el fin propio de este instrumento jurídico de propiciar condiciones de acceso a la justicia para que las personas en condiciones de vulnerabilidad logren una materialización de ejercicio de sus derechos, de la misma manera que el resto de los ciudadanos.

Por tanto, es propio enunciar a las Reglas de Brasilia como una forma de *acciones afirmativas*. Este tipo de instrumentos nacen en Estados Unidos en 1961, a través de la Orden Ejecutiva n.º 10925, del Gobierno de John F. Kennedy, que dispuso el establecimiento de un Comité para la igualdad de oportunidades en el empleo. En la actualidad, en esencia, se concibe a las *acciones afirmativas* con el propósito de propiciar, podríamos llamarlo así, ciertos beneficios a los grupos en condiciones de desventaja, a efectos de que accedan al mejor ejercicio de sus derechos.

Entonces, los caracteres que comparten en sentido general las *acciones afirmativas*, y cuyo mejor ejemplo son las Reglas de Brasilia, apuntan a que se cumpla un postulado definitorio del derecho a la igualdad, convirtiéndolo en un verdadero *diritto*: tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como iguales. Así, las Reglas de Brasilia proyectan la premisa sustantiva final de que todas las personas, sin distinción alguna, están en condiciones de acceder a la justicia y no deben existir obstáculos en ese propósito. Y si acaso hay grupos vulnerables, estos observarán reducidas sus diferencias de acceso a la justicia.

Definidas esas pautas, los contenidos de estudio que asumimos, referidos prevalentemente al *derecho a comprender* las actuaciones judiciales, perfilan una dimensión de ese ejercicio a un igual trato en el acceso a la justicia. En ese sentido, no existirá una misma facilidad de acceso a la justicia, por ejemplo, entre el migrante en condición de

refugiado y un ciudadano en una situación regular; por ello, es necesario facilitar algunas condiciones de acceso, como en rigor pretenden las Reglas de Brasilia y las *acciones afirmativas*.

En la misma línea de análisis que abordamos, si bien la aspiración a un trato igualitario es un propósito de toda política pública desde la perspectiva de las Reglas de Brasilia, pongamos también nuestro enfoque en una realidad compleja —de desigualdad—, que pretende combatir el instrumento internacional.

La desigualdad se expresa, en términos generales, como los desbalances evidentes sobre la posibilidad del ejercicio de los derechos; además, si unimos este matiz de desigualdad a la pobreza (Ribotta, 2012), estamos frente a las condiciones de agravamiento de esos entornos.

Ahora bien, hay un aspecto importante a destacar que nos permite precisar algunas ideas de categorización. De manera general, las Reglas de Brasilia organizan a algunos grupos vulnerables que ya hemos reseñado en acápites precedentes; pero existen rasgos que agudizan la discriminación, uno de ellos es precisamente la pobreza, que se presenta, según Ribotta (2012), de manera coyuntural. La autora la define, a partir de las ideas de Amartya Sen, el famoso economista indio, como una privación de capacidades o funcionamientos que son intrínsecamente importantes.

En consecuencia, *estar pobre* antes que *ser pobre*, si bien puede representar una incapacidad, agrava la dificultad de acceso a la justicia, caracterizándose por la concurrencia de algunas dificultades específicas. ¿Cuáles son esas condiciones concurrentes para un entorno de pobreza? Ribotta (2012) señala factores asociados como:

> la heterogeneidad personal, las condiciones sociales, la distribución de los recursos dentro de la unidad familiar, la diversidad relacionada con el medio ambiente, el clima, las condiciones epidemiológicas, la situación geográfica, las diferencias de clima social, la situación histórica, cultural y política, y las diferencias de perspectivas relacionales marcadas culturalmente, entre otros factores configuradores del escenario situacional en el que las personas se encuentren desarrollando sus vidas (pp. 15-16).

A tenor de lo expuesto, las Reglas de Brasilia ocupan un ámbito de trabajo importante: por un lado, atacan la existencia de categorías de desigualdad, entendidas como los grupos vulnerables; y, por otro lado, combaten los factores agravantes de desigualdad, donde la pobreza desempeña un rol esencial.

Entonces, ¿cómo tiene lugar esto respecto a la comprensión de las actuaciones judiciales? Mediante el diseño de políticas públicas, cuya tendencia de enfoque sea precisamente reducir las brechas de pobreza de la ciudadanía, a fin de no clasificar *ciudadanos de un primer rango*; en otras palabras, las personas que conducen la defensa de sus intereses sin mayores obstáculos que aquellos que regularmente la realidad judicial de cada país describe; *ciudadanos de segundo orden,* donde están los grupos en condiciones vulnerables; y, por último, *ciudadanos de tercer orden*, quienes además de ser vulnerables, por añadidura, son pobres.

5. Deberes de realización del Estado

Desde otro ámbito, los escenarios sociales complejos por omisión de los Estados representan una importante preocupación en el derecho comparado. Así, ante la comisión de una falta grave contra los derechos fundamentales de los ciudadanos, por responsabilidad directa de los Estados, usualmente están abiertos los caminos de la justicia supranacional. Una acción concreta del Estado en agravio de los ciudadanos —asesinato por agentes del Estado, cárceles en condiciones deplorables, recorte de derechos por responsabilidad estatal, etc.— deviene en una responsabilidad directa del mismo; y cuando el caso así lo amerite implica un litigio internacional.

Naturalmente, determinadas omisiones de los Estados sobre los derechos fundamentales o, en grado superlativo, respecto de los derechos humanos, también pueden ser objeto de una controversia en sede supranacional. Sin embargo, estas requieren un quehacer más argumentativo de probanza, pues se trata de señalar que ese no hacer del Estado compromete un determinado rango de responsabilidad.

A juicio nuestro, las Reglas de Brasilia constituyen una respuesta directa a ese *deber de realización* del Estado con el derecho de los ciudadanos en condiciones de vulnerabilidad para un efectivo acceso a la justicia. En consecuencia, pretenden acabar con una situación de omisión del Estado en los grupos vulnerables. Por tanto, se culmina el estado general de *inconstitucionalidad por omisión,* entendida esta figura como una no actuación en su oportunidad. Ciertamente, siempre una omisión es una cuestión de naturaleza más compleja, en tanto los elementos son más difíciles de delimitar en vínculo con la figura de la comisión de un acto.

Este aludido *deber de realización* también implica, desde otra perspectiva, el cumplimiento de obligaciones estatales a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), que en cuanto a la obligación de respetar los derechos señala:

> Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
>
> Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano (art. 1).

Coadyuva a esta idea también que el acceso a la justicia sea entendido como un *servicio público*, que es un «deber que se enmarca en acortar la brecha existente entre la norma y la realidad» (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2014, p. 12).

La alocución que antecede nos permite aportar algunos elementos de reflexión. Si optamos por una mirada nominal y semántica del concepto de Estado, escogeríamos, de seguro, una referencia descriptiva de los elementos que conforman aquella noción. Es una situación definicional.

Sin embargo, el acceso a la justicia ha dejado de ser una premisa descriptiva desde hace mucho tiempo atrás. Asimismo, a través de las Reglas de Brasilia y su relación con las personas vulnerables, pasan

los Estados de una visión «de la fuerza» —*Machtstaat*— o de policía —*Polizeistaat*— (Zagrebelsky, 2009), o de aquel del despotismo ilustrado —*laissez faire, laissez passer—, le monde va de lui même* (dejar hacer, dejar pasar, el mundo va solo) o *tout pour le peuple, rien par le peuple* (todo para el pueblo pero sin el pueblo), atribuibles estas últimas expresiones a los fisiócratas del siglo XVIII, a una categoría de Estado constitucional en la cual existe, junto a la noción de *deber de realización*, la efectivización de un *deber especial de protección*. Lo anterior ha merecido una posición del Tribunal Constitucional del Perú (2004) en los términos que a continuación reseñamos:

> debido al influjo de diversas teorías que han servido de base al constitucionalismo, y muy significativamente de las doctrinas pactistas, desde sus orígenes, el Estado moderno ha sido concebido como un ente artificial, una de cuyas tareas encomendadas ha sido, desde siempre, proteger los derechos fundamentales. Podría decirse, incluso, que se trata de su finalidad y deber principal, pues, en su versión moderna, el Estado ha sido instituido al servicio de los derechos fundamentales. El Estado, en efecto, tiene, en relación con los derechos fundamentales, un deber especial de protección (fdto. 6).

Desde este enfoque, las Reglas de Brasilia cumplen, entonces, dos caracteres relevantes: representan un *deber de realización* y, al mismo tiempo, son una expresión de un *deber especial de protección*. Se trata de conceptos estrechamente ligados que, al mismo tiempo, constituyen, a juicio nuestro, obligaciones morales de los Estados.

6. Quehaceres inmediatos para una implementación óptima del derecho a comprender

Llegado nuestro estudio a este punto, la interrogante natural a proyectar es: ¿qué hacemos a nivel de Estados por una efectivización de las Reglas de Brasilia en cuanto a una mejor comprensión de las actuaciones judiciales?

Es importante aquí distinguir la existencia de obligaciones negativas y positivas de los Estados frente a los derechos. En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008), en su estudio referido a «Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en material de derechos económicos, sociales y culturales», ha expresado que:

> El derecho de los derechos humanos ha desarrollado estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para reclamar por la vulneración de los derechos fundamentales. En tal sentido, la obligación de los Estados no es solo negativa, de no impedir el acceso a esos recursos, sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos, para lo cual los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia. En los últimos años, el SIDH ha reconocido la necesidad de comenzar a delinear principios y estándares sobre los alcances de los derechos al debido proceso judicial y a la tutela judicial efectiva, en casos que involucran la vulneración de derechos económicos, sociales y culturales (p. 30).

En cuanto a los Estados nacionales, y sobre la base de las afirmaciones anteriores, creemos en la posibilidad de varios segmentos de actuación a ser tomados como medidas de acción de los países del sistema, con la finalidad de obtener un mejor cumplimiento de las Reglas de Brasilia para la comprensión de las actuaciones judiciales. A nivel de los Poderes Judiciales, se implementan programas de capacitación para jueces en temas de argumentación y redacción jurídica, con miras al desarrollo de las Reglas de Brasilia en el especial ítem de comprensión de las actuaciones judiciales.

De esta manera, involucramos a los actores principales en el sistema de justicia con el propósito de comprender, con más amplitud, la dinámica que hoy impone la argumentación jurídica, que si bien adopta el esquema de la teoría estándar de la argumentación, deja de lado la premisa de que una buena argumentación es aquella que privilegia buenos estándares de praxis, pues, como dice Atienza (2004),

«no hay nada más práctico que la buena teoría y el núcleo de la buena teoría —jurídica— es la argumentación» (p. 18).

Desde esa perspectiva, la justicia asume un rostro real, debido a la mejor comprensión de las actuaciones judiciales por parte de los grupos vulnerables enunciados por las Reglas de Brasilia, que indudablemente reducen las asimetrías existentes en el acceso a la justicia, que, de ocurrir, lesionan el concepto clásico de tutela jurisdiccional efectiva. Este último aspecto consigue ser entendido, si lo admitimos mediante un sentido práctico, desde la idea de que el Estado, por intermedio del poder de la jurisdicción, reconoce a los ciudadanos un derecho determinado, más a través de una decisión que represente la conclusión de varios procedimientos, en los cuales ha resultado clara la actuación del juez; por tanto, se ha conocido sus actuaciones en el marco de un proceso.

En el ámbito de la sociedad civil, existe el incentivo de campañas ciudadanas por un *derecho a comprender* las actuaciones judiciales. El binomio jueces-sociedad no puede trabajar aisladamente. Si hay cursos de capacitación para reforzar las competencias de los jueces en transmitir mejor sus actuaciones, acotamos que con respecto a la sociedad, se hacen exigibles campañas informativas que traduzcan una mejor lectura en la realidad de las Reglas de Brasilia, y más aún en el campo de interés que nos ocupa en relación con las actuaciones judiciales, ya que los ciudadanos son los actores primarios en las actuaciones de los jueces.

En esa línea, son participantes especiales en ese escenario que describimos los grupos en condición vulnerable, dado que a ellos se orienta que los Estados hagan transparente su actuación en un ambiente tan sensible como el de las actuaciones del juez. De esa manera, la ciudadanía reconoce que existe una labor comunicativa que apunta a que, con eficiencia, se reduzcan las brechas de desigualdad.

En lo referido a la labor de las universidades y otros centros educativos y la comprensión de las actuaciones judiciales, será un eje gravitante de acción el impulso de incentivo y promoción de estudios, desde la doctrina y bajo un ámbito pragmático.

Así, lo anterior merece una precisión conceptual, ya nos dice la doctrina de la argumentación que una buena justificación externa, entendida como un importante estándar de argumentación, involucra normas consuetudinarias, principios morales, juicios valorativos, etc. (Gascón, 2003). A partir de esta idea, construimos hasta tres ángulos relevantes: en primer lugar, se refiere, al destacarse la sentencia judicial, la aplicación de la ley, la Constitución y sus principios, en el razonamiento del juzgador; en segundo lugar, alude a la importancia de la jurisprudencia, esto es, al asunto de que se tengan en cuenta los precedentes sobre el caso en materia de examen; en tercer lugar, y no menos importante, menciona el valor de la doctrina.

Entonces, será transcendente que iniciativas de interés, como las de convocar el desarrollo de estudios sobre la materia, enfoquen su perspectiva a desarrollar un reforzamiento de sus principios desde las Reglas de Brasilia, pues de esa forma, por un lado, se destaca su importancia material en sí misma; y, por otro lado, se refuerzan los ejes para que a futuro se impulsen mejoras en su aplicación.

No olvidemos que muchas veces la doctrina tiene ese rango de elemento precursor en el desarrollo del pensamiento jurídico, de tal forma que, según la doctrina, se promueve una iniciativa; luego, se transmite a la jurisprudencia y, finalmente, esta se posa con solidez sobre la norma legal.

Ahora bien, ¿un ejemplo aproximado de esta información? Aunque con algunas variantes, el test de proporcionalidad fue una propuesta de la jurisprudencia alemana tras las primeras decisiones del Tribunal Federal Constitucional alemán, una vez que este se instaló en funciones en el año 1951. Posteriormente, de acuerdo con Robert Alexy (2007), en un esfuerzo de categorización doctrinal, le dio forma conceptual a la figura; después de ello, muchos tribunales constitucionales del mundo adoptaron en sus decisiones los estándares del acotado test, el mismo que fija los subexámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En relación con esto, ¿podría el test de proporcionalidad convertirse en ley? No descartamos un escenario de esa naturaleza, dado que no sería inviable en modo alguno.

7. Conclusiones

Según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2005), si consideramos como ideas bases que «los más pobres y vulnerables enfrentan obstáculos estructurales para acceder, en condiciones razonables, al sistema de justicia» (p. 4), y que «las reformas judiciales no han contribuido a reducir el déficit de ciudadanía social» (p. 3), se hace exigible que cerremos esas onerosas brechas. De ese modo, una realización del *derecho a comprender* es, en parte, una importante respuesta frente a los problemas señalados.

No obstante, tras las constantes reformas judiciales en Latinoamérica, espacio donde los vientos democráticos han soplado con fuerza en los últimos lustros, el acceso a la justicia sigue siendo un objetivo lejano para muchos ciudadanos; por ello, las Reglas de Brasilia cierran ese espacio que revela dos puntos distantes y opuestos: por un lado, una difícil realidad de acceso a la justicia para ciertos grupos vulnerables; por otro lado, un diseño de políticas públicas que aún denota insuficiencia. ¿Cómo combatimos ello? A través de una efectivización del *derecho a comprender*, con la finalidad de optimizar el acceso a la justicia.

Cabe resaltar que la idea de grupos vulnerables no es una definición restringida. Por el contrario, a la clásica noción de entender como vulnerables a determinadas personas por razones de edad, discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas, por victimización, por migración y desplazamiento interno, por pertenencia a minorías, y por privación de libertad (Reglas 3 y 4) , se debe añadir el eje de incorporación en su denominación de categorías abiertas a las personas involucradas en el derecho a la vivienda; así como también en los casos de población sin techo, a quienes viven en barrios sin regularización o en espacios no urbanizados, o los afectados por catástrofes naturales o crisis económicas.

El presente estudio ha esbozado algunas líneas de reflexión sobre la finalidad de las Reglas de Brasilia y su objetivo de mejorar el acceso a la justicia, particularmente en los grupos vulnerables, aspectos

que denotan limitaciones para ejercer un derecho al cual, *prima facie*, tenemos acceso todos los ciudadanos.

Asimismo, hemos reseñado las principales ideas, desde la Regla 58 hasta la 61 del instrumento mencionado, acerca de la comprensión de las actuaciones judiciales y, bajo esa pauta, nos hemos permitido construir una noción de *justicia a pie*, entendida como una necesidad de que el Estado y su estructura jurisdiccional no sean un concepto lejano y cuasi inasible, al cual los grupos vulnerables no tengan acceso.

Las Reglas de Brasilia representan un propósito de igualdad y, por extensión, pretenden reducir escenarios de desigualdad. Estas tareas se enmarcan en lo que denominamos *deberes de realización del Estado*, concepto que se acerca al *deber especial de protección* que ha tejido la doctrina de tutela del Tribunal Constitucional peruano.

Finalmente, hemos querido reseñar algunos quehaceres inmediatos para una implementación óptima del derecho a comprender; y con ello acompañar a los comentarios acerca de los entornos que proyectan las Reglas de Brasilia, en relación con la comprensión de las actuaciones judiciales, con determinadas medidas para efectivizar su aplicación.

En suma, los Estados tienen una importante tarea en la materia de comprensión de la actuación de los jueces. Se ha demostrado que realmente hay mucho que hacer. Así evitaremos esa aciaga reflexión del Libertador Bolívar, quien al ver que su propuesta de una América unida se desmembraba, pensó que había arado en el mar.

Las Reglas de Brasilia impulsan a los Estados a sembrar muchos esfuerzos. Los resultados de esa cosecha serán un escenario de mejor acceso a la justicia, deber que nos compete a todos los actores del sistema de justicia.

Referencias

Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo). Lima: Palestra.

Andreu-Guzmán, F. y Courtis, C. (2008). Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. En Ministerio Público de la Defensa (ed.), *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia* (pp. 51-60). Buenos Aires: Defensoría General de la Nación. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26687.pdf

Atienza, M. (2004). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.

Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008). Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales (OEA/Ser.L/V/II.132). Recuperado de http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Lineamientos%20final.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1990). Opinión Consultiva n.º OC-11/90. San José: 10 de agosto de 1990. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf

_____ (2003). Opinión Consultiva n.º OC-18/03. San José: 17 de septiembre de 2003. Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf

Cumbre Judicial Iberoamericana (2014). Informe Reglas de Brasilia. Asamblea Plenaria de la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana. Recuperado de http://anterior.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=777898&folderId=904111&name=DLFE-6385.pdf

Figueroa, E. (24 de abril de 2012). Modernización del lenguaje jurídico: ¿derecho a comprender? *Jurídica*, (404), 4-5.

Gascón, M. (2003). *La motivación. conceptos fundamentales. Interpretación y argumentación*. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura.

Ministerio de Justicia de España (2011). Informe de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico. Comisión de expertos. Recuperado de https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/PA_PAGAJGenerico/descarga/Informe%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20de%20Modernizaci%C3%B3n%20del%20Lenguaje%20Jur%C3%ADdico.pdf?idFile=41ae8714-a3a7-462e-b496-6da3ffcb7421

Naciones Unidas (2019). Lenguaje inclusivo en cuanto al género. Recuperado de https://www.un.org/es/gender-inclusive-language/guidelines.shtml

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2005). Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia. América Latina y el Caribe. Argentina: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Recuperado de http://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Manual-Politicas-Publicas.pdf

Ribotta, S. (2012). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia. *Revista Electrónica Iberomaericana, 6*(2), 1-37. Recuperado de https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_6_2012_2/REIB_06_02_04Ribotta.pdf

Sartori, G. (1988). *Teoría de la democracia. El debate contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad.

Tribunal Constitucional del Perú (2004). Sentencia n.º 0858-2003-AA/TC. Lima: 24 de marzo de 2004.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1975). Caso Golder vs. Reino Unido. Estrasburgo: 21 de febrero de 1975.
_____ (1979). Case of Airey v. Ireland. Estrasburgo: 9 de octubre. Recuperado de http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57420

Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

El derecho fundamental de acceso a los órganos judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (acceso a la justicia)

José Garberí Llobregat
Universidad de Castilla-La Mancha, España
jose.garberi@uclm.es

1. Introducción

Como es sabido, el Tribunal Constitucional de España (TC, en lo sucesivo) no ha secundado la clásica teoría concreta sobre la «acción», pero tampoco ha favorecido a la orientación más restrictiva de todas las formuladas en torno a la teoría abstracta (aquella que se limita a entender por tal el simple acceso de los ciudadanos a los tribunales, a fin de someter a los mismos la resolución de sus controversias). La jurisprudencia constitucional se ha inclinado por considerar que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (proclamado en el art. 24.1 de la Constitución española —CE, en adelante—) se inscribe en los postulados de dicha teoría abstracta, pero en sus formulaciones más amplias o expansivas, que se ubican en el seno de la «acción» no solo en el acceso a la jurisdicción (derecho a cuyo análisis se dedica el presente trabajo), sino también en la obtención de una resolución judicial dictada de acuerdo con el derecho y algunos otros contenidos adicionales (derecho a los recursos, a la ejecución, entre otros).

2. Contenidos esenciales del derecho fundamental de acceso a los órganos judiciales

Si el derecho a la tutela judicial efectiva presenta unos contenidos plurales que se desenvuelven a lo largo del proceso de declaración, y se extienden también al de ejecución, es evidente que el presupuesto del ejercicio y la observancia de estos es el derecho de acceso a los tribunales de los sujetos que invoquen la lesión de un derecho subjetivo o de un interés legítimo controvertido.

Como es natural, no resulta jurídicamente posible ejercitar otros derechos integrantes del genérico derecho fundamental, proclamado en el art. 24.1 CE, si con anterioridad no se efectúa el derecho a acceder a los órganos judiciales, a fin de plantear ante ellos la correspondiente pretensión procesal.

Por ese motivo, es habitual, en la jurisprudencia del TC, afirmar que el derecho que ahora nos ocupa es el primero de los contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva «en un orden lógico y cronológico»; de esa manera se expresa en los dictámenes SSTC n.º 226/2006, STC n.º 330/2006, STC n.º 148/2007, STC n.º 251/2007, STC n.º 25/2008, y STC n.º 26/2008.

Ahora bien, conceptualmente, el derecho de acceso a la jurisdicción ha sido definido por el TC como el «derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas» (STC n.º 251/2007, fdto. 4; STC n.º 26/2008, fdto. 5).

Comprende, por tanto, no solo el derecho de todos a acudir a los tribunales para plantear la pretensión y provocar la iniciación del proceso, sino también el derecho a obtener una respuesta judicial sobre las pretensiones deducidas (que puede ser tanto de fondo, cuanto absolutoria en la instancia o meramente procesal).

No obstante, en el concreto ámbito del proceso penal, y con referencia estricta a la pretensión punitiva, el hecho de que los acusadores no hagan valer ningún derecho material propio (pues nuestro ordenamiento no les reconoce el derecho a la condena judicial del acusado) implica que este acceso quede limitado a un simple *ius ut procedatur*.

En otras palabras, de acuerdo con la Sentencia n.º 176/2006, no como «parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino estrictamente como manifestación específica del derecho a la jurisdicción» (fdto. 2); de ese modo, en esta esfera procesal, el derecho de acceso no comporta lo siguiente:

> un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que la ponga término anticipadamente, de conformidad con las previsiones de la Ley de enjuiciamiento criminal (fdto. 4).

En ese sentido, podría decirse que mientras en el marco de los procesos no penales el derecho de acceso a los tribunales comprende la obtención de una resolución sobre las pretensiones deducidas (de fondo o no, como luego se dirá); en el ámbito del proceso penal, en cambio, y por la circunstancia expresada, se satisface con cualquier medida judicial motivada, incluso con aquellas que determinen la finalización anticipada del pleito ante la carencia de algún elemento de índole material (vgr. la falta de tipicidad de los hechos).

3. Las obligaciones correlativas al ejercicio del derecho fundamental de acceso a los órganos judiciales

La cuestión más trascendente es el reconocimiento constitucional del derecho de acceso a los órganos judiciales, cuya función es la de concretar a quién y a qué obliga el ejercicio de este.

El derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto culminación de la evolución histórica sobre la «acción», es un derecho frente al Estado (art. 53.1 CE); en particular, *frente a los órganos judiciales*, y en relación con los Estados de derecho informados por el principio de la división de poderes, los organismos públicos asumen en régimen de exclusividad el ejercicio de la potestad jurisdiccional. De esa manera, juzgan y ejecutan lo dictaminado según las normas de competencia y procedimiento establecidas en las leyes (art. 117 CE).

Es evidente que el derecho de acceso por parte de los sujetos en conflicto crea correlativas obligaciones que han de cumplir los órganos judiciales.

Sin embargo, con este derecho de acceso (al igual que sucede con algún otro de los contenidos en el art. 24.1 CE, como por ejemplo acontece con el derecho a los recursos) no solo involucra al Poder Judicial. En función de ello, los obstáculos que impiden o dificultan su ejecución pueden provenir de las actuaciones de las instituciones judiciales; pero también de la instauración en las leyes de requisitos, presupuestos o condiciones que el litigante efectuará si quiere que su pretensión sea enjuiciada por un órgano judicial, no menos evidente resulta que el ejercicio del derecho de acceso comporta la aparición de correlativas obligaciones que llevará a cabo el Poder Legislativo.

Así lo ha reconocido también el propio Tribunal Constitucional (2008d), para quien este derecho de acceso se ve conculcado:

a) Tanto por las interpretaciones de las normas que son manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que «por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquella causa preserva y los intereses que se sacrifican» (fdto. 5), de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o el requisito en cuestión sea arbitraria o irrazonable.
b) También por lo siguiente:

> aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (fdto. 5).

Por lo tanto, se ha de distinguir la vinculación que el derecho de acceso despliega sobre la actividad del Poder Legislativo de la que proyecta sobre la actuación del Poder Judicial o, si se prefiere, el contenido del mandato u obligación que dicho derecho fundamental supone.

4. La correlativa obligación legislativa de no obstaculizar el acceso de los órganos judiciales

4.1. De carácter general

La vigencia del derecho de acceso a los órganos judiciales determina, en primer lugar, y con relación a la actuación del Poder Legislativo, la inadmisibilidad de trabas legales que no gocen de una justificación constitucionalmente atendible. Asimismo, en caso de que se dispongan en los preceptos legales, serán inconstitucionales por vulnerar este primer contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Como declara la jurisprudencia constitucional, este derecho es *de configuración legal*, por lo que el ejercicio y la dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que en cada caso establezca el legislador; sin embargo, según la Sentencia n.º 228/2006, «no puede, dado el carácter de derecho fundamental que tiene, fijar obstáculos o trabas arbitrarias o caprichosas que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito» (fdto. 2).

De esta forma, de acuerdo con la Sentencia n.º 13/2008, el obstáculo legal del acceso a los tribunales, para legitimarse desde la óptica constitucional, «deberá obedecer a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos y deberá guardar una notoria proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables» (fdto. 4).

4.2. Obstáculos legales inconstitucionales

El Tribunal Constitucional español decretó la inconstitucionalidad de determinados condicionantes impuestos por las normas legales, que impedían el derecho de acceso sin ostentar un fundamento o una justificación atendible.

a) Los costes económicos del proceso y el derecho a la asistencia jurídica gratuita

Con respecto al ejercicio del derecho de acceso a los órganos judiciales, los pronunciamientos del TC han destacado el grave obstáculo que comporta la carestía del proceso para quienes carecen de los recursos suficientes para litigar. Ellos, como es perfectamente conocido, gozan del derecho (no *fundamental*, sin embargo) a litigar gratuitamente proclamado en el art. 119 CE.

A partir de los pronunciamientos, se infiere con toda evidencia la inconstitucionalidad de todas las normas legales que no aseguren la gratuidad de la justicia a las personas que, en efecto, no cuenten con los fondos económicos necesarios para sobrellevar los costes derivados del sometimiento a los tribunales de las respectivas pretensiones procesales.

En síntesis, según la Sentencia n.º 217/2007, el derecho a litigar gratuitamente en cuanto a:

> su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes, y trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar (fdto. 2).

Asimismo, se encuentra estrechamente relacionado con el derecho fundamental de acceso a los tribunales, toda vez que una lesión del primero genera la vulneración del segundo.

Además, la imposición de gastos inherentes al proceso sin tener en cuenta la capacidad económica de quien debe afrontarlos resulta también inconstitucional, por suponer un atentado a la igualdad y la no discriminación, capaz de vulnerar *de facto* el derecho de acceso a los tribunales. Por este motivo, la STC n.º 140/2016 ha declarado la inconstitucionalidad de la regulación de las *tasas judiciales*, llevada a cabo en la Ley n.º 10/2012.

b) El arbitraje obligatorio en materia de transportes y seguros

La STC n.º 174/1995 anuló por inconstitucional el art. 38.2.I de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres española (LOTT),

ya que imponía a los operadores afectados el sometimiento a un arbitraje obligatorio de unas controversias de cuantía determinada, que comportaba, salvo pacto previo, en contrario, suscrito por todos los interesados, la exclusión absoluta del acceso de los interesados a la vía judicial, a fin de subyugar a los tribunales las mismas controversias. De esa manera, el fallo manifiesta que:

> siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500 000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario (fdto. 1).

En sintonía con lo anterior, el Tribunal Constitucional español declaró que dicho sistema normativo vulneraba el derecho a la tutela efectiva de las personas, el cual contribuye a obtener de los jueces y los tribunales la protección de sus derechos e intereses. Además, es contrario a la Constitución que la norma suprima la voluntad de una de las partes para supeditar la controversia al arbitraje, dado que la primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad del demandante para incoar el proceso; por consiguiente, dominar al demandado a los efectos del mismo.

Por tanto, la esencia misma de la tutela judicial se quebranta por contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella, que es exactamente lo que propiciaba el art. 38.2. I LOTT, que, al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, supeditaba el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra. Dicho pronunciamiento motivó la reforma normativa del precepto, cuya nueva redacción ha sido declarada según la Constitución, mediante la Sentencia n.º 352/2006.

De otro lado, la STC n.º 1/2018 ha declarado inconstitucional el art. 76.E de la Ley n.º 50/1980 del Contrato de Seguro, dado que esta dispuso la sumisión obligatoria al arbitraje por la sola voluntad de una de las partes en conflicto (el asegurado), sin que la otra (el asegurador) pudiera someter el conflicto a los tribunales.

c) La notificación de una liquidación tributaria a persona distinta a la legitimada para impugnarla ante los tribunales

Con un alcance muy específico, la Sentencia n.º 113/2006 declaró la inconstitucionalidad de diversos preceptos reguladores del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, los cuales determinaban al presentador de la declaración y no al obligado tributario, con quien se realizan las notificaciones de las resoluciones administrativas vinculadas con el tributo. Así, esta previsión no regulaba el ejercicio del derecho de acceso a los órganos judiciales por parte de este último en manos de la diligencia del primero, cuyo actuar negligente motivaría que el recurso ante la resolución tributaria no llegara a interponerse en el plazo legalmente establecido. En esa línea, el fallo afirma lo siguiente:

> El presentador del documento tendrá por el solo hecho de la presentación el carácter de mandatario de los obligados al pago del Impuesto, y todas las notificaciones que se le hagan en relación con el documento que haya presentado, así como las diligencias que suscriba, tendrán el mismo valor y producirán iguales efectos que si se hubieran entendido con los mismos interesados (fdto. 2).

A partir de lo anterior, el Tribunal Constitucional, mediante la STC n.º 46/2008, considera evidente que semejante previsión legal incide en el derecho a la tutela judicial efectiva de los obligados tributarios. Además, agrega que «en la medida en que la notificación de los actos de gestión del impuesto a quien, no siendo sujeto pasivo del mismo presenta el documento, ha constituido un obstáculo desproporcionado» (s. p.) para los obligados tributarios en orden al acceso a la jurisdicción, particularmente en casos en los que el presentador no les comunique dichos actos o no lo haga temporáneamente.

d) El suplicatorio civil para proceder contra diputados y senadores

La Sentencia n.º 9/1990 anuló por inconstitucional el apartado del art. 2 de la Ley Orgánica n.º 1/1982, de protección civil del derecho al honor, que supeditaba el acceso a los tribunales a la obtención del previo suplicatorio (civil, en este caso), a cargo de la respectiva

Cámara Legislativa, cuando se pretendía dirigir la demanda contra un diputado o un senador «por opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones» (fdto. 3).

e) El recurso contencioso disciplinario en el ámbito militar

Por último, la STC n.º 177/2011 ha declarado contrario al derecho de acceso a los tribunales los arts. 453.2 y 468.B de la Ley Orgánica n.º 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, ya que impedían impugnar determinadas sanciones disciplinarias, en concreto las impuestas por faltas leves, debido al cauce del proceso contencioso-administrativo militar ordinario.

4.3. Obstáculos legales constitucionales

No obstante, existen igualmente unas disposiciones normativas que exigen requisitos o condiciones que, con toda evidencia, dificultan el ejercicio del derecho de acceso a los órganos judiciales. Pero, a diferencia de los anteriores, no son contrarios a este derecho del art. 24.1 CE por gozar de una justificación o un fundamento constitucionalmente atendible.

Al respecto, se diría que, como regla general, si el legislador exige requisitos que entrañen obstáculos del derecho al proceso o a la jurisdicción, su legitimidad constitucional se dará siempre y cuando los mismos obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos; además, según la Sentencia n.º 13/2008, «deberá guardar una notoria proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables» (fdto. 4).

En particular, la jurisprudencia constitucional ha podido predicar dicha legitimidad, por ejemplo, con relación a algunos procedimientos.

a) La reclamación administrativa previa

Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en la STC n.º 330/2006, en la que pudo señalar que la exigencia de agotamiento de este presupuesto con anterioridad al ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción es compatible con el art. 24.1 CE, pues

se justifica en razón de las especiales funciones y tareas que la administración tiene encomendadas por el ordenamiento constitucional. Asimismo, la finalidad es poner en conocimiento de la Administración pública el contenido y el fundamento de la pretensión, y brindarle la oportunidad de resolver directamente el litigio; y evitar, así, la vía judicial.

b) La imposición de plazos de caducidad para el ejercicio de la acción

Tampoco el hecho de que las normas legales subordinen la admisibilidad de las pretensiones procesales al cumplimiento de plazos de caducidad contraviene el derecho de acceso a los órganos judiciales, pues esta previsión es consecuencia de otro principio constitucional, que es la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Por tanto, la imposición de los plazos de caducidad goza de toda la legitimidad constitucional, tanto en su proyección sobre la inicial interposición de la pretensión (STC n.º 1/2007), como cuando la realizan sobre el ejercicio de la acción de revisión de resoluciones judiciales firmes (STC n.º 13/2008).

c) La fianza exigida para el ejercicio de la acción penal

La exigencia de que el querellante preste fianza, como requisito determinante de la admisión de su querella (art. 280 de Ley Enjuiciamiento Criminal), no ha merecido reproche alguno desde la óptica del derecho fundamental de acceso a los órganos judiciales, siempre que, eso sí, la cuantía de esta se adecue proporcionadamente a su capacidad económica (STC n.º 79/1999).

d) El «suplicatorio» exigido para la admisión de la acción penal contra diputados y senadores

La jurisprudencia constitucional no ha cuestionado la exigencia de la autorización previa, a emitir por parte de la respectiva Cámara Legislativa, para perseguir penalmente a los diputados o senadores, que está en la propia Constitución (art. 71.2).

El argumento legal de la exigencia de solicitar el suplicatorio para entablar frente a estos una demanda civil de tutela del honor, como ya se ha dicho, fue anulado, tras ser considerado inconstitucional al vulnerar el derecho de acceso a los órganos judiciales, mediante la Sentencia n.º 9/1990.

5. La correlativa obligación judicial de someterse al principio «pro actione» en la interpretación de los presupuestos y requisitos procesales

a) En general

Con respecto al Poder Legislativo, mucho más fructífera en contenidos y matices que la vinculación que produce la vigencia del derecho de acceso a los órganos judiciales es, en efecto, la relación que este derecho fundamental origina acerca de los propios juzgados y tribunales. En esa línea, desde el punto de vista constitucional, su correcta actuación suele depender, en la mayoría de las ocasiones, del adecuado ejercicio, sin obstáculos ni cortapisas.

Con el carácter de regla general, al amparo de una abundante línea de jurisprudencia constitucional, podría afirmarse que el derecho de acceso al proceso trae consigo la correlativa obligación judicial de interpretar todos los requisitos y presupuestos legales condicionantes de dicho acceso, conforme al principio *pro actione*. En otras palabras, la responsabilidad de los jueces y los tribunales de no incurrir en interpretaciones de los obstáculos normativos que dificulten que los litigantes planteen ante ellos sus respectivas pretensiones y resistencias.

En suma, una interpretación judicial de las normas que ha de llevarse a cabo del modo más favorable para el ejercicio de la acción, y no de tal manera que la obtención de una resolución sobre el fondo —que se entiende como una normal finalización de un proceso y un cumplimiento de la tutela judicial— sea obstaculizada (véase la Sentencia n.º 185/2006).

Pero, en realidad, de la literalidad de los pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por el TC a este propósito, se desprende la existencia

de obligaciones judiciales de contenido negativo; es decir, actuaciones que los tribunales no pueden realizar sin vulnerar el derecho de acceso. A ello se suman las obligaciones judiciales de contenido positivo, esto es, actuaciones que los tribunales ejecutan para asegurar el adecuado ejercicio. Estas últimas derivadas del derecho de acceso a los tribunales, así como también, si se prefiere, de obligaciones impuestas para respetar la integridad del referido derecho fundamental.

b) Obligaciones judiciales de contenido negativo

Desde una perspectiva negativa, la vigencia del derecho de acceso a los órganos judiciales impone una serie de prohibiciones en la interpretación de los presupuestos y requisitos legales condicionantes de la admisibilidad de la pretensión procesal y, por tanto, de su eventual enjuiciamiento sobre el fondo.

En esa línea, se afirma que los órganos judiciales no logran ejecutar *interpretaciones rígidas, rigoristas o formalistas*, porque el art. 24.1 CE excluye semejante explicación de la normativa procesal (SSTC n.º 228/2006, STC n.º 1/2007, STC n.º 148/2007 y STC n.º 6/2008).

En ese sentido, de realizarse las indebidas interpretaciones de las normas procesales, de acuerdo con la Sentencia n.º 228/2006, incurrirían en una hermenéutica «desproporcionada en relación con los fines que preservan aquellas y los intereses que se sacrifican» (fdto. 2).

Por tanto, los órganos judiciales deben efectuar una ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, que guarde la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que acarrea, estimación en la que se atenderá la entidad del defecto, su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida y su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, así como la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (STC n.º 330/2006).

En resumen, según la Sentencia n.º 26/2008, el derecho de acceso a los tribunales veda cualquier decisión judicial que «no satisfaga las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental» (fdto. 5); así como también, de acuerdo con la STC

n.º 6/2008, «que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra causa muestre una manifiesta desproporción entre los fines que aquella preserva y los intereses que se sacrifican» (fdto. 2). Así, impide un enjuiciamiento sobre el fondo del asunto (STC n.º 44/2005).

De otro lado, la vigencia del derecho fundamental que nos ocupa excluye también las interpretaciones judiciales sobre la normativa procesal determinante de la admisibilidad de la pretensión que carezcan de base legal. Por ejemplo, considerar extinguida una acción civil por la simple circunstancia de haberse personado el interesado en un proceso penal pendiente por los mismos hechos, que se observa en la Sentencia n.º 236/2006. Otro aspecto es entender que la jurisdicción penal de los tribunales españoles para enjuiciar hechos acaecidos en el extranjero exige la existencia de determinados vínculos o elementos de conexión de los hechos denunciados con nuestro ámbito jurisdiccional; lo anterior se refleja en la Sentencia n.º 227/2007.

De igual forma, en este ámbito del acceso al proceso también se excluyen aquellas interpretaciones de las normas procesales que resulten arbitrarias, irrazonables o incursas en un error patente (ha de entenderse por «error patente», permítasenos remitirnos, *infra*, a lo expuesto en el análisis del derecho a obtener una resolución judicial motivada) (SSTC n.º 330/2006, STS n.º 154/2007, SSTC n.º 26/2008).

Por consiguiente, el respeto al derecho fundamental de acceso a los tribunales obliga a que los mismos no puedan inadmitir la pretensión de un litigante; así, lleva a cabo una interpretación de las medidas procesales tan rígida, rigorista o formalista que atenta contra el principio de proporcionalidad, o una que carezca de base legal, o se revele arbitraria, irrazonable o patentemente errónea.

Los postulados jurisprudenciales que, sopesados en su justa medida, justificarían objetivamente que se llegase a esta conclusión: el derecho de acceso a los tribunales obliga a estos a realizar, entre todas las posibles, la interpretación que resulte más favorable al ejercicio del referido derecho. Sin embargo, y paradójicamente, la jurisprudencia constitucional no solo no ha secundado semejante término, sino que ha afirmado de manera expresa lo opuesto. Es decir, sostiene que, pese a todo, el art. 24.1 CE no fuerza a los jueces a tener que seleccionar la

interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan (véanse las SSTC n.º 226 y 228/2006, STC n.º 1/2007, STC n.º 6/2008, SSTC n.º 25/2008).

c) Obligaciones judiciales de contenido positivo

Finalmente, y ahora desde una perspectiva positiva, el derecho de acceso a los órganos judiciales obliga a estos no solo a abstenerse de efectuar determinadas clases de interpretaciones de las normas procesales, sino a promover por sí mismos algunas actuaciones tendentes a favorecer su adecuado ejercicio.

En esa línea, según la Sentencia n.º 127/2006, los órganos judiciales tienen el compromiso de promover la subsanación de los defectos y las irregularidades procesales apreciadas que resulten subsanables; y no solo con respecto a aquellos presupuestos y requisitos que se hayan cumplimentado indebidamente, sino también con referencia a otros cuya formalización no haya tenido lugar en absoluto (véase la STC n.º 330/2006).

En ese sentido, desde el momento en que la falta de legitimación activa comporta en la práctica, en algunos casos, la inadmisión de la pretensión procesal, el art. 24.1 CE obliga a los tribunales a efectuar una interpretación amplia de las normas reguladoras de dicha legitimación.

6. Conclusiones

Pesa, pues, sobre ellos, la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales. De esta manera, resultan censurables las apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal, o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso contrario a la efectividad del derecho fundamental (véanse las SSTC n.º 226/2006, STC n.º 251/2007).

Con un alcance más concreto, también los tribunales tienen el deber de considerar interrumpido el plazo de caducidad legalmente

establecido para el ejercicio de la acción cuando, además, durante el mismo, el interesado formaliza de forma correcta una petición de asistencia jurídica gratuita, pues, de lo contrario, lo más probable es que el plazo venza antes de resolverse esta solicitud, lo que determinaría una inconstitucional declaración judicial de inadmisibilidad del proceso por haberse interpuesto la pretensión fuera de plazo. Lo anterior se observa en la Sentencia n.º 148/2007.

En suma, según la STC n.º 44/2005, la misma interrupción del plazo para ejercitar la acción ha de considerarse cuando la pretensión se presente ante un juez incompetente; y este, tras declararlo así, remite a la parte al órgano judicial que sí ostente la debida competencia; también, de acuerdo con la Sentencia n.º 124/2004, cuando se interponga la acción como consecuencia de una previa declaración judicial por la que se desacumulen las ejercitadas conjuntamente de manera indebida.

Referencias

Gobierno de España (1982). Ley Orgánica n.º 1/1982. Madrid: 5 de mayo de 1982. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-11196

_____ (1989). Ley Orgánica n.º 2/1989. Madrid: 13 de abril de 1989. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1989-8712

Ministerio de Gracia y Justicia de España (1882). Ley de Enjuiciamiento Criminal. Madrid: 14 de septiembre de 1882.

Tribunal Constitucional de España (1990). Sentencia n.º 9/1990. Madrid: 18 de enero de 1990.

_____ (1999). Sentencia n.º 79/1999. Madrid: 26 de abril de 1999.

_____ (2004). Sentencia n.º 124/2004. Madrid: 19 de julio de 2004. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5129#complete_resolucion&dictamen

_____ (2005). Sentencia n.º 44/2005. Madrid: 28 de febrero de 2005. Recuperado de https://tc.vlex.es/vid/-247484
_____ (2006a). Sentencia n.º 113/2006. Madrid: 5 de abril de 2006. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5715
_____ (2006b). Sentencia n.º 127/2006. Madrid: 24 de abril de 2006. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5729#complete_resolucion&dictamen
_____ (2006c). Sentencia n.º 176/2006. Madrid: 5 de junio de 2006. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5778#complete_resolucion&dictamen
_____ (2006d). Sentencia n.º 185/2006. Madrid: 19 de junio de 2006. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5787
_____ (2006e). Sentencia n.º 226/2006. Madrid: 17 de julio de 2006. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5828#complete_resolucion&dictamen
_____ (2006f). Sentencia n.º 228/2006. Madrid: 17 de julio de 2006. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5830
_____ (2006g). Sentencia n.º 236/2006. Madrid: 17 de julio de 2006. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5838
_____ (2006h). Sentencia n.º 330/2006. Madrid: 20 de noviembre de 2006. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5932#complete_resolucion&dictamen
_____ (2006i). Sentencia n.º 352/2006. Madrid: 14 de diciembre de 2006. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5954#complete_resolucion&dictamen
_____ (2007a). Sentencia n.º 1/2007. Madrid: 15 de enero de 2007. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5968

_____ (2007b). Sentencia n.º 18/2007. Madrid: 12 de febrero de 2007. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5985

_____ (2007c). Sentencia n.º 217/2007. Madrid: 24 de mayo de 2007. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6184

_____ (2007d). Sentencia n.º 148/2007. Madrid: 18 de junio de 2007. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6115#complete_resolucion&dictamen

_____ (2007e). Sentencia n.º 154/2007. Madrid: 18 de junio de 2007. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6121

_____ (2007f). Sentencia n.º 227/2007. Madrid: 22 de octubre de 2007. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6194

_____ (2007g). Sentencia n.º 251/2007. Madrid: 17 de diciembre de 2007. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6218#complete_resolucion&dictamen

_____ (2008a). Sentencia n.º 6/2008. Madrid: 21 de enero de 2008. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6238

_____ (2008b). Sentencia n.º 13/2008. Madrid: 31 de enero de 2008. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6245

_____ (2008c). Sentencia n.º 25/2008. Madrid: 11 de febrero de 2008. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6257#complete_resolucion&dictamen

_____ (2008d). Sentencia n.º 26/2008. Madrid: 11 de febrero de 2008. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6258

_____ (2008e). Sentencia n.º 46/2008. Madrid: 10 de marzo de 2008.

_____ (2011). Sentencia n.º 177/2011. Madrid: 8 de noviembre de 2011.

_____ (2012). Ley n.º 10/2012. Madrid: 20 de noviembre de 2012. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-14301

_____ (2016). Sentencia n.º 140/2016. Madrid: 21 de julio de 2016. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/25064

La defensa legal de los derechos: la niñez y la adolescencia en tiempos de pandemia

Claudia Patricia Sanabria Moudelle
Universidad Iberoamericana, Paraguay
sanabriamoudelle@hotmail.com

Isaac Ravetllat Ballesté
Universidad de Talca, Chile
iravetllat@utalca.cl

1. Introducción

En Paraguay, al igual que en otros países de la región de América, la declarada pandemia del coronavirus (COVID-19)[1] llega en un momento en el que los derechos de la niñez y la adolescencia siguen en pleno proceso de consolidación, tanto en su consideración como una disciplina jurídica autónoma, como en su consecuente reconocimiento y triple autonomía —legislativa, institucional y académica—, a pesar de que han transcurrido más de dos décadas desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) —en adelante CDN—.

En ese panorama, es relevante identificar el punto en el que se encuentra la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, dado que el artículo pretende analizar su estado tras la declaración

1 Según las declaraciones de Tedros Adhanom Ghebreyesus, director general de la Organización Mundial de la Salud (OMS), luego de una evaluación del brote y estudiando los niveles de propagación y gravedad, se concluyó que la COVID-19 fuera declarada como pandemia. Un virus que inició su expansión en la provincia de Wuhan (China), se propagó y cambió definitivamente el curso de la historia global, cuyo impacto se dio en todos los ámbitos de la vida: económico, político, cultural, social y, por supuesto, en uno de los más sensibles para la forma de vida del ser humano, el familiar (OMS, 2019).

de la emergencia sanitaria por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS), en marzo pasado.

En esa línea, está demostrado que en situaciones similares la garantía de los derechos —en especial de los derechos fundamentales de la persona— pueden verse flexibilizados, perjudicados y, en otros casos, desplazados por una catástrofe, como la que se vive ahora.

La regulación de los derechos de la familia, la niñez y la adolescencia se ha agravado por la emergencia sanitaria, porque requiere de medidas singulares para adaptarse a este escenario, mientras la ciencia avanza hacia la tan ansiada cura; no obstante, cuando eso ocurra, la vida habrá cambiado para siempre.

El impacto en ciertas cuestiones del derecho de la familia, como refieren algunos autores, así como también en las disposiciones legales que organizan el estatuto especial por el que se rigen las personas menores de edad, es un asunto que interesa no solo por la respuesta inmediata que se produzca durante la pandemia, sino también por la alta probabilidad de que las relaciones interpersonales entre los sujetos de derecho ya nunca vuelvan a ser las mismas. Dicha circunstancia, entonces, nos invita a considerar que el ordenamiento jurídico adapte sus medidas al nuevo contexto social, que de seguro emergerá una vez que la vida vuelva a una presunta normalidad.

De esta manera, en un panorama nacional ya atiborrado de regulaciones, leyes especiales y protocolos que debían ser puestos en vigencia, se sumó la COVID-19, que en un corto tiempo, menos de un mes, dio lugar a reglamentos específicos para sostener la convivencia.

Efectivamente, el Decreto n.º 3442[2], que implementa normas preventivas para mitigar la expansión del virus, tuvo repercusiones en el ámbito de la familia, ya que agravó la tradicional situación de invisibilidad social de los niños, las niñas, los adolescentes, las mujeres y los adultos mayores. Así, pauperizó a las personas más desprotegidas, suspendió el relacionamiento de los menores de edad con sus progenitores y familiares no convivientes; además, aumentó la violencia en

2 Paraguay, mediante el Decreto n.º 3442, del 9 de marzo de 2020, dispone la implementación de acciones preventivas ante el riesgo de expansión del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional.

los hogares, impuso nuevas tensiones en el ambiente familiar y dejó sin trabajo a miles de personas. Todo ello ante un manto de silencio y desidia de las autoridades.

La justificación de la nueva mirada que ofrece este estudio busca situar al niño, la niña y el adolescente en el centro de las reflexiones. En otras palabras, colocar el derecho de la persona en esta etapa de la vida en primer lugar, para, de ese modo, realizar una relectura de los acontecimientos que afectan el ejercicio de otros derechos, su regulación y futuro.

Asimismo, el objetivo es obtener aprendizajes y buenas prácticas que brinden soluciones en coyunturas similares. Igualmente, señalaremos unas importantes recomendaciones basadas en evidencias que posibiliten la garantía de los derechos, incluso hoy en día.

Por tanto, se requiere visibilizar algunos derechos que podrían quedar desprotegidos o no considerados en la actualidad; de esa forma, se perjudica el derecho del niño y la niña a relacionarse con sus progenitores o familiares no convivientes y a ser escuchado en las cuestiones que repercutan en ellos; también el derecho a la salud y la educación, la protección efectiva incluso en el ámbito familiar, el derecho al juego y el derecho a la privacidad, entre otros (Ministerio de Salud Pública y Bienestar de Paraguay, 2016).

2. Los principios rectores en materia de derechos de la infancia y la adolescencia

Durante la pandemia, y en tiempos sin dicha afección, un requisito fundamental es dotar de contenido y poner en vigencia los principios rectores en materia de los derechos de la niñez y la adolescencia (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017).

El interés superior del niño y la niña, la participación, la no discriminación, la supervivencia y el desarrollo deben ser las consideraciones fundamentales y transversales a las actuaciones de los Estados, las sociedades y las familias (Cardona, 2012).

El principio del interés superior tiene como propósito colocar al niño y la niña en el centro de cualquier consideración y, ante la necesidad de inclinarse por la actualidad de un derecho, opta por aquel que mejor responda a las necesidades de las personas menores de edad. Así, en el caso de que el niño y la niña requieran atención por una afección crónica, y según la restricción a la libertad de circulación, se elige sin duda la primera. Esta afirmación, que parece lógica, se encuentra en permanente conflicto cuando se preconiza evitar el desplazamiento (Comité de los Derechos del Niño, 2013a, 2013b). Las campañas comunicacionales están dirigidas hacia la idea de «QuédateEnCasa», sin contemplar el mismo énfasis en los mecanismos para la atención o el apoyo en caso de una necesidad.

El principio de no discriminación, además de la acepción que venimos utilizando y es empleada por la CDN[3], implica tener en cuenta a los grupos más expuestos a sufrir una vulneración de derechos durante la pandemia, como la infancia en calle, los hijos y las hijas de padres migrantes, los niños y las niñas de familias empobrecidas, en situación de discapacidad y con dificultad escolar o problemas de aprendizaje. Las medidas de los Estados están obligadas a atender las particularidades de los distintos grupos[4].

El principio de participación es fundamental y debe aplicarse en todos los ámbitos en la familia, para todas las cuestiones que afecten a los niños y las niñas; en suma, todo lo que pasa en el hogar es de incumbencia de todos sus miembros, incluidos los más pequeños y los adolescentes (Cillero, 2016). Por su parte, en la sociedad y en las órdenes gubernamentales, el tomarlos en cuenta tiene un carácter de reconocimiento de ciudadanía que trasciende lo privado. Por ejemplo, es posible indagar acerca de cómo los Estados no han solicitado la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes para trabajar en un programa educativo para este año atípico, que requerirá de la

3 El art. 2 de la Convención dispone que los derechos se garanticen sin distinción alguna.

4 Es importante aquí citar la Resolución n.º 01/2020 acerca de la pandemia y los derechos humanos, dictaminada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020).

colaboración de todos los actores involucrados. En el caso de Paraguay, no hubo un proceso participativo con los menores, en cambio sí se llamó a la asociación de padres y madres.

El principio de supervivencia y desarrollo es oportuno para orientar las disposiciones de los Estados en la creación de estrategias que permitan resguardar a los niños y las niñas frente a las consecuencias de la emergencia. En términos generales, es utilizado para revisar todas las acciones dirigidas a los niños, las niñas y los adolescentes. Así, tras examinar los presupuestos, por ejemplo, se requiere posicionar sus necesidades y derechos, y destinar partidas específicas para asegurar que recibirán atención. Las acciones dirigidas a los adultos no siempre llegan a los niños, las niñas y los adolescentes.

3. El regreso de la infancia y la adolescencia a la invisibilidad del hogar

El efecto inmediato de la decisión adoptada a nivel global, que ordena el confinamiento en los hogares para la protección de la salud, fue sin duda que las niñas, los niños y los adolescentes quedaran de alguna manera nuevamente invisibilizados en el ámbito privado.

Dicho efecto agudiza una realidad que algunos autores, como Ravetllat (2018a), venían señalando, pues, incluso en tiempos sin pandemia, «la infancia y la adolescencia continúan siendo completamente invisibles a los ojos de nuestra sociedad» (p. 420).

Fuera de ese panorama, la escuela, el colegio, los espacios de socialización en la comunidad, la plaza, la llegada de agentes de programas sociales en las visitas domiciliarias, las actividades comunitarias, los centros de día y todos los espacios suspendidos suelen ser ambientes protectores, que cumplen a la vez una función de garante de derechos para la infancia y la adolescencia.

Históricamente la niñez estuvo supeditada a la invisibilidad del ámbito privado. Con el cambio de paradigma, y especialmente al reconocer la vertiente pública de la familia, la garantía de los derechos humanos no puede ser dejada al azar. Como es sabido, hace tan solo

dos décadas que esta cobra especial relevancia y sus derechos son considerados. En esa línea, se sostiene que:

> la aprobación y casi unánime ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño constituyó un hito de trascendental importancia en el proceso de «civilización», en el sentido de ser considerados como verdaderos ciudadanos, de niños, niñas y adolescentes (Ravetllat, 2018b, p. 18).

Uno de los mayores avances ha sido establecer la garantía por parte de los Estados que deben protegerlos. Esta obligación implica que los países, al implementar cualquier medida, lleven adelante todo el esfuerzo para que no se vean afectados sus derechos (Comité de los Derechos del Niño, 2010).

El rol de los progenitores también dio un giro importante, puesto que, en la actualidad, se constituyen como los principales garantes de los derechos; en ese sentido, toman aún más protagonismo en casos de desastres. Además, son responsables de resguardar los derechos fundamentales de sus hijos e hijas, dado que son los facilitadores de su vigencia.

Es posible que, en este nuevo y desafiante periodo, se junten las medidas de protección a la salud con los derechos del niño y la niña. En otras palabras, se explorará la posibilidad de considerar normas que, a su vez, se encuentran en estrategias de contacto y acompañamiento para los menores de edad en sus hogares. Por tanto, son acciones oportunas las visitas domiciliarias que están instaladas en Paraguay, y cuya función cumplen los agentes comunitarios, la maestra mochilera, los promotores de salud y las consejeras municipales por los derechos del niño[5]. No es posible dejarlos escondidos, sin voz.

5 La Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente tiene la responsabilidad de prestar servicio de prevención, promoción y defensa de los derechos, conforme con el art. 48 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley n.º 1680.

4. Derecho a la imagen, la identidad y la privacidad como derechos personalísimos

Otro ámbito donde se comprueba que la mirada hacia la niñez y la adolescencia sigue siendo la paternalista, adultocéntrica y de autoridad sobre los mismos, es el campo de los derechos personalísimos, en algunos con especial énfasis como el derecho a la imagen, la identidad y la privacidad (Comité de los Derechos del Niño, 2001).

Durante este escenario se han visto situaciones que vulneran los derechos de la niñez y la adolescencia. Además, se han difundido imágenes de niños y adolescentes ingresando a servicios de salud, víctimas de algún hecho punible; y, en otros casos, son los mismos centros educativos los que solicitan como actividad escolar a los adultos el envío de filmaciones o fotografías de los menores de edad realizando una serie de ejercicios físicos, lecturas o cumpliendo las tareas encomendadas por los docentes.

En el caso del envío de videos, surge la interrogante de si esos elementos se solicitan para corroborar la realización de las labores o si tienen algún fin realmente pedagógico; en ese sentido, cuál sería el objetivo y quién se beneficiaría. En esa situación, se observa precisamente el derecho del niño y la niña a su imagen e intimidad; y se tiene que tomar en cuenta que no es posible garantizar el uso de aquellas, como así también hablar acerca de la proporcionalidad. Es decir, si solo se quiere comprobar que el quehacer se ejecute, se tendría que pensar en medios más dignos y acordes con los derechos.

Estos derechos, que entendemos pueden ser únicamente ejercidos por su titular, reconocen que las niñas, los niños y los adolescentes son los titulares de estos. El medio utilizado es como inapropiado y desproporcionado.

La exposición de los menores de edad en los medios digitales debe ser mínima; así, se desaconseja el uso de estos porque vulnera su derecho a ejercer por sí mismos la determinación de disponer de ellos.

En relación con lo anterior, es sabido que gozan del derecho a la intimidad, de acuerdo con la norma constitucional[6]. Por tanto, está fuera de discusión que son titulares, al igual que los adultos de este derecho, y no tienen que ser objeto de injerencias de ningún tipo, así lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño: «ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación» (art. 1).

Según afirma Ravetllat (2015), incluso los derechos a la vida y la integridad física pueden ser ejercidos por los menores de edad, con respecto al ámbito sanitario, con lo cual queda claro que el reconocimiento de los derechos fundamentales es una prerrogativa que las niñas, los niños y los adolescentes están obligados a reconocer.

Asimismo, los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen son, ante todo, derechos de la personalidad. La definición de esta última categoría jurídica no es particularmente sencilla, si bien comúnmente se asocia a la propia esencia del ser humano, en el sentido de que toda persona, por el simple hecho de serlo, tiene una serie de facultades que le son innatas y pertenecen a su esfera más íntima (García, 2017).

En el caso de que los progenitores o los representantes legales tomen la decisión sobre estos derechos personalísimos, solo se daría en contadas ocasiones, como una excepción y no como regla general.

A través de la política educativa, y durante la pandemia, es responsabilidad del Estado contar con un plan de acción que provea los mecanismos para orientar a las familias, con la finalidad de acompañar de manera apropiada a sus hijos e hijas, y velar por el desarrollo integral de su personalidad, de acuerdo con el art. 29 de la Convención de los Derechos del Niño (Comité de los Derechos del Niño, 2001).

6 El art. 33 de la Constitución Nacional de Paraguay establece que la intimidad personal y familiar y el respeto a la vida privada son inviolables. Así, garantiza el derecho a la protección de la intimidad, la dignidad y la imagen privada de las personas.

5. El derecho del niño y la niña a vivir en familia

En este apartado, es objeto de análisis, por un lado, la situación de los niños que se encuentran en albergues o entidades del Estado; y, por otro lado, la suspensión del vínculo entre el niño o el adolescente y el progenitor, la progenitora o la familia ampliada no conviviente.

Para empezar la reflexión, es necesario mencionar que en este periodo cobra vigencia la flexibilidad y la transitoriedad de las decisiones. A propósito de esta afirmación, el Comité de los Derechos del Niño (2020), en su reciente recomendación a los Estados, mencionó que se establecen restricciones proporcionales, mínimas y limitadas en el tiempo. Tanto en la conservación del vínculo entre los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentran en albergues o entidades del Estado, así como también en el caso de la suspensión del relacionamiento, se atenderá que las disposiciones responden a un criterio sanitario; además, en ningún momento se piensa en vulnerar el derecho del adulto.

Con respecto a la suspensión del relacionamiento, el progenitor conviviente contará con todos los medios para que el mismo no se vea afectado. Ambas partes atenderán al interés del niño y actúan bajo el principio de buena fe.

La medida se centra en una evidencia objetiva, planteada por la crisis sanitaria, la prohibición de circulación, excepto para cuestiones vitales como la provisión de alimentos o la atención médica.

En esa línea, la jurisdicción especializada se abstendrá de considerar la falta de comunicación como un incumplimiento, dada la emergencia sanitaria, salvo en las circunstancias con antecedentes de desacato. Cada caso se evaluará de acuerdo con sus particularidades, sin que sea posible generalizar.

Igualmente, se centrará en atender las cuestiones de género, ya que en Latinoamérica mayoritariamente las mujeres son jefas de hogar, y en muchos casos implica hacerse responsable de la crianza de los hijos. Por tanto, las órdenes equitativas tendrían que ver con distribuir efectivamente las responsabilidades de cuidado y no imponer castigos, menos aún en tiempos de catástrofe.

Cuando el escenario sea controvertido, la CDN y las 100 Reglas de Brasilia invitan a reflexionar acerca de la posibilidad de acceso a la justicia de los niños, las niñas y los adolescentes. En el confinamiento, ¿cuáles son los mecanismos? Existen vías de acceso a los defensores del niño y las líneas habilitadas para recibir las denuncias. Estas serían solo algunas cuestiones para plantear y garantizar[7].

Además, se perjudicó este derecho, debido a la situación de los niños que se encontraban en albergues de manera transitoria al inicio de la pandemia. En este caso, se redoblan los esfuerzos para que esos niños regresen a sus familias —siempre que existan condiciones— o se buscan alternativas con hogares acogedores.

Se observa como una buena práctica la intervención de Pili Rodríguez, jueza de Niñez y Adolescencia de la ciudad de Luque, quien tomó medidas *in situ* de doce adolescentes que se encontraban cumpliendo la cuarentena obligatoria en un albergue establecido por el Estado (Corte Suprema de Justicia, 2020c). Los menores de edad vinieron del exterior del país y fueron acogidos en el espacio dispuesto por el Gobierno para acatar la cuarentena. Tras finalizar el confinamiento, se procedió a contactar con sus familiares por medios telemáticos, con el fin de reinsertarlos en el ambiente familiar.

Por otro lado, el Estado dispuso a su vez el cierre de ciertos centros abiertos y comedores. En esa circunstancia, se analiza su reanudación para garantizar la protección a los grupos desfavorecidos. En casos de catástrofe, su presencia es clave para la garantía de los derechos de los grupos desprotegidos.

7 En Paraguay, se encuentra disponible la línea 147 de Fono Ayuda, con la finalidad de orientar y recibir denuncias. Es utilizada por las niñas, los niños y los adolescentes. También hay instancias, como la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, que, según la norma legal vigente, deben atender las peticiones de los menores de edad, conforme al art. 26 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

6. El derecho a la salud

Otro aspecto para considerarse es el acceso al derecho a la salud de las niñas, los niños y los adolescentes. El aislamiento preventivo, sumado a la disposición reiterada de no acudir a los servicios de salud, como mensaje clave de la lucha contra la COVID-19, podría haber producido un efecto no deseado.

Las familias, en un primer momento, dejaron de llevar a sus hijos a los servicios en consultas por otras afecciones. También tuvo un efecto en las mujeres gestantes, muchas de ellas no estaban seguras sobre cuándo acercarse a la atención médica, aunque estuvieran en la fecha de realizarse los controles prenatales, del mismo modo en relación con las víctimas de distintas formas de violencia, entre ellas el maltrato infantil y el abuso sexual. Todo ello motivó que, en un segundo momento, los actores de salud promovieran el servicio de salud en los controles prenatales, las enfermedades crónicas y la violencia. Además, es necesario analizar cuáles son las prestaciones que quedaron suspendidas de manera indirecta y reanudar las visitas domiciliarias.

Con respecto a lo anterior, es propicio aumentar la promoción de las pautas saludables, incluido el uso de pantallas que cuenten con un criterio técnico la cantidad de horas sugeridas desde la autoridad sanitaria. Del mismo modo, es importante proporcionar recomendaciones técnicas al Ministerio de Educación, a fin de que planifique las clases virtuales a partir de una mirada de sanitaria; y así opte por la llegada domiciliaria para aquellos casos que así lo requieran.

Se ha visto que el aislamiento físico está en proceso de flexibilización. En ese sentido, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social permitió que, desde el lunes 4 de mayo, los niños mayores de 10 años salieran acompañados de un adulto. Es un avance. Sin embargo, es posible pensar en el criterio para establecer esta edad.

Los organismos internacionales, como Unicef y la Organización Mundial de la Salud, alertaron sobre las consecuencias en la salud física y mental de las niñas, los niños y los adolescentes. Por ese motivo, los Estados son responsables de buscar estrategias para que

los menores tengan contacto con espacios verdes, parques y lugares abiertos, siempre y cuando se consideren las medidas en todos los casos.

Luego de este periodo, se observarían enfermedades crónicas que se han dejado desatendidas, y por supuesto se resentirán los determinantes de la salud. Ello tendrá un alto impacto en el desarrollo integral de la infancia de esta generación a mediano y largo plazo.

7. El derecho a la educación

Ante la emergencia sanitaria, una de las primeras disposiciones fue el cierre de las escuelas. Se suspendieron las clases en las universidades y otros institutos de educación; no obstante, se reanudaron de manera virtual y programada de un modo más eficaz, en comparación con los colegios. Es un tiempo para reinventar la escuela, la educación y el acompañamiento que cada familia brinda al niño en el proceso de aprendizaje.

El apartado se centra en la situación de la educación formal, primaria, secundaria privada y pública. Los primeros en cerrar fueron los centros educativos; a partir de ello, algunos autores señalan que esta medida ha sido efectiva en crisis sanitarias similares donde se promovía el aislamiento.

En la actualidad, la escuela es un lugar de potencial expansión del virus, dado que no solo existe aglomeración en las aulas, sino que, además, en los horarios de entrada y salida se constituyen espacios propicios para el contacto cercano de familiares y responsables de los pequeños.

Los niños, las niñas y los adolescentes se quedaron en las casas y regresaron a un ambiente privado, sin contacto con las instancias que propician su visibilidad y protección ante cualquier vulneración.

Si bien es cierto que no fueron los únicos en permanecer en casa, es sabido que, dado el escaso reconocimiento como sujeto de derecho, merecedor para actuar en la defensa y el ejercicio de muchos de sus derechos, constituyen uno de los grupos más afectados por el aislamiento social. Según el reconocido pedagogo italiano Francesco

Tonucci (2020), «quedarse en casa es una condición nueva, no ser autónomo no lo es. Espero que los niños puedan mostrarnos con la fuerza de este encierro cuánto necesitan más autonomía y libertad. Es muy interesante cómo están reaccionando ellos» (s. p.).

Se trata de reinventar la escuela desde casa, sin deberes, solo a través del acompañamiento y el aprendizaje, a partir de las propias potencialidades del niño. El derecho a la educación no se suspende. De esta manera, es posible desarrollar la inclusión. Los progenitores tienen el derecho y la responsabilidad de educar a sus hijos.

En esa perspectiva, de acuerdo con Tonucci, «los niños sienten mucho la falta de la escuela, es decir, no de los profesores y los pupitres sino la falta de los compañeros. La escuela era el lugar donde los niños podían encontrarse con otros niños» (Pantaleoni, 2020, párr. 3).

Surge la pregunta sobre cuál sería la vía cierta para dar efectividad al derecho a la educación. En primer lugar, los niños, las niñas y los adolescentes que pertenecen a grupos sociales más favorecidos y cuyos ingresos no han sido perjudicados en esta etapa preliminar de la crisis, o que incluso viéndose afectados de manera coyuntural no perjudican su bienestar y calidad de vida, la respuesta parece clara, esto es, buscar que la escuela se adapte y llegue a casa a través de las tecnologías.

En segundo lugar, los menores que forman parte de familias trabajadoras han sido impactadas por la crisis, ya que son los más perjudicados por la falta de empleo o la disminución de sus ingresos, pero cabe precisar que igualmente ya tenían una condición complicada. Asimismo, es lógico pensar que la escuela busque recursos no formales o comunitarios que permitan el acompañamiento. Uno de los sectores que tiene que contar con permiso para circular y realizar visitas domiciliarias es el de las maestras mochila o los agentes comunitarios, con todas las recomendaciones sanitarias que se disponen para otros grupos que sí cuentan con permiso. En la cita domiciliaria, los agentes no mantendrán contacto con los niños y los adolescentes, sino que, con la distancia debida, verifican la situación del hogar, identifican a un adulto de referencia y entregan los recursos necesarios para acompañar este escenario.

El derecho a la educación debe ser vinculado de manera directa con el derecho al juego, ya que es un tiempo para promover el acceso a este derecho, y pueden plantearse actividades que se adapten mejor a la etapa evolutiva que atraviesan el niño, la niña y el adolescente (Comité de los Derechos del Niño, 2013a).

En suma, cuando el maestro mira las potencialidades de los niños, se tiene un presente de oportunidades y un futuro próspero. Cada uno de ellos es distinto y ese es el mayor tesoro de la humanidad.

8. Adolescencias y protagonismo

Ante la urgencia, los organismos del Estado se vieron en la necesidad de establecer los mecanismos para dar continuidad a los programas y servicios.

El país cuenta con instancias que se han conformado a lo largo del periodo de vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia, como los Consejos Departamentales de Niñez y Adolescencia que sesionaban en muchos casos con representación infantil. No se ha registrado alguna consulta o participación de los menores con respecto a las respuestas gubernamentales.

En ese sentido, precisamente la tecnología facilita la interacción con ellos y es un mecanismo rápido y eficiente para relevar su opinión sobre los asuntos que les afectan, como la educación. Podrían comentar acerca de cómo quieren continuar sus estudios desde casa, conocer sus necesidades y de qué manera los llevarían mejor.

La otra cara de la moneda es el propio derecho a estar informados, cuyo contenido será veraz, objetivo y según su grado de madurez. Los representantes y la sociedad adulta en su conjunto tendrían que ser facilitadores, pero no hay evidencias.

9. La atención integral a la víctima de abuso sexual y violencia: la no revictimización

La imprescindible medida que se ha tomado, tras decretarse la emergencia sanitaria y el aislamiento social, como una disposición clave para evitar la propagación del coronavirus (COVID-19), sin ser un efecto deseado, propicia situaciones que dan como resultado el aumento de la violencia dentro de los hogares. Así, distintos grupos se ven perjudicados, entre ellos, los niños, las niñas, los adolescentes y las mujeres[8].

En Paraguay, las estadísticas que están proporcionando organismos del Estado, como el Ministerio Público y el Poder Judicial, dan cuenta del aumento de los casos de violencia contra la infancia y la mujer en sus distintas formas. En esa línea, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social de Paraguay (2020b) sostiene que:

> el Ministerio Público reporta un promedio de 80 casos nuevos de violencia familiar por día; y así también el Poder Judicial informó que se dieron 118 casos de violencia familiar como hecho punible más cometido desde el 12 al 27 de marzo del año en curso. El Ministerio de la Mujer, por su parte, recibió 558 llamadas sobre violencia contra las mujeres en el periodo del 1 al 29 de marzo (s. p.).

Con respecto a los datos globales, las Naciones Unidas (2020a) consideran que:

> desde el inicio de la pandemia y en comparación con el año pasado, se ha duplicado el número de llamadas a las líneas de ayuda en el Líbano y Malasia; en China se han triplicado; y en Australia, los motores de búsqueda como Google experimentaron el mayor volumen de consultas de ayuda por violencia doméstica de los últimos cinco años (s. p.).

Las distintas formas de violencia doméstica e intrafamiliar, sexual y de género tienen efectos para la salud, algunos de ellos son la ansiedad,

8 En palabras de las Naciones Unidas (2020b), «el coronavirus golpea tres veces a las mujeres: por la salud, por la violencia doméstica y por cuidar de los otros», estas tres vertientes requieren de una estrategia para hacer frente a la situación.

la depresión, el suicidio, el embarazo no deseado, las infecciones de transmisión sexual, el VIH, el abuso de bebidas alcohólicas, etc.

El país presenta un marco legal adecuado para responder a estas situaciones, pues atiende las decisiones establecidas en la Constitución nacional, el Código de la Niñez y la Adolescencia y otras leyes especiales. Cabe recordar especialmente la plena vigencia de la Ley n.º 6202/2018, que adopta normas para la prevención del abuso sexual y la atención integral a niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual[9], y la Ley n.º 5777/2016, de Protección Integral a la Mujer contra toda forma de violencia[10].

En tiempos sin pandemia, se ha demostrado que el acceso a la justicia por parte de las víctimas de violencia, con énfasis en aquellas que lo son de abuso sexual, presenta barreras como la disponibilidad de los servicios, la coordinación y la revictimización que sufren en el proceso, la falta de respuesta y la articulación entre los actores, como también la debilidad en la aplicación de los principios rectores. La respuesta, en la actualidad, podría ser mucho más lenta.

Si la víctima está en casa, junto al agresor, los canales de contacto con un referente de apoyo se debilitan. La posibilidad de acceder al servicio de salud u otra entidad para realizar la denuncia sería casi nula.

Luego, si llega a uno de los dispositivos, la respuesta se vería fragmentada y limitada, considerando que se realizaría la atención en salud, seguida de la realización de pruebas periciales —examen físico y psicológico— como la declaración de esta. Todo ello en distintas sedes, lo cual, en tiempos de COVID-19, es posible que no sea efectivo.

---

9 La Ley n.º 6202 amplía el concepto que se tenía hasta entonces acerca del abuso sexual. No obstante, es una ley de carácter tuitivo, es decir, busca la protección de la víctima y enfatiza los roles de las instituciones responsables de brindarla, pero como muchas otras es aplicada de manera aislada y no en forma articulada con otras normas ya vigentes. Dicha situación produciría un desorden jurídico en lugar de brindar mayor celeridad al procedimiento o instalar una ruta de intervención en la cual el centro sea la víctima.

10 La Ley n.º 5777 por su parte ha significado un avance en la protección de derechos de las mujeres, así como también la caracterización de un fenómeno silenciado culturalmente y dejado de lado por los juristas, de hecho su aprobación tuvo grandes desafíos, dado que se tenía su entrada en vigor.

En los últimos años, se aprobaron leyes de protección ante la violencia contra niños, niñas, adolescentes y la mujer, que dieron paso a una mayor conciencia sobre la necesidad de actuar de manera inmediata en casos de esta naturaleza (Ministerio de Salud Pública y Bienestar de Paraguay, 2012).

Las definiciones de las distintas formas de violencia permitieron iniciar un proceso para trabajar las políticas públicas de manera integral. Es un camino largo y difícil, ya que se centra en el cambio de conductas y de toda una cultura.

En ese sentido, la labor con los hombres en la pandemia es determinante, por un lado, para encontrar una estrategia de abordaje a los agresores que ya cometieron un hecho de agresión —se debe tener en cuenta todo el espectro, desde las formas más leves hasta las más severas—; y, por otro lado, con el conjunto de la población para la construcción de nuevas masculinidades, concepto que se refiere a cambiar las normas patriarcales dominantes en la sociedad y los roles preestablecidos en torno a la supremacía del hombre sobre la mujer.

Se observa aún algunas de las barreras de acceso a la justicia como la construcción cultural adultocéntrica. Por ese motivo, los niños, las niñas y los adolescentes siguen inmersos e invisibles en sus familias, y son considerados como objetos sometidos a la patria potestad.

La voz del niño no tiene valor, pues los menores no son escuchados, tampoco son tomados en cuenta. Si un infante comenta una situación, los adultos en general consideran que miente; a ello se suma la ausencia de respuestas transitorias, entre tanto la víctima está en un proceso judicial.

En este periodo, y con el aumento del tiempo frente a las pantallas, se ve también un incremento de formas de violencia *online,* mediante imágenes no consentidas, relaciones violentas y amenazas.

10. La actividad de la justicia especializada durante la pandemia

Las órdenes dispuestas por la Corte Suprema de Justicia han sido afectadas. De esa manera, mediante acordadas, se limita la actividad judicial y habilitan los juzgados especializados de turno para entender las causas.

En ese panorama, surgen preguntas acerca de la continuidad de los procesos generales que se llevaban adelante. Si bien se autorizó el funcionamiento por medios telemáticos y por turnos, ello parece restringido ante la naturaleza de los juicios en el fuero especializado, ya que la totalidad de las causas deben guiarse por el principio de celeridad e interés superior.

También se plantea la necesidad de garantizar la inmediación del magistrado en las causas que atiende. Las videoconferencias tienen una ventaja, aunque requiere corroborar la situación real en la que se encuentra la niña, el niño o el adolescente durante el proceso.

Las causas habilitadas para atención son las medidas cautelares, el relacionamiento y el maltrato; asimismo, es de reciente data una decisión de la Corte Suprema de Justicia con respecto a la asistencia alimenticia. Con la finalidad de proseguir con asuntos relativos a los alimentos, la Corte Suprema de Justicia comunicó, a través de la Circular n.º 20/2020, la respuesta del Consejo de Superintendencia, aprobada por Resolución n.º 220. En este último fallo sostiene que:

> Establecer que todos los jueces de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia de Turno en la Emergencia Sanitaria podrán tramitar los juicios de asistencia alimentaria, a efectos de dictar la medida cautelar y si se encuentran reunidos los presupuestos, ordenar la retención del salario del alimentante (art. 1).

Una cuestión de análisis sería también difundir entre la población las pautas para reconocer las causas que se judicialicen.

De otro lado, más que nunca, en esta etapa, la justicia especializada estaría alerta para actuar de oficio ante la vulneración de derechos, en

caso de darse por la misma implementación de disposiciones preventivas en la pandemia. Además, el control de los poderes del Estado será efectivo para velar por el Estado de derecho y los derechos de la niñez y la adolescencia.

11. Conclusiones

Durante la pandemia, no pueden estar ausentes los principios rectores en materia de derechos de la niñez y la adolescencia. Por ese motivo, se tiene que visibilizar a los infantes y retirarlos del ámbito privado, a través del acompañamiento a las familias y el contacto directo con ellos por medio de las visitas domiciliares y los programas sociales, con las respectivas medidas sanitarias.

El relacionamiento del niño y el adolescente con el progenitor no conviviente, así como con los demás miembros de su familia ampliada, se resuelve en beneficio del derecho a la salud del niño. En el caso de menores de edad que viven en instituciones del Estado, se procura que vuelvan lo antes posible a convivir con sus familiares, o mantengan el vínculo con ellos.

El derecho a la salud integral prioriza no solo la eventualidad de contagio de la COVID-19 o ver a los niños como vehículos o vectores de contagio, sino que pone su salud en primer lugar y promueve el acceso a los servicios. Igualmente, realiza recomendaciones técnicas de salud para facilitar los derechos que están en suspenso: el derecho a la educación, el derecho al juego, el derecho a la participación, entre otros.

El derecho a la educación debe ser facilitado por el Estado, dado que para sostener este derecho se requiere la creación de mecanismos adaptados a este periodo. En ese sentido, no será únicamente la educación virtual, sino que se tendrá que reflexionar acerca de las estrategias comunitarias y las visitas domiciliarias para adecuarse a la realidad de las familias. El derecho al juego y la participación estará en la agenda pública y orientará a las familias en este proceso.

El niño, la niña y el adolescente ejercerán su derecho a la identidad y privacidad; por tanto, las actividades considerarán la vigencia de este derecho, en el cual son ellos mismos los titulares con capacidad de ejercicio autónomo.

La participación de la infancia y la adolescencia en las soluciones planteadas desde las instancias del Estado ya no puede estar ausente, como dicen los documentos y las directrices, a partir de la planificación.

Se crearán mecanismos para reforzar el acceso a la justicia por parte de la víctima, y reanudar las visitas domiciliarias para retirar de la invisibilidad a los menores de edad.

Finalmente, se requiere una justicia especializada activa y proactiva que en este periodo esté alerta para vigilar y actuar en caso de que las medias preventivas vulneren algún derecho.

Referencias

Cardona, J. (2012). La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos. *Educatio Siglo XXI*, *30*(2), 47-68. Recuperado de https://revistas.um.es/educatio/article/view/153681/140721

Cillero, M. (2016). La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo. En Martínez, C. (coord.), *Tratado del menor. La protección jurídica de la infancia y la adolescencia* (pp. 85-121). Recuperado de http://www.cideni.org/wp-content/uploads/2019/09/CILLERO-BRUN%CC%83OL.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección. Recuperado de http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nna-garantiaderechos.pdf

_____ (2020). Resolución n.º 1. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Organización de los Estados Americanos. San José: 10 de abril de 2020. Recuperado de http://oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf

Comité de los Derechos del Niño (2001). Observación general n.º 1. Propósitos de la educación (CCR/GC/2001/1). 12 de abril de 2001.
_____ (2010). Observaciones finales. Examen del informe periódico tercero presentado por el Estado paraguayo (CRC/C/PRY/CO/3). 10 de febrero de 2010.
_____ (2013a). Observación General n.º 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24) (CCR/C/GC/15). 17 de abril de 2013.
_____ (2013b). Observación General n.º 14 (CRC/C/GC/14). 29 de mayo de 2013. Recuperado de https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf
_____ (2020). El Comité de Derechos del Niño advierte sobre el grave efecto físico, emocional y psicológico de la pandemia COVID-19 en los niños y hace un llamado a los Estados para proteger los derechos de los niños. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/1_Global/INT_CRC_STA_9095_S.pdf

Congreso de la Nación Paraguaya (2001). Ley n.º 1680/01. Código de la niñez y la adolescencia. Asunción: 30 de mayo de 2001. Recuperado de https://www.oijj.org/sites/default/files/documentos/codigo_ninez_adolescencia-paraguay.pdf
_____ (2016). Ley n.º 5777. Asunción: 27 de diciembre de 2016. Recuperado de https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/8356/ley-n-5777-de-proteccion-integral-a-las-mujeres-contra-toda-forma-de-violencia
_____ (2018). Ley n.º 6202. Asunción: 1 de noviembre de 2018. Recuperado de http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/108547/134232/F-1646601516/LEY%206002%20PARAGUAY.pdf

Corte Suprema de Justicia (2020a). Circular n.º 20/2020. Asunción: 21 de febrero de 2020.
_____ (2020b). Resolución n.º 2020. Asunción: 28 de abril de 2020. Recuperado de https://www.pj.gov.py/descargas/ID1-974_consejo_de_superintendencia_resuelve.pdf
_____ (2020c). Jueza de la Niñez y Adolescencia adopta in situ medidas cautelares. Recuperado de https://www.pj.gov.py/notas/18353-jueza-de-la-ninez-y-adolescencia-adopta-in-situ-medidas-cautelares

García, I. (coord.) (2017). *Honor, intimidad y propia imagen.* Madrid: Jurúa Editorial.

Ministerio de Salud Pública y Bienestar de Paraguay (2012). Manual de Atención Integral a Víctimas de Violencia Intrafamiliar y de Género.
_____ (2016). Guía de los derechos de la niñez y la adolescencia en los servicios de salud. Recuperado de https://paraguay.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Gu%C3%ADa%20DNA%20en%20Salud_FINAL.pdf
_____ (2020a). Decreto n.º 3442. Asunción: 9 de marzo de 2020. Recuperado de https://www.mspbs.gov.py/dependencias/portal/adjunto/e50ba5-DECRETO3442724d4w8w.pdf
_____ (2020b). Violencia doméstica, intrafamiliar, sexual y de género en aumento durante cuarentena. Recuperado de https://www.mspbs.gov.py/portal/20748/violencia-domestica-intrafamiliar-sexual-y-de-genero-en-aumento-durante-cuarentena.html

Naciones Unidas (2020a). Ante el aumento de la violencia doméstica por el coronavirus, Guterres llama a la paz en los hogares. Recuperado de https://news.un.org/es/story/2020/04/1472392
_____ (2020b). El coronavirus golpea tres veces a las mujeres: por la salud, por la violencia doméstica y por cuidar de los otros. Recuperado de https://news.un.org/es/story/2020/03/1471872

Organización Mundial de la Salud (2019). Alocución de apertura del director general de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19

celebrada el 11 de marzo de 2020. Recuperado de https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020

Pantaleoni, A. (entrevistadora) (11 de abril de 2020). Francesco Tonucci: «No perdamos este tiempo precioso dando deberes» [Entrevista]. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/sociedad/2020-04-11/francesco-tonucci-no-perdamos-este-tiempo-precioso-dando-deberes.html

Ravetllat, I. (2015). *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia.

_____ (2018a). Igual de diferentes: la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en Chile. *Ius et Praxis*, (1), 397-436. Recuperado de https://www.redalyc.org/jatsRepo/197/19758807011/html/index.html#fn72

_____ (2018b). Marco jurídico internacional de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes: génesis y caracteres de la Convención sobre los Derechos del Niño. En Ravetllat, I. y Sanabria, P. (coords.), *Lecciones para la defensa de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia* (pp. 17-48). Asunción: Corte de Justicia. Recuperado de http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/lecciones-defensa-ddhh-infancia.pdf

Niños, niñas, adolescentes y su derecho a determinar su filiación extramatrimonial paterna. Consideraciones desde el derecho a la identidad del hijo[1]

Rommy Álvarez Escudero
Universidad Andrés Bello, Chile
Rommy.alvarez@unab.cl

1. Introducción

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en el 2008, como indican en su exposición de motivos, buscan desarrollar «los principios recogidos en la "Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano", específicamente los que se incluyen en la parte titulada "Una justicia que protege a los más débiles"» (párr. 1). Desde este prisma, el ordenamiento jurídico y el sistema judicial deben estructurarse como instrumentos adecuados para la efectiva tutela de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad.

Las referidas reglas consideran en condición de vulnerabilidad a las personas que «por razón de su edad […] encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico» (Regla 3). Dicha cuestión

1 El presente trabajo se relaciona con la ponencia «Omisión del reconocimiento paterno. Consideraciones desde el derecho a la identidad del hijo», presentada en las V Jornadas Nacionales de Derecho de Familia, realizadas en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), los días 6 y 7 de junio de 2019, que será publica como capítulo en el volumen *Estudios de Derecho de Familia. V Jornadas Nacionales de Derecho de Familia*.

guarda armonía con los reconocimientos universales en materia de niñez y adolescencia que los ha hecho sujetos de supraprotección legal, a través de la consagración de tratados normativos. Ello se observa, en especial, en la Convención Internacional de los Derechos del Niño —en adelante CIDN—, admitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. El instrumento internacional es un tratado de derechos humanos de más amplia y rápida ratificación en la historia, que, de acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas (2015), cuenta en la actualidad con la ratificación de 196 países[2] y es mencionado por la doctrina como «el primer código universal obligatorio que regula los derechos del niño» (Gómez de la Torre, 2007, p. 29).

Asimismo, corresponde a un convenio de derechos humanos, que comprende derechos sociales, económicos, culturales, civiles y políticos, concretar la responsabilidad de los Estados de promover y garantizar la efectiva protección de los derechos de la infancia, la cual precisamente por su condición requiere un reforzamiento para contribuir con sus prerrogativas esenciales, encaminándola en su desarrollo evolutivo hacia una adultez plena y responsable.

Entre los beneficios fundamentales para los niños, se encuentra el crecer y el desenvolverse dentro de una familia —su familia—. Es una cuestión gravitante desde la concepción contemporánea de la familia, reconocida como un centro donde se potencia y articula la satisfacción de los derechos esenciales de sus miembros. Dicha situación nos lleva a concluir que aquella, en definitiva, se constituye como la base para el cumplimiento del conjunto de derechos reconocidos a favor de la infancia. La pertenencia a una familia y las relaciones en este ámbito conforman, además, la identidad personal, y son claves en el crecimiento de un niño, una niña o un adolescente.

Además, la propia CIDN establece los elementos sustantivos de la identidad personal, y señala que «el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos» (art. 7). Lo anterior se presenta especialmente en el derecho a la identidad de los niños,

2 Solo Estados Unidos tiene pendiente su ratificación.

las niñas y los adolescentes, ya que supone su resguardo al disponer que «los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas» (art. 8).

En ese sentido, posibilitar los vínculos familiares y filiales de un niño se convierte en un imperativo que el ordenamiento jurídico debe servir, no solo porque se trata de los componentes de un derecho humano, el derecho a la identidad personal, sino porque involucra directamente a sujetos en situación de vulnerabilidad por razón de su edad (Regla 3). Fernández (2013) afirma que:

> es importante destacar que la identidad comprendida en el marco de la cuestión filiatoria tiene un especial impacto en la niñez y la adolescencia, población que puede aumentar su grado de vulnerabilidad cuando carece de las garantías para el ejercicio del referido derecho (p. 58).

Consecuentemente, es responsabilidad del sistema legal articular los mecanismos necesarios para cumplir este objetivo. En esa perspectiva, «los derechos de las personas vulnerables se inscriben y desarrollan en contextos de ausencia o presencia de la vida familiar, y allí hay desequilibrios diversos que requieren la corrección del derecho» (Basset, 2017, p. LI). Su rol despliega los principios del derecho de las familias y de la infancia, cuyo centro posiciona el interés superior del niño, directriz que guía toda decisión que involucre a los niños, las niñas y los adolescentes en cualquier ámbito que se produzca. Así, es una piedra angular del sistema de infancia que, precisamente, tiene como objetivo aportar el equilibrio que su situación de vulnerabilidad les priva.

El presente trabajo se inscribe en este contexto y apunta al análisis de la situación del hijo —niño, niña o adolescente— que carece de filiación extramatrimonial por vía paterna, cuestión de mayor probabilidad de ocurrencia conforme a las reglas legales sobre la filiación materna —matrimonial o no—. Además, el propósito es brindar fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales acerca del deber jurídico

del padre para establecer la filiación en favor del hijo, como correlato de la prerrogativa del niño, la niña o el adolescente de contar con la filiación paterna; asimismo, explorar la procedencia del estatuto de la responsabilidad civil extracontractual para resarcir el daño al derecho a la identidad del hijo; en adición, reflexionar acerca de la responsabilidad de la madre de informar al hijo su filiación biológica paterna en relación con su derecho a la intimidad; por último, contribuir con un breve examen sobre la atribución de los apellidos que se transmiten de padres a hijos, como efecto de la filiación y su incidencia en el derecho a la identidad del niño, la niña o el adolescente a la luz de su interés superior.

2. El origen del problema

Las legislaciones del espacio iberoamericano, en general, determinan un sistema de la implementación de la filiación por naturaleza, que se sustenta en la aplicación de reglas provenientes del derecho romano, básicamente en los brocardos latinos *pater is est* para la filiación paterna matrimonial, y *mater sempre certa est* para la materna, que se desprende del art. 361 del Código Civil peruano, de acuerdo con el Decreto Legislativo n.º 295, y de los arts. 184 y 183 del Código Civil chileno (DFL n.º 1).

En esa perspectiva, al ser el parto un aspecto fundamental, el comprobante o el certificado de nacimiento son antecedentes suficientes para atribuir la maternidad. A ello se une la responsabilidad de informar, que recae en los médicos y las parteras que han asistido el nacimiento del menor (art. 31, Ley n.º 4808; y los arts. 113, 117, 120, DFL n.º 2128), así como también en los centros de salud públicos o privados en que estos se producen (art. 54, Ley n.º 26497). Lo anterior nos lleva a concluir una significación más bien residual de casos en que un niño no tenga filiación materna, en comparación con aquellos en que no existe filiación extramatrimonial determinada por la vía paterna.

Los índices que podemos recabar en Perú, incluso cuando no son estadísticas oficiales, permiten acercarnos al tema. En función de ello, el sitio web del diario *Perú21* (2014) sostiene que:

> la ONG Acción por los Niños estimó que las denuncias de inasistencia alimentaria y filiación o reconocimiento paterno, representan el 60 % de los casos atendidos en las 2400 Defensorías Municipales del Niño y Adolescente (Demunas) que existen en el país.
>
> Solo en la Demuna de Lima, por citar un ejemplo, se han atendido, en los últimos 10 años, 23 627 casos de demandas por filiación y 165 120 casos de procesos por tenencia de alimentos. En tanto, el Ministerio de la Mujer informó que las Demunas —que llevan la medida administrativa de reconocimiento voluntario de la filiación— atendieron durante este año 2014 4015 casos, de los cuales se lograron suscribir 2325 actas de compromiso de reconocimiento (párrs. 7-8).

En Chile, conforme a los datos contenidos en el anuario de estadísticas vitales del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), presentado el 31 de agosto de 2018, de 231 749 nacimientos registrados en ese país en 2016, fueron contabilizados 20 138 casos de padre no compareciente, cifra que representa un 8.7 % del total indicado (Vargas, 2018; INE, 2018).

La conclusión es clara: existe un importante número de hijos de filiación extramatrimonial o no matrimonial indeterminada por la vía paterna. La cantidad de niños y niñas nacidos tanto en Perú como en Chile están viendo afectadas, al menos, un par de sus prerrogativas esenciales: su derecho a vivir en familia y a la identidad.

El derecho a la identidad ha recibido una consagración expresa en el art. 2.1 de la Constitución peruana; en Chile, en cambio, su raíz constitucional es implícita y se sustenta en el art. 1 de la Constitución Política de la República. Además, es reconocido en diversas sentencias pronunciadas por la Corte Suprema (Rol n.º 35532-2015, num. 8; Rol n.º 10160-2015, cndo. 5) y el Tribunal Constitucional chilenos (Sentencia n.º 2192-12-INA, 2013, fdtos. 19 y 20; Rol n.º 1340-09-INA, cndo. 9-10; Rol n.º 834-07-INA, cndo. 15, 22 y 31); entre estas, el Rol n.º 3364-17-INA, de 14 de septiembre de 2017, señala lo siguiente:

> Que, forma parte de la dignidad de la persona humana el derecho a la identidad que, aunque la Constitución no lo consagra como derecho, se debe tener incorporada al concepto de dignidad personal. Por eso es

> que todo ser humano desde que nace tiene derecho al nombre patronímico que, en lo posible responda a su origen biológico, para que todo niño sepa la familia a la que pertenece y conocer la historia de sus antepasados (cndo. 18).

En ese sentido, cuenta con especial atención como derecho esencial de la niñez en los arts. 7 y 8 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989). Las disposiciones, como señalábamos anteriormente, reconocen de modo expreso los componentes sustantivos de este derecho de la personalidad, conformado por el reconocimiento a la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

Abocados de pleno a las relaciones familiares como elemento de la identidad personal, destacamos la trascendente incardinación junto a la filiación jurídicamente, cuya determinación legal de la paternidad y la maternidad se presenta como una relevante proyección de este componente identitario (Álvarez, 2019).

La regla de reconocimiento y facilitación de la convergencia, entre las verdades biológicas y jurídicas en materia de filiación por naturaleza, sustentada en el principio de la libre investigación de la paternidad y la maternidad, fue incorporada en el Código Civil chileno mediante la modificación operada por la Ley n.º 19585, de 1998. Actualmente, el art. 195 del citado cuerpo normativo consagra el derecho del hijo a reclamar la filiación con carácter imprescriptible e irrenunciable, que a falta de un dictamen por aplicación de las presunciones legales establecidas, o por el desempeño de la voluntad mediante el acto de reconocimiento puede instaurarse por medio del ejercicio de la correspondiente acción de filiación. Por su parte, el art. 373 del Código Civil peruano establece a favor del hijo el derecho a pedir que se declare su filiación.

En general, en el ámbito del derecho de familia encontramos consecuencias jurídicas incardinadas con el supuesto de la falta de reconocimiento de un hijo y la conducta asumida a su respecto en el juicio de filiación por quien, en definitiva, es declarado(a) judicialmente como padre o madre. Particularmente, en el sistema chileno, y atendida su regulación, pueden ser consideradas, más bien, como sanciones que recaen sobre el padre o la madre renuente: privación de

la patria potestad y derechos que se confieren a la persona y los bienes del hijo, conforme al art. 203 CC; pérdida de derechos sucesorios, según el art. 994 CC, para la sucesión intestada; el art. 1182 para la sucesión testamentaria; y la privación de alimentos, de acuerdo con el inc. final del art. 324 CC. Los efectos apuntados castigan el abandono del hijo y la renuencia en asumir la paternidad o la maternidad que se efectúe por vía judicial con oposición de los progenitores, sin pronunciarse acerca de la persona que ha sufrido el desamparo: el hijo o la hija.

3. El deber jurídico del padre de reconocer a su hijo biológico

En materia de filiación por naturaleza, el legislador chileno se basa principalmente en una concepción realista, privilegiando, como regla general, la verdad biológica sobre la verdad formal. En esa línea, el ideal de convergencia entre las realidades biológica y jurídica sustenta el principio de la libre investigación de la paternidad y la maternidad, que facilita los mecanismos legales para su concreción. No cabe duda de que el hijo tiene el derecho a que su filiación jurídica trasunte su filiación biológica, con fundamento constitucional y desarrollo legal, tanto en el ya mencionado art. 195 CC, como en las disposiciones que contemplan la posibilidad de imponer judicialmente la paternidad, también consagradas en el Título VIII del CC.

El derecho a la investigación de la paternidad extramatrimonial se introdujo también en Perú, a través del nuevo proceso de filiación contenido en la Ley n.º 28457, de 2005. La norma, como señala Varsi (2010), «logra una promoción a la investigación de la paternidad a fin de conocer a nuestros padres, derecho natural de toda persona» (p. 149). Consecuentemente, frente a la prerrogativa reconocida a favor del hijo, no cabe sino concluir que el padre biológico cuenta con el deber jurídico de asumir la filiación del menor que ha procreado.

En efecto, el ejercicio de las acciones de filiación refuerza la responsabilidad de los progenitores y la protección de los descendientes, en el entendido que, en principio, jurídicamente es padre quien lo es

biológicamente, lo cual conducirá a encargarse de las obligaciones emanadas de la potestad parental, una vez cumplida la responsabilidad (Bustos, 2013).

Asimismo, los ordenamientos extranjeros ya han efectuado un reconocimiento expreso de esta responsabilidad de los progenitores, mediante el art. 28 del Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay (Ley n.º 17823) que sostiene que: «Todo progenitor tiene el derecho y el deber, cualquiera fuere su estado civil, de reconocer a sus hijos»; y el art. 92 del Código Civil para el Estado de Tabasco (Decreto n.º 205), que contempla el «deber de reconocer al hijo», obligación para el padre y la madre, quienes no están casados entre sí.

El deber de reconocimiento al hijo también se ha incorporado en la reflexión jurisprudencial. A vía ejemplar, podemos citar, en relación con el sistema argentino, la sentencia del Tribunal de la 1.º Instancia Civil y Comercial de San Isidro, de 9 de marzo de 1988 (E. D. n.º 128-333), que ya en el año 1988 y aún sin contar con una norma legal expresaba que lo reconociera, así se pronunciaba favorablemente sobre ello. En el mismo sentido, en la última década, el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de 23 de diciembre de 2010 (L., A. N. c/ F., M. H.), señala que:

> La paternidad extramatrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación. De acuerdo con ello, el acto de reconocimiento de la paternidad debe ser realizado por el propio progenitor, sin que ninguna otra persona pueda, ante su negativa, hacerle asumir la paternidad extrajudicialmente. Sin embargo, en el contexto de nuestro derecho positivo, el hijo tiene el derecho a ser reconocido por su progenitor. Por lo que el acto de reconocimiento de un hijo es un derecho-deber. Si bien el padre es el único que extrajudicialmente puede efectuar el reconocimiento del hijo extramatrimonial —de ahí el carácter voluntario—, no menos cierto es que existe una correlativa obligación por parte de él, en el sentido que el emplazamiento no puede quedar sujeto a su exclusiva voluntad, pues ante su negativa, podrá ser demandado judicialmente para obtenerse el emplazamiento forzadamente, mediante una sentencia judicial que así lo declare (art. 247).

El análisis anterior se proyecta en similares términos en el sistema chileno, y nos lleva a configurar al reconocimiento como un acto jurídico voluntario y unilateral por parte del padre. Pero, por ese motivo, no puramente discrecional, pues no se trata de una mera facultad, ni menos un derecho potestativo del progenitor. Por el contrario, como acertadamente lo concluye Albaladejo (1996), es en principio una obligación; en dicho aspecto también han concluido autores como Junyent Bas de Sandoval (2016), Sainz-Cantero y Pérez (2012), entre otros.

De no considerarse voluntaria y extrajudicialmente la filiación, el mismo ordenamiento jurídico es el que prevé las herramientas legales para conseguir su establecimiento aun contra la voluntad del progenitor biológico, por tratarse de una orden jurídica que se corresponde con la prerrogativa del hijo. Esta cuestión, por supuesto, se incardina con el interés superior del niño, la niña o el adolescente, como principio rector e interés preponderante.

La conjugación entre la prerrogativa del hijo y la responsabilidad del padre, de la mano con el principio del *favor filii*, concretan el derecho del niño de pertenecer a una familia y, como lo señala el art. 7 de la CIDN, a conocer a sus padres; asimismo, en la medida de lo posible, ser cuidado por ellos. Esta pertenencia es en función de la construcción de la identidad personal del menor, no solo en su fase estática, sino también en su proyección dinámica.

4. La reparación del daño al derecho a la identidad del hijo por parte del padre que omite establecer voluntariamente la filiación

El estudio que ahora nos planteamos es si con la existencia del deber jurídico del padre de reconocer voluntariamente a su hijo biológico y ante su reticencia en efectuarlo podría ser aplicado el estatuto de la responsabilidad civil, con el objeto de reparar el daño al derecho a la identidad del hijo, provocado precisamente por esa omisión del progenitor.

Superando la discusión sobre la procedencia de la responsabilidad civil, particularmente la extracontractual, debido a los daños ocasionados en el ámbito de las relaciones de familia, y basándonos en el respeto por los derechos esenciales de los miembros de estas y la reparación integral del daño sufrido en el contexto familiar, resulta factible proponer la incorporación del derecho de familia a la recepción de las reglas de la responsabilidad civil. Estas últimas encuentran su sustento en el principio de no causar daño a otro, que corresponde aplicar en todo espacio donde se produzca un menoscabo a un derecho o un interés jurídicamente protegido. Las reglas, que sin llegar a desnaturalizarse, se aplicarán si se respetan los principios del derecho de familia (Álvarez, 2019), entre ellos, la igualdad, la solidaridad y armonía familiar y el interés superior del niño, el hijo o la hija integrante de la familia.

Tras responder afirmativamente sobre la existencia del deber jurídico de reconocimiento del hijo biológico, la conducta exigida como requisito de procedencia de la responsabilidad civil queda constituida por la omisión del reconocimiento voluntario del progenitor para concretar la filiación de los hijos procreados. Esta reticencia concluye en la determinación de la filiación por vía judicial, mediante el ejercicio de una acción de filiación del hijo.

En este escenario, dos cuestiones son imperiosas de considerar: el conocimiento del progenitor sobre su paternidad, pues podría suceder que solo haya sabido de su existencia con la acción de filiación; y la actitud que este asuma en el juicio de reclamación de filiación iniciado por el hijo. En la primera circunstancia, puede configurar una eximente de responsabilidad; mientras que en la segunda incidiría en la decisión del *quantum* indemnizatorio.

Lejos de constituir un análisis puramente doctrinario en sistemas comparados como el argentino, la materia se ha discutido judicialmente desde hace tres décadas y es, precisamente, un supuesto como el que provocó la dictación en 1988 (E. D n.º 128-333, 1988), acerca de la primera sentencia que conjugaba las reglas de la responsabilidad civil y familiar. El fallo, reconocido como *leading case* y sustentándose en el derecho constitucional implícito del hijo a conocer su identidad

biológica (art. 33, Constitución de Argentina), concluyó que la falta de reconocimiento del hijo constituye un comportamiento antijurídico que le ocasiona un daño moral (Medina, 2015; Jalil, 2012). En la actualidad, el art. 587 del CCyCom argentino[3] expresa la responsabilidad civil por el daño causado al hijo, debido a la falta de reconocimiento.

En el análisis del posible resarcimiento a la víctima, hijo privado de su *status familiae* por el incumplimiento del padre biológico de su deber jurídico de la filiación, y como centro basal de la responsabilidad civil extracontractual, el daño, menester es considerar lo dispuesto por el art. 1985 del Código Civil peruano que, en el contenido de la indemnización comprende el daño a la persona, el cual consideramos configurado en caso de que exista lesión al derecho a la identidad, entre otros perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que se generan, por ejemplo, la pérdida de oportunidades y, claro está, el daño moral propiamente dicho.

5. El deber jurídico de la madre de dar a conocer al hijo quién es su padre biológico

En el supuesto en análisis cabe también indagar en la conducta de la madre, cuya filiación se encuentra definida como concausa del daño sufrido por el hijo. Al respecto, nos planteamos una primera interrogante: ¿tiene la madre el deber jurídico de informar al hijo quién es su progenitor? El derecho a la intimidad de la madre está comprometido; por tanto, una segunda cuestión es entre la satisfacción del derecho a la identidad del hijo y el resguardo al derecho a la intimidad de la madre, ¿cuál prefiere?

Respecto a la primera pregunta, la doctrina ha sostenido que el ocultar al hijo quién es su padre lo convierte en una víctima de la voluntad de su madre de relacionarse sexualmente y reproducirse, por lo que tendría que prevalecer el derecho a la identidad del hijo producto de

3 El art. 587 del CCyCom argentino señala que «El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código».

esa relación, sobre la intimidad de la madre (Rivero de Arhancet, 2014). Asimismo, Varsi (2010), refiriéndose a Mizrahi, afirma que:

> el derecho del hijo a obtener su filiación no se inscribe en la esfera de privacidad del presunto progenitor, pues media un interés social en que aquel obtenga el emplazamiento que le corresponda, lo cual conlleva a observar una actitud de respeto a los posibles vínculos familiares (p. 118).

En este punto, merece consideración el clarificador aporte de la Sentencia n.º 185/2012 del Tribunal Constitucional español, de 17 de octubre de 2012, cuya ponente, la magistrada Encarnación Roca i Trías, expresa que:

> El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor […]. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente (Álvarez, 2019, p. 182).

En ese sentido, la madre detenta la potestad parental del hijo menor de edad, cuya filiación ha afirmado que, conforme al art. 222 del CC chileno, se funda en el interés superior del hijo, con la finalidad de procurar su mayor realización espiritual y material posible, y guiarlo en el ejercicio de los derechos que emanan de su naturaleza humana. No podemos sino concluir que sí corresponde a la madre, que conoce la verdad biológica, dar a conocer a su hijo quién es su padre biológico; en caso se tratara de un hijo menor de edad, deducir la acción de reclamación correspondiente, en el ordenamiento jurídico chileno, según lo contempla el inciso 2 del art. 205 del Código Civil, inferida por la madre en calidad de representante legal del hijo menor de edad.

En este aspecto, es interesante tener en consideración lo dispuesto por el art. 21 del CC peruano, que, en caso de filiación extramatrimonial, considerando la inscripción requerida en forma separada, faculta al progenitor que efectúa la inscripción el revelar el nombre de la

persona con quien tuvo al hijo. En ese caso, la criatura se inscribirá con el apellido del padre y se abrirá un plazo de 30 días para que el encargado del registro ponga este hecho en conocimiento del presunto progenitor. La sola incorporación del apellido en la inscripción registral no desencadena efectos en materia de filiación, pero sí es una vía para poner en conocimiento del padre biológico la existencia del menor, que posibilita que cumpla con determinar la filiación a favor del niño.

Con respecto a la segunda cuestión, la doctrina se uniforma en sostener que el derecho a la identidad del hijo prima sobre el derecho a la intimidad de la madre, por cuanto la conformación de la identidad del hijo no puede depender de la sola voluntad de ella. De esta manera, los progenitores «son los comprometidos con la identidad de aquel (consecuente de sus relaciones), lo que trasciende a la propia motivación individual, creando circunstancias que, por afectar al niño, no pueden a su antojo desvirtuar, ocultar, tergiversar» (Varsi, 2010, p. 182); y por el resguardo especial de los derechos esenciales de la infancia que, ante su colisión con derechos fundamentales de los adultos, inclina la balanza hacia la protección de estos sujetos de derecho en situación de vulnerabilidad.

La viabilidad de la omisión o la tardanza de la madre en deducir la correspondiente acción de filiación contra el padre biológico, puede considerarse una concausa de la lesión al derecho a la identidad provocada al hijo. En esa línea, se ha seguido en doctrina dos caminos: por un lado, se considera la conducta de la madre como coproductora del daño (Pizarro, 2014); y, por otro lado, no se observa una responsabilidad ante el menoscabo sufrido por el hijo, toda vez que no existe disposición legal expresa que consagre un deber de accionar de la madre (Rodríguez, 2009). Por tanto, coincidimos con la primera postura, ya que se toma en cuenta los fundamentos de informar la filiación biológica a su hijo y las consecuencias que se desprenden de tal acto. En el juicio de indemnización de perjuicios contra el padre, la conducta que haya tenido la madre será relevante para el *quantum* indemnizatorio.

6. La transmisión del apellido paterno como efecto de la filiación en los casos de determinación tardía de la filiación

Una última cuestión a la que abocaremos nuestra atención es, en particular, a uno de los efectos jurídicos derivados de la filiación legalmente establecida; es decir, la transmisión de los apellidos del padre al hijo, elemento que constituye la identidad personal, del cual ya hemos tenido oportunidad de hacer referencia al revisar el Rol n.º 3364-17-INA, de 14 de septiembre de 2017, donde el Tribunal Constitucional chileno señala «que todo ser humano desde que nace tiene derecho al nombre patronímico que, en lo posible responda a su origen biológico, para que todo niño sepa la familia a la que pertenece» (cndo. 18).

En el supuesto de omisión de reconocimiento paterno que conduce a que su determinación, en definitiva, se efectúe por la vía judicial, como también en el caso del reconocimiento voluntario pero tardío. En esa línea, nos encontramos con una situación evidente, pues uno de los aspectos de mayor sensibilidad personal y social, como es el apellido con el que nos identificamos, mutará; es una cuestión de la mayor trascendencia si ya ha transcurrido parte de la vida de un niño, una niña o un adolescente en que se reconoce personalmente y por su medio con un apellido, pero ahora devendrá en otro, producto de la filial paterna y la regla de que el nombre patronímico primero de una persona es el del padre. En efecto, la sentencia que declara la filiación del hijo impondrá el apellido paterno, y ordena la modificación de la inscripción registral de su nacimiento; así, se incorpora en su identificación (Gete-Alonso y Calera, 2017).

La situación trasciende en la identidad personal, por supuesto en su faz estática, pero cabe destacar, particularmente, su dimensión dinámica, integrada por las experiencias vividas, el lugar que se ocupa dentro del grupo social y la percepción de sí mismo en función de lo que los otros ven e identifican y que lo posicionan en su contexto relacional (Fernández, 1992). El nuevo apellido podría generar repercusiones, sobre todo para un niño que se ha desarrollado y conocido durante un tiempo prolongado con un nombre y apellido que lo individualizan personalmente.

En la actualidad, el sistema chileno en materia de apellidos se rige por el DFL n.º 2128 de 1930, que, en su art. 126, indica que luego de los nombres que designe la persona que requiere la inscripción, se impondrá el apellido del padre y enseguida el de la madre. Tras resolverse la filiación paterna, y como efecto de esta, el hijo llevará primeramente el apellido del padre. En la legislación peruana, el art. 20 del CC también propone un orden para la transmisión de los apellidos en caso se decida la filiación por ambas vías: los primeros apellidos del padre y la madre. En definitiva, se traduce que el hijo lleve por primer apellido el del padre y, por segundo, el de la madre.

Consideramos que la debida tutela del derecho a la identidad exige considerar el principio rector del ISN, por tratarse de una medida que afectará directamente al niño, la niña o el adolescente. En la decisión judicial, la materia tendría que ser abordada considerándose el interés prevalente del hijo, que procura minimizar los daños a los que su derecho a la identidad se vería expuesto; y, en la aplicación de los preceptos que decretan los apellidos conforme a la filiación judicialmente declarada, sería adaptada al caso concreto, con énfasis en ponderar el mayor beneficio que este cambio le pudiera reportar.

La legislación chilena no cuenta con una decisión especial expresa que incluya como directriz el interés superior del hijo en la imposición de los apellidos que se transmiten desde los padres como efecto de la filiación, ni acuerdo voluntario alguno que permita establecer el orden de los apellidos en las hipótesis que comentamos. En la legislación comparada, hemos visto cómo se incorpora el interés superior del hijo en las disposiciones que guían la atribución de los apellidos correspondientes según la filiación. Verbigracia, en España, el art. 49.2 de la Ley n.º 20/2011 del Registro Civil[4] faculta a los padres para

4 El art. 49.2 —en vigencia desde el 30 de junio de 2017 (aun cuando la Ley n.º 20/2011 entrará en vigor completo el 30 de junio de 2020)— sostiene que «La filiación determina los apellidos. Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días

decidir voluntariamente el orden de los apellidos del hijo, y atribuye al encargado del Registro Civil, ante su silencio o desacuerdo, solicitar un pronunciamiento expreso dentro del plazo de tres días; no obstante, si se mantiene la situación, el mismo encargado ordenará los apellidos del hijo, atendiendo a su interés superior.

La directriz en comento se ha consolidado en las decisiones del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo españoles. Esta ha sido aplicada incluso a fallos pronunciados con anterioridad a la normativa vigente —en que la atribución legal de los apellidos a falta de acuerdo de los padres sostenía primeramente la imposición del apellido por vía paterna (art. 194, decreto de 14 de noviembre de 1958, modificado por el Real Decreto n.º 193/2000, de 11 de febrero)—, que resuelve en casos de reclamación tardía de paternidad, sobre la base del interés superior del niño y el resguardo a su derecho a la identidad; asimismo, la mantención del apellido de la madre como el primero, tras considerar que es aquel con el cual el niño se identifica y es conocido en su medio social y escolar.

En este sentido, el fallo del Tribunal Constitucional español, de 7 de octubre de 2013 (Sentencia n.º 167/2013), anula las sentencias del Juzgado de Violencia sobre la Mujer 3.º de Barcelona, de 26 de febrero de 2009, y la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de diciembre de 2009, que confirma la anterior en la parte que impone como el primero de sus apellidos el del padre, cuya paternidad no matrimonial había sido acordada judicialmente. Además, señala que:

> b) En el caso de determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona.

---

comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor».

c) El menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre. En estas circunstancias es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y en este caso su primer apellido materno, al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar.

Desde esta perspectiva constitucional, debió ponderarse especialmente el interés del menor y su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad, a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos, por lo que se concluye reconociendo la vulneración del contenido constitucional del art. 18.1 CE (fdto. 7).

Ante similares hechos, la STS de 12 de noviembre de 2015 (Sentencia n.º 621/2015), que acoge el recurso de casación en contra del fallo dictado por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en orden a mantener como primer apellido del niño el de su madre, sigue el criterio establecido por el Tribunal Constitucional español y advierte que el caso sobre el cual incide su decisión se estructuró sobre la legalidad vigente al tiempo de dictarse el fallo recurrido; así, indica que:

2. En términos de estricta legalidad vigente al tiempo de dictarse la sentencia recurrida no existe duda sobre su decisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del Código Civil, artículo 53 y siguientes de la Ley de Registro Civil y artículo 194 del Reglamento de Registro Civil. Así, en defecto de la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil, que es el caso presente, «el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo apellido, el primero de los personales de la madre».
3. La respuesta, sin embargo, no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor; por lo que la Sala cuando ha tenido que acudir a negar o posibilitar la interpretación correctora de una norma que afectaba a alguna medida en la que se encontraba interesado un menor, se ha cuidado de tener en cuenta el interés superior de este.

4. Resulta de sumo interés la Ley del Registro Civil n.º 20/2011 de 21 de julio en cuya Exposición de motivos se afirma que «en relación con los aspectos sustantivos de la ley, merece una mención especial el artículo VI, relativo a hechos y actos inscribible». El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento.

   Es, pues, el interés superior del menor el que inspira al legislador de esta ley para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores, confiando que sea el Encargado del Registro Civil el que valore tal interés y asuma la decisión.

   Evidentemente meritada ley no estaba en vigor al dictarse la sentencia, pero autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentra en vigor (fdto. 3).

El Tribunal Supremo español en decisiones más recientes incorpora la reflexión en torno al mayor beneficio posible que reportaría al niño alterar el primer apellido con el que se identifica; a partir de ello, la STS n.º 659/2016, de 10 de noviembre de 2016, afirma que:

> A partir de las anteriores consideraciones, y dando respuesta conjunta a los motivos del recurso por la estrecha relación que guardan entre sí, como autoriza la doctrina de esta Sala, procede la estimación de los mismos, y por ende del recurso de casación, ya que, habiéndose inscrito el menor con el primer apellido de la madre, por ser la única filiación reconocida en ese momento, no se ha acreditado ninguna circunstancia que, siempre bajo el interés superior del menor, aconseje el cambio del apellido con el que aparece identificado desde la inscripción de su nacimiento.
>
> Por tanto, la interrogante que hemos de responder en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor (fdto. 3).

También la STS n.º 651/2017, de 29 de noviembre de 2017, en el sexto apartado, considera que:

> No existe ninguna circunstancia que justifique que sea beneficioso para el menor que se le prive del primer apellido con el que fue inscrito, para sustituirlo por el primero de la línea paterna.
>
> Pero es que, además, y ello enlaza con lo tardío de la reclamación, tal cambio afectaría al interés del menor en relación con su derecho de imagen, pues nació el día 10 de junio de 2007, por lo que ahora tiene 10 años de edad, y con ese primer apellido viene identificado en todos estos años en su ámbito familiar, escolar y social (fdto. 3).

En el mismo sentido concluye la STS n.º 658/2017, de 1 de diciembre de 2017, así como también, en el caso del ejercicio de una acción de reclamación de paternidad que no se estima como tardía, la STS n.º 93/2018, de 20 de febrero de 2018.

El interés prevalente del niño, adaptado a la circunstancia concreta, constituye la pauta para interpretar y aplicar la norma jurídica que decide el orden de los apellidos; además, puede experimentar variaciones en caso de incidir negativamente en la situación particular de un niño, que trasciende a sus derechos fundamentales y a su identidad personal, y encuentra su fundamento último en la dignidad humana.

Particularmente, en relación con el reconocimiento o el ejercicio de una acción de filiación tardía, en el ordenamiento jurídico español, el art. 53 de la Ley n.º 20/2011, de 21 de julio sobre Registro Civil —disposición también vigente desde el 30 de junio de 2017—, establece la gestión del cambio de apellidos mediante la declaración de voluntad. De esta manera, el encargado del Registro Civil autoriza el cambio de apellidos en los casos que enumera, de acuerdo con el numeral 5.5, la circunstancia de una filiación rectificada en que el hijo o sus descendientes quisieren conservar los apellidos que usaron con anterioridad a la solicitud, la misma que debe ser efectuada dentro del plazo de los dos meses siguientes a las inscripción de la nueva filiación o, en su caso, a la mayoría de edad.

7. Conclusiones

La vulnerabilidad propia de los niños, las niñas y los adolescentes tiene que concretar nuestros esfuerzos en todas aquellas hipótesis que afecten sus derechos esenciales. Así, hemos centrado nuestro análisis en su derecho a la identidad personal, y corroboramos la vital incidencia que las relaciones de familia presentan en la conformación de la identidad de toda persona, la que se proyecta en su faz estática, relacionándose con la posibilidad de conocer efectivamente quiénes son sus progenitores biológicos, contar con una filiación establecida jurídicamente a su respecto y ser cuidado por estos. Pero no se agota en ella, pues el derecho a la identidad se compone también de una dimensión dinámica, que va nutriéndose a través del tiempo con nuestras vivencias, experiencias que tienen trascendencia y el directo vínculo con la percepción de nosotros mismos y los demás. Ello, en definitiva, conforma la identidad desde el individuo en una lógica relacional.

Por este motivo, es relevante reconocer el derecho del hijo o la hija a contar con una filiación jurídicamente determinada que trasunte su filiación biológica y posibilite su máximo desarrollo al cuidado de sus padres. Con el objeto de potenciar este derecho, es imperativo para los ordenamientos jurídicos dotar de los mecanismos para fijar la filiación en caso de que los progenitores no la asuman voluntariamente, cuestión que hemos podido sucintamente revisar y se cumple mediante el ejercicio de las acciones de filiación, de carácter imprescriptible e irrenunciable. Sin embargo, esta presenta matices, ya que, según la información recabada, en la actualidad existe un número importante de menores que no disponen de una filiación paterna extramatrimonial determinada.

Por ello, es menester detenernos en posicionar la situación del hijo frente al deber jurídico del padre biológico de decidir jurídicamente la filiación en su favor. En otras palabras, ya no se trata de una cuestión puramente voluntaria, y es preciso comprender la obligación de los padres biológicos en su debida profundidad, con las repercusiones en la identidad personal del hijo.

A partir de ello, hemos tratado de contribuir en el despeje de variados cuestionamientos que surgen. Así, concluimos que:

- Provocado un daño al derecho a la identidad del hijo, podría este intentar su reparación con el ejercicio de una acción de responsabilidad civil extracontractual en contra del padre renuente, una vez decidida la filiación por la vía judicial.
- La relevancia del deber de la madre de dar a conocer al hijo el nombre del padre biológico; y la clara preeminencia del derecho a la identidad del hijo por sobre el derecho a la intimidad de la madre.

Por último, hemos revisado el tema de la transmisión de los apellidos como efecto de la filiación paterna determinada, y cómo esta circunstancia podría generar repercusiones en la proyección dinámica de la identidad personal, particularmente en los reconocimientos voluntarios o en una sentencia judicial de filiación. El interés superior del hijo adaptado al caso concreto será la directriz que guíe la decisión judicial o administrativa que corresponda; además, considerar no solo evitar el perjuicio al niño, la niña o el o la adolescente, sino ir un paso más adelante, esto es, conectar la reflexión con el mayor beneficio que el cambio le pudiere significar. En adición, solo si este se establece, ordenar la imposición del apellido paterno como el primero que en lo sucesivo llevará el hijo o la hija.

En suma, hay que destacar que las materias analizadas se estructuran situando a la persona en el centro del ordenamiento jurídico, así como también sus derechos esenciales y las consideraciones particulares que cada una tenga sobre la propia identidad. En esa medida, el sistema legal se adapta a cada caso para conseguir la reparación del daño producido, si es que eso es lo que se persigue; o quizás también abrirse a otro tipo de soluciones que puedan integrar el desarrollo ya experimentado por el hijo, y reconocer sus relaciones afectivas parentales constituidas fácticamente en ausencia de una filiación paterna determinada, que guiaría la conversación hacia la socioafectividad y la pluriparentalidad.

Referencias

Albaladejo, M. (1996). *Curso de derecho civil-Derecho de familia* (t. IV). Barcelona: Bosch.

Álvarez, R. (2019). *Daños en las relaciones familiares y el derecho a la identidad en la filiación*. Santiago: Thomson Reuters.

Asamblea General del Uruguay (2004). Ley n.º 17823. Código de la Niñez y Adolescencia. Montevideo: 7 de septiembre de 2004. Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/codigo_ninez_adolescencia_uruguay.pdf

Basset, U. (2017). Presentación de la obra. En Basset, U., Fulchiron, H., Bidaud-Garon, C. y Lafferriere, J. (dirs.), *Tratado de la vulnerabilidad* (pp. XLIII-LIV). Buenos Aires: Thomson Reuters.

Bustos, Y. (2013). El resarcimiento del daño causado por la falta de reconocimiento en la filiación no matrimonial. En Moreno, J. (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (pp. 120-160). Madrid: Dykinson.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (2010). Rol L., A. N. c/ F., M. H. Buenos Aires: 23 de diciembre de 2010. Recuperado de http://institutoninezyadolescenciacam.blogspot.cl/2011/04/filiacion-ii.html

Congreso Constituyente Democrático del Perú (1993). Constitución Política del Perú. Lima: 29 de diciembre de 1993.

Congreso de la República del Perú (1984). Decreto Legislativo n.º 296. Lima: 24 de julio de 1984. Recuperado de https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00295.pdf

_____ (1995). Ley n.º 26497. Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Lima: 28 de junio de 1995. Recuperado de https://pdba.georgetown.edu/Electoral/Peru/leyregistro.pdf

_____ (2005). Ley n.º 28.457. Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. Lima: 8 de enero de 2005.

Congreso del Estado de Tabasco (1997). Decreto n.º 205. Código Civil para el Estado de Tabasco. Villahermosa: 9 de abril de 1997. Recuperado de https://armonizacion.cndh.org.mx/Content/Files/LGBTTTI/CodCivilFam/27Codigo_CE_Tab.pdf

Congreso Nacional de Argentina (2017). Ley n.º 26994. Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires: 18 de octubre de 2017. Recuperado de http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/ley_26.994_codigo_civil_y_comercial_-argentina.pdf

Congreso Nacional de Chile (1930). Ley n.º 4808. Ley sobre Registro Civil. Santiago: 10 de febrero de 1930. Recuperado de bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=24928&idParte=&idVersion=1997-08-18

_____ (1970). Ley n.º 7344. Autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica. Santiago: 22 de septiembre de 1970. Recuperado de https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28940

_____ (1998). Ley n.º 19585. Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Santiago: 26 de octubre de 1998. Recuperado de https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=126366

Corte Suprema de Chile (2016a). Rol n.º 10.160-2015. Santiago: 9 de marzo de 2016.

_____ (2016b). Sentencia de Corte Suprema, Rol n.º 35532-2015. Santiago: 18 de mayo de 2016.

Cortes Generales de España (2011). Ley n.º 20/2011, del Registro Civil. 21 de julio de 2011. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628&p=20200919&tn=0

Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Brasilia: 4, 5 y 6 de marzo de 2008. Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf

Fernández, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea.

Fernández, M. (2013). *Manual de derecho de familia. Constitucionalización y diversidad familiar*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Gete-Alonso, M. (2017). Expresiones jurídicas del ejercicio de la identidad personal y de la autodeterminación. *Espaço Jurídico Journal of Law*, *18*(3), 661-678.

Gómez, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Instituto Nacional de Estadísticas (2018). Estadísticas vitales – Informe anual 2016. Recuperado de https://www.ine.cl/docs/default-source/demográficasyvitales/vitales/anuarios/2016/vitales-2016.pdf?sfvrsn=15

Jalil, J. (2012). Daños y perjuicios devinientes de la omisión del progenitor de reconocer a su descendencia tempestivamente. *Revista derecho de familia y persona*, 77.

Junyent, B. (2016). *Fecundación asistida e identidad personal*. Buenos Aires: Astrea.

Juzgado Civil de Santiago de Chile (2013). Rol n.º C-9243-2012. Santiago: 23 de diciembre de 2013.

Medina, G. (2015). Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial unificado. *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, (5), 15-46. Recuperado de http://roderic.uv.es/handle/10550/47060

Ministerio de Justicia de Chile (1930a). Ley n.º 4808. Reforma de ley sobre el Registro Civil. Santiago: 10 de febrero de 1930. Recuperado de https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=24928&idParte=&idVersion=1997-08-18

_____ (1930b). DFL n.º 2128. Aprueba Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil. Santiago: 10 de agosto de 1930. Recuperado de https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=5627

_____ (2000). DFL n.º 1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Santiago: 16 de mayo. Recuperado de https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986

Ministerio de Justicia de España (1958). Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. Madrid: 14 de noviembre de 1958. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1958-18486&p=20151107&tn=1

Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2005). Decreto n.º 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Santiago: 22 de septiembre de 2005. Recuperado de https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302

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

Perú21 (1 de noviembre de 2014). *Ahora es más fácil exigir que se reconozca a hijos negados*. Recuperado de https://peru21.pe/lima/facil-exigir-reconozca-hijos-negados-193536-noticia/

Pizarro, C. (2014). Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial. En Lepin, C. (dir.) y Vargas, D. (coord.), *Responsabilidad civil y familia* (pp. 289-306). Santiago: Thomson Reuters.

Ramos, B. (2014). Daños originados en las relaciones de familia: situación en Uruguay. En Lepin, C. (dir.) y Vargas, D. (coord.), *Responsabilidad civil y familia* (pp. 249-268). Santiago: Thomson Reuters.

Rivero, M. (2014). Daños vinculados a la filiación extramatrimonial. En Lepin, C. (dir.) y Vargas, D. (coord.), *Responsabilidad civil y familia* (pp. 223-246). Santiago: Thomson Reuters.

Rodríguez, A. (2009). *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno filiales*. Cizur Menor: Aranzadi.

Sainz-Cantero, M. y Pérez, A. (2012). *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*. Granada: Comarés.

Tribunal Constitucional de Chile (2008). Rol n.º 834-07-INA. Santiago: 13 de mayo de 2008.
_____ (2009). Rol n.º 1340-09-INA. Santiago: 29 de septiembre de 2009.
_____ (2013). Rol n.º 2192-12-INA. Santiago: 10 de septiembre de 2013.
_____ (2017). Rol n.º 3364-17-INA. Santiago: 14 de septiembre de 2017.

Tribunal Constitucional de España (2012) Sentencia n.º 85/2012. Madrid: 18 de abril de 2012. Recuperado de http://hj.tribunal constitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/22852
_____ (2013). Sentencia n.º 167/2013. Madrid: 7 de octubre de 2013.
_____ (2015). Sentencia n.º 621/2015. Madrid: 2 de noviembre. Recuperado de https://supremo.vlex.es/vid/587607342
_____ (2016). Sentencia n.º 659/2016. Madrid: 10 de noviembre de 2016. Recuperado de https://supremo.vlex.es/vid/653846149
_____ (2017a). Sentencia n.º 651/2017. Madrid: 29 de noviembre de 2017. Recuperado de https://supremo.vlex.es/vid/698783121
_____ (2017b). Sentencia n.º 658/2017. Madrid: 1 de diciembre. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/act.php?id= BOE-A-1958-18486&tn=5&bj=art194#
_____ (2018). Sentencia n.º 93/2018. Madrid: 20 de febrero de 2018. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/act.php?id= BOE-A-1958-18486&tn=5&bj=art194#

Tribunal de Instancia Civil y Comercial de San Isidro (1988). E. D. n.º 128-333. Buenos Aires: 9 de marzo de 1988.

Vargas, V. (31 de agosto de 2018). Padres ausentes: en un 8.7% de los nacimientos de 2016 no hubo información del progenitor al momento de la inscripción. *El Desconcierto*. Recuperado de https://www.eldesconcierto.cl/2018/08/31/padres-ausentes-en-un-87-de-los-nacimientos-de-2016-no-hubo-informacion-del-progenitor-al-momento-de-la-inscripcion/

Varsi, E. (2006). La inversión de la carga de la prueba: la experiencia latinoamericana peruana. *Sociedade e Estado, 21*(3). Recuperado de http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922006000300005

La reparación civil en los procesos penales y la garantía del acceso a la justicia a las víctimas ante los delitos cometidos por familiares

Manuel Bermúdez Tapia
Universidad Particular San Juan Bautista, Perú
mbermudeztapia@gmail.com

1. Introducción

El *conflicto familiar* en el ámbito jurisdiccional no es correctamente analizado, principalmente porque se asume que las *reglas sustantivas y procesales* que guían el trámite de un *proceso judicial* se aplican en un expediente penal, que identifica a la *víctima* y el *acusado* de un delito como *familiares*.

Esta realidad es tan compleja que los estudios interdisciplinarios procuran evaluar de un modo objetivo *el comportamiento procesal* que desarrollan las partes luego de un *conflicto*, especialmente en el ámbito familiar (Livesley, 2001; Bermúdez, 2018b). De acuerdo con Bermúdez (2019), los factores de corte subjetivo amplifican los espacios de victimización, pues no pueden ser atendidos a la imposición de una condena, ya que la víctima no es correctamente examinada en las acciones del Poder Judicial y el Estado en sí mismo. En ese sentido, se evidencia un problema material que incide negativamente en la accesibilidad a la justicia, puesto que estos elementos ya no son estudiados en el espacio judicial.

Ante una situación que no ha logrado ser identificada como un *punto ciego* en las acciones estatales con respecto a la atención de las víctimas, es necesario reflexionar acerca de la *High Conflict Personality Theory*, propuesta por Eddy (2008). Esta se aplica a circunstancias de *conflictos familiares* y a la evaluación de *procesos penales*, donde

el *sujeto activo* y *el sujeto pasivo* del delito son familiares, y se logra identificar el contexto temporal del daño, que se extiende más allá del trámite judicial.

En teoría observa en un expediente judicial lo siguiente: a) el registro de elementos subjetivos propios del *conflicto familiar*, b) la evaluación de los intereses de las partes involucradas y c) la evaluación de derechos u obligaciones de las partes procesales e involucradas en el conflicto, que en conjunto explica el nivel de *afectación física, psicológica* y *económica* que asumen las víctimas, e incide en su comportamiento procesal (Bermúdez, 2011).

En esencia, estos aspectos mejoran el trabajo de los magistrados, especialmente en los conflictos familiares. De esta manera, se genera una visión mucho más próxima a la circunstancia individual de los perjuicios en las víctimas, dado que se *humaniza* el proceso penal. El análisis de una perspectiva de vida puede ser truncada en un efecto prolongado en el tiempo, con lo cual los conceptos de *vulnerabilidad, edad, victimización, pobreza, género*, que conforman las Reglas de Brasilia, requieren ser comprendidos en una etapa posterior a la intervención de los órganos jurisdiccionales; en caso contrario, se llegaría a inferir que el proceso penal, junto a la reparación civil impuesta en la condena, atiende el daño perpetrado en la víctima.

Por tanto, se plantea una propuesta que sobrepase la tradicional visión del legislador, y se considera que la emisión de una sentencia desencadena el mismo resultado proyectado en la evaluación de un *conflicto civil puro*. Por ello, es oportuna la adaptabilidad de la legislación aplicable al ámbito penal, porque así están comprendidos como «destinatarios» de las Reglas de Brasilia y se supera el rol del juez condicionado a los límites establecidos en la ley.

En ese caso, las Reglas de Brasilia, y en relación con la Regla 24, implican una mayor participación de los legisladores en las funciones que ejecutan los jueces. Así, los términos de estos son definidos por el parlamentario, con quien el margen de evaluación de conformidad a la especialidad es probable que no sea positivo, particularmente cuando se analice el *conflicto familiar* entre las personas que componen una relación familiar en crisis.

Por tanto, la ampliación de los elementos negativos en el ámbito jurisdiccional penal constituye una mayor afectación a los derechos de las víctimas. No solo se trata de la *evaluación de un delito,* sino también el interés a una *familia involucrada en una situación crítica*, donde las circunstancias de la infracción provocarían un proceso de *victimización* estructural que se prolonga a otros sujetos que no fueron perjudicados por la falta. Con frecuencia, el autor del acto representa la principal fuente de ingresos familiares (Ammerman y Hersen, 2000).

Entonces, cómo aplicar las Reglas de Brasilia cuando el expediente judicial estudia una violación sexual, un atentado a la indemnidad sexual, una agresión física o psicológica, o un contraderecho de orden filiatorio, alimentario o de relación, entre dos personas que son familiares, y cuyo efecto negativo se extiende a los demás integrantes de la familia. En esa línea, el presente texto examina la importancia de extender el carácter humano de las Reglas de Brasilia en la evaluación del procedimiento judicial penal. Así reflexiona, de un modo diligente, los procesos, en función del género y las condiciones especiales de la víctima, dado que no será suficiente la imposición de una condena, que tampoco logra ser previsible.

El análisis del *conflicto familiar en el ámbito juridiccional penal* permite diferenciarse del *conflicto civil-familiar*, debido a que *la responsabilidad penal* no se vincula con el *daño* y la *reparación civil-indemnización*, contenidos en la *sentencia condenatoria*. Por ello, provocan una deshumanización de la actividad jurisdiccional, que contraviene con la finalidad de la Regla 1.

Consecuentemente, es posible detallar que el nivel de *eficiencia* del sistema de impartición y administración de justicia (respecto de los casos en evaluación) pone en peligro la legitimidad del *proceso judicial penal*, porque no logra encargase de la naturaleza de los *conflictos familiares* evaluados, que son la referencia criminológica y de incidencia social más significativa; esto es, constituyen un factor que amplifica la «cifra negra» en delitos en hogares disfuncionales, y, a su vez, no son denunciados por las mismas víctimas o sus familiares, esencialmente por desconocimiento y miedo. De este

modo, se restringe la búsqueda de una justicia, que coloca un límite a la *accesibilidad a la justicia,* según la Regla 2.

Ante lo detallado, no se puede asumir que el *juez* resuelva una controversia con elevados niveles de subjetividad y contenido de violencia entre los integrantes de una familia en crisis, a raíz de la comisión de un delito. La *sentencia condenatoria* no se vincula con el contenido del problema familiar, ya que así está dispuesto en el ámbito normativo.

La razón por la cual las *resoluciones judiciales* no son vinculantes a las partes que amplían el conflicto es expresada como el *fracaso de una sentencia*, según Jordi Nieva-Fenoll (2019). Se trata de un aspecto que sostiene la importancia de la Regla 26, que podría humanizar la evaluación del expediente penal, a favor de las víctimas, cuando se brinde información y un acceso efectivo a la justicia a personas en vulnerabilidad.

2. Un solo hecho, varios procesos judiciales

Los *conflictos familiares* por su propia condición generan (i) un *delito* y, a su vez, provocan el *derecho de acción de la parte afectada,* cuya persona, tras tener legitimidad e interés para obrar, (ii) se plantea una demanda en el ámbito civil o familiar, conforme al art. 4 del Título Preliminar del Código Civil.

En este sentido, a efectos gráficos, sostenemos las siguientes referencias:

Hecho	Evaluación jurisdiccional inicial	Evaluación jurisdiccional complementaria
Una persona golpea provocando lesiones graves a la pareja.	Tentativa de homicidio.	Causal de divorcio por atentado contra la integridad física de la persona.

Se omite la prestación de alimentos.	Exigibilidad de la prestación de alimentos.	Evaluación del delito de omisión a la asistencia familiar cuando la exigibilidad del proceso de alimentos deviene en ineficaz.
Atentado contra la integridad física de un familiar ascendiente (que podría ser un causante) con el ánimo de suscitar una condición contractual de cesión de derechos de un inmueble.	Delito de lesiones y tentativa de homicidio.	Causal de indignidad.

Fuente: Elaboración propia.

Por tanto, el *conflicto familiar* estudia un problema mucho más grave, agudo y complejo que el *conflicto tradicional*, asumido por el sistema judicial de acuerdo con la aplicación del art. 3 del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Asimismo, se supone que la intervención del Poder Judicial es eficiente en un contexto de evaluación de *derechos e intereses* expuestos en un expediente judicial (Bermúdez, 2012; Espinoza, 2005), sin tomar en cuenta que en los *conflictos familiares* el contenido subjetivo es un factor esencial en los comportamientos personales, debido a su incidencia en el comportamiento procesal. En relación con lo anterior, la Regla 3 detalla que «las personas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico». Por ese motivo, es crítico que los niños y las mujeres en situación de violencia familiar o las personas de tercera edad no ejerzan sus derechos de un modo inmediato o directo en situaciones donde han sido víctimas de un delito por parte de algún familiar (Regla 4).

En el siguiente esquema se explicará el comportamiento procesal, veamos:

Etapa prejudicial	Etapa judicial	Etapa postjudicial
Asunción de una situación negativa sin generar una vinculación en el ámbito de la evaluación de derechos en el contexto judicial.	Participación procesal ineficiente.	Inexigibilidad de los contenidos en la sentencia a la contraparte. En el caso de una niña afectada por un familiar en algún delito de naturaleza sexual, ¿la reparación civil podría atender el daño ejecutado?
Procrastinación (las víctimas no denuncian el delito cometido). En este punto, nótese la circunstancia que suele vincularse a «cifra negra» en el entorno criminológico, que se ubica en los familiares disfuncionales.	Abandono procesal.	*Síndrome de Burnout* en la parte favorecida en la sentencia que opta por no ejecutar ninguna acción procesal o judicial contra la contraparte (Bermúdez, 2018a).

Fuente: Elaboración propia.

Las situaciones sumamente referenciales en el ámbito jurisdiccional civil-familiar se amplifican cuando hay una referencia a un contenido penal, como ocurre en casos de alienación parental o violencia familiar, conforme al Decreto Legislativo n.º 1386, que modifica la Ley n.º 30364. Es una ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar que regula un *proceso especial*; además, viabiliza la unificación de métodos de evaluación jurisdiccional familiar, civil y penal, de acuerdo con la Regla 12. Así, se presenta este cuadro:

Situación referencial	Acción de una persona ante el delito	Referencia judicial o legal
Atentado contra el desarrollo psicológico del hijo (alienación parental, como violencia familiar).	Demanda interpuesta por el progenitor sin tenencia sobre la conducta alienadora del otro progenitor.	No se genera variación de la *tenencia:* a) Casación n.º 2067-2010, Lima. b) Casación n.º 5138-2010, Lima. c) Casación n.º 5008-2013, Lima. d) Casación n.º 3767-2015, Cusco.
Evaluación de una tenencia compartida.	Demanda con solicitud de tenencia compartida.	Casación n.º 1252-2015, Lima.

Fuente: Elaboración propia.

Con la ampliación de evaluación de *los delitos* que surgen en un contexto familiar, es posible detallar situaciones extremas donde el fallo judicial es incongruente con la atención a los daños que ha sufrido la víctima.

Las Reglas de Brasilia procuran gestar un ambiente de reforma eficiente y diligente a los casos en los cuales las personas se ven condicionadas por factores ajenos a su voluntad. No obstante, no se ha tomado en cuenta que estos elementos en el ámbito familiar se extienden no solo en el tiempo, sino también en el daño a los demás integrantes de la familia. En consecuencia, no implica el trámite de un proceso judicial en el que las condiciones de *victimización* y *vulnerabilidad* son un objetivo a ser atendido en el proceso penal; este último debe proteger a la víctima y a los demás integrantes de la familia que hayan sido afectados por un delito; en caso contrario, los daños psicológicos serán expuestos en la sociedad cuando estas personas desarrollen su propio hogar y podría provocar un grado de victimización estructural.

Para acreditar esta aseveración, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática (2019), se observará el contexto del

delito de violación sexual, respecto de algunas referencias judiciales que sostienen que la *víctima* no ha sido evaluada según las Reglas de Brasilia (Reglas 10, 11 y 12). Por ello, expresamos lo siguiente*:*

Delito	Acción de una persona ante el delito	Referencia judicial o legal
Violación sexual de persona menor de edad.	Flexibilización de la información contenida en la declaración de la víctima de violación sexual.	Recurso de Nulidad n.º 3175-2015, Lima Sur (Legis, 2018).
Violación sexual de persona menor de edad (hijo).	Omisión de denuncia por parte del otro progenitor que no genera responsabilidad penal.	Recurso de Nulidad n.º 3231-2014, Del Santa.
Violación sexual a la pareja.	Solicitud del acusado de ponderar *la unidad familiar* para evitar la condena, debido a que se afectaría a la *parte que sostiene económicamente a la familia.*	Recurso de Nulidad n.º 761-2018, Apurímac (Poder Judicial, 2018).
Atentado contra la vida de la pareja (mujer), es decir, feminicidio.	Denuncia penal.	Ley n.º 30323, que restringe el ejercicio de la patria potestad por la comisión de delitos graves.

Fuente: Elaboración propia.

Lo indicado sostiene que en el ámbito judicial penal existen varios *esquemas de evaluación* del delito de violación sexual, especialmente si el agresor sexual y la víctima son familiares que inciden negativamente en la búsqueda de una *predictibilidad judicial.*

La ampliación de esta situación se evidencia con el análisis de las siguientes referencias jurisprudenciales:

a) La Casación n.º 33-2014, Ucayali, evaluó la validez de las *declaraciones previas* de la víctima de violación sexual, que es menor de edad. En ese sentido, a la víctima no se le aplicó la Regla 5.
b) La Casación n.º 292-2014, Áncash, estableció la medida para estimar la pertinencia de la prueba de ADN en el delito de violación sexual.
c) El Recurso de Nulidad n.º 2321-2014, Huánuco, detalló la *irrelevancia* del consentimiento de la víctima cuando es menor de edad (inferior a los 14 años), donde sí se tomó en cuenta los parámetros de la edad de la víctima conforme a la Regla 5.
d) La Casación n.º 335-2015, Del Santa, examinó las características de los agentes activo y pasivo del delito de violación sexual, ambos pertenecen a un mismo núcleo familiar, y la víctima está inmersa en una condición de vulnerabilidad, de acuerdo con la Regla 4.
e) La Casación n.º 413-2015, Cusco, permitió estudiar el alcance de la *responsabilidad penal* del agresor sexual, pero las pautas para la determinación de la reparación civil no logran atender el daño que ha sufrido la víctima. No se cumple la Regla 12.
f) La Casación n.º 541-2015, Lambayeque, posibilitó la valoración de una prueba testimonial en segunda instancia, que generó una mejor atención a la víctima de conformidad a las Reglas de Brasilia, pero de modo indirecto.
g) La Casación n.º 879-2015, Madre de Dios, exigió un procedimiento objetivo para descartar la *presunción de inocencia.*
h) El Recurso de Nulidad n.º 3303-2015, Lima, expresó las reglas para la evaluación del *error de tipo* y la valoración de la prueba.
i) La Casación n.º 336-2016, Cajamarca, validó constitucionalmente la inaplicación de una ley por contravenir la Constitución.
j) La Casación n.º 436-2016, San Martín, diferenció los errores entre tipo y prohibición en casos de violación sexual.
k) La Casación n.º 813-2016, Cañete, exigió que la fundamentación de la sentencia guarde congruencia con la acusación.
l) El Recurso de Nulidad n.º 406-2016, Lima, distinguió los tipos de *agresión sexual* respecto del acto del agresor.
m) La Casación n.º 270-2018, Áncash, definió *la prueba del delito.*

Los elementos jurisprudenciales expresan en sus contenidos que no existe una vinculación objetiva a las Reglas de Brasilia, a pesar de que los casos evaluados fueron posteriores a la fecha de aprobación del instrumento internacional en 2008.

Por tanto, obsérvese el elevado contexto evaluativo de las *pruebas* y los instrumentos procesales analizados en cada sentencia, porque nos ayudará a fundamentar una posición crítica en el próximo apartado.

3. El daño, la responsabilidad penal y la reparación civil

Con respecto al expediente judicial que incluye una *sentencia condenatoria,* el juez ha logrado identificar:

a) El nivel de responsabilidad penal del acusado.
   En estricto sentido, las condiciones *agravantes* de los hechos resultan vinculantes al juez cuando ejecuta la determinación judicial de la pena.
b) El alcance del daño en la víctima.
   Las pericias y el propio desarrollo del proceso judicial han demostrado el nivel de *afectación* a los derechos de la víctima.
c) La pena para ser impuesta incluye la reparación civil.

Sin embargo, si se consideran las *resoluciones judiciales* analizadas previamente, sobre todo las que se vinculan al estudio de casos de *violación sexual*, se contempla que los jueces no ejecutaron ninguna *evaluación objetiva* que se relacione con «el hecho punible», «la responsabilidad penal», «el nivel de afectación», «la evaluación o cuantificación del daño moral o económico». Además, contraviene de modo directo el objetivo de las Reglas de Brasilia; por ello, sostenemos que la evaluación de los contextos familiares en crisis es referencial, con la finalidad de acceder a una justicia más justa y humana, de acuerdo con el ideal de los jueces reunidos en la Cumbre Judicial Iberoamericana de Brasilia de 2008.

Consecuentemente, se genera una condición negativa en la labor judicial, ya que los *elementos objetivos* estudiados *no son vinculantes* con la determinación de la *reparación civil a favor de la víctima*. Los actos detallados en la jurisprudencia evaluada muestran que el trabajo judicial es *objetivo y justificado*, pero, a su vez, desencadena la *invisibilización* de la víctima en el proceso penal (Bermúdez y Sierra-Zamora, 2020). Por tanto, se agudiza cuando se trata de casos donde las partes son familiares, y contraviene los alcances de las Reglas de Brasilia, debido a que no se ejecuta una diligente evaluación de la *vulnerabilidad de las víctimas* ante el delito cometido.

Ante esta realidad, Günther Heiland (1991) afirma que las sentencias penales deben exigir la *humanización del derecho* penal. El alcance *represivo, reparador, disuasivo o preventivo* de la *pena* expone la incongruencia entre la relevancia de la *ley penal* y la *realidad social*, que examina un *delito* en el expediente penal, incluso es mucho más grave cuando se analiza la particularidad de las personas involucradas.

4. La ampliación del daño a otras personas en forma adicional a la víctima

A partir de lo anterior, afirmamos que no se toma en cuenta a las partes *afectadas complementarias a la víctima* en la evaluación del delito, situación que permite detallar que los demás miembros de la familia son ajenos al delito, tanto para el sistema normativo como en el ámbito judicial; por tanto, provoca una deshumanización de dichos sistemas.

Para acreditar esta afirmación, véase el alcance y el contenido de las *resoluciones judiciales* de la Corte Suprema de Justicia del Perú, expresadas en el texto.

La gravedad de lo expuesto se empeora cuando el Ministerio Público opta por una *negociación que evalúa la responsabilidad penal* del sujeto acusado de cometer un crimen contra su propia familia y, ante ello, las acciones de oposición de la *víctima* son relativizadas.

No nos extenderemos sobre la *exigibilidad del pago de la reparación civil* porque es evadido por los condenados, ya que en algunas situaciones es inviable.

5. La necesaria humanización del proceso judicial penal a favor de la víctima

La doctrina y la práctica judicial nacional consideran que los conflictos familiares se resuelven al emitirse una sentencia que delimita las obligaciones, los derechos y las condiciones que acatarán las partes involucradas.

La evaluación tradicional del *conflicto* en un expediente muestra la equivalencia del *conflicto legal* con un *conflicto civil.* Con el III Pleno Casatorio, se hace la distinción entre el *conflicto civil (puro)* y el *conflicto civil familiar* en función de la comprensión del concepto de *conflicto humano.*

Sin embargo, estos criterios no son interiorizados en el ámbito jurisdiccional penal, porque la *víctima* no es *parte procesal* (Duce, 2014). Entonces, es limitado tanto en lo procesal como en lo material porque debe:

a) Ejecutar su defensa en forma autónoma.
   Téngase en cuenta que el Ministerio Público tiene otros fines respecto de la evaluación del expediente judicial y no le corresponde actuar como «defensa» de la víctima.
b) Plantear la reparación al daño provocado por el acusado.
   En casos de *violación sexual,* la propia víctima puede desencadenar situaciones que favorezcan al *agresor sexual*, porque la atención psicológica, física y humana a la víctima posibilita el daño que condiciona un comportamiento procesal diligente.
c) Requerir el pago de la reparación civil.
   Para acceder a un *resarcimiento*, la *víctima* actúa procesalmente, situación que permite un proceso de *victimización estructural*, dado que se le obliga a participar del proceso penal ante una persona que inicialmente la afectó mediante la comisión de un delito.

d) Evaluar las acciones que ejecute el Ministerio Público con el acusado, respecto de la *evaluación de la responsabilidad y la condena* a ser confirmada por el juez.

Los elementos cuestionan el grado de *humanización* del *conflicto familiar judicializado con contenido penal* en un expediente judicial, porque el desarrollo del trámite procesal penal impone sus propias reglas y condiciones.

Las reglas también son disfuncionales porque:

a) La estadística oficial considera que el registro de condenados por la comisión de algún delito contra la libertad e indemnidad sexual es sumamente elevado en el país. De acuerdo con el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) (2018), el *tipo penal* y el porcentaje de incidencia en el número total de condenas al 2018 son los siguientes:
    i. Violación sexual de menor de edad: 6.3 %
    ii. Actos contra el pudor en menores de 14 años: 4.3 %
    iii. Violación sexual: 3.6 %
    iv. Actos contra el pudor: 2.2 %
    v. Trata de personas: 1.4 %

    Estas cifran nos llevan a cuestionar la función preventiva del derecho penal.
b) La elevada incidencia de *atentados contra la indemnidad sexual* en el ámbito familiar, conforme a las estadísticas del INPE (2018), permite sostener que en estos casos los fines *disuasivos, intimidantes y represivos* del derecho penal tampoco son relevantes, desnaturalizándose la planificación del Estado en su *política criminal* (Beata y Harding, 2017).
c) La *condena penal* no logra atender a la víctima y genera situaciones que tendrán consecuencias en el ámbito psicológico del afectado. Así, pueden llegar a *resultados negativos (negative outcomes),* los cuales no son evaluados en el aspecto judicial, a pesar de las *pericias* ejecutadas (Durrant, 2013).

6. Las Reglas de Brasilia que requieren ser adaptadas en el proceso penal

En el ámbito judicial, cuando se analizan casos vinculados a conflictos familiares es posible apreciar el contexto de vulnerabilidad que asumen las partes débiles de las parejas y de los entornos familiares disfuncionales, particularmente cuando se registran niveles de violencia continuos.

Las acciones estatales, como de apoyo social, procuran estar pendientes de esta problemática que identifica un contexto penal-familiar objetivo.

a) Los casos de violencia familiar donde las *medidas de protección* judiciales no logran atender las emergencias a las cuales se expone a las víctimas.
b) El registro de atentados contra la integridad, la libertad y la indemnidad sexual en el ámbito de las relaciones familiares, como se acredita en la propia información del INPE (2018), sostiene que los sentenciados por estos delitos constituyen la referencia estadística más notoria de los últimos años.
c) La omisión de asistencia familiar, limitaciones al régimen de visitas o la ejecución de actos de violencia psicológica registran un volumen considerable de casos judicializados, especialmente en los Juzgados de Paz y especializados.

Por tanto, el panorama al ser sumamente complicado de evaluar, evidencia la importante labor de los órganos jurisdiccionales y las entidades del Estado, vinculadas a la prestación del servicio de justicia para adaptar una realidad procesal y judicial formal a la atención de las personas que son víctimas de alguna situación negativa, de acuerdo con las Reglas de Brasilia.

Los propósitos que persiguen estos parámetros, relacionados con el quehacer de los órganos jurisdiccionales, no se observa desde un punto de vista formal, porque de lo contrario no se tomará en cuenta el lado humano afectado, vulnerado o quebrado por los hechos expuestos en un expediente judicial. Se necesita adaptar las Reglas de Brasilia a la

práctica judicial en los organismos jurisdiccionales penales, particularmente cuando se evidencia un caso derivado de un conflicto familiar; además, la víctima no recibe un nivel de atención que le ayude a superar el daño ocasionado, y si es una persona de edad infantil o en la tercera edad, el riesgo se incrementa y tendrá consecuencias imprevisibles o fatales.

Por tanto, las Reglas de Brasilia deben superar las actividades institucionales con la finalidad de brindar una mejor y mayor *accesibilidad* a la justicia, principalmente dirigida a individuos que superan el miedo y la desventaja en la que se ubican. De esta manera, obtendrán el reconocimiento y la tutela de sus derechos.

7. Conclusiones

El carácter pétreo, objetivo y formal del *proceso penal* posibilita que, en el análisis de un expediente judicial, la *víctima* se vuelva invisible ante el sistema judicial, lo cual se amplifica cuando se examinan situaciones donde el delito identifica a dos partes contrarias como *familiares.*

En estas circunstancias, *la víctima* no logra tener una participación directa y proporcional a la tutela de sus derechos afectados, hecho que se desprende del *fallo condenatorio* donde la evaluación del *daño* y la *reparación civil* es subjetiva, desproporcional a lo evaluado y ajena a los *fines de la pena*; así, genera una *invisibilización* que *deshumaniza el proceso penal.*

Referencias

Ammerman, R. y Hersen, M. (2000). *Case Studies in Family Violence*. New York: Kluwer Academic.

Beata, J. y Harding, C. (2017). *EU Criminal Law and Policy*. *Values, Principles and Methods*. New York: Routledge.

Bermúdez, M. (2011). *Constitucionalización del derecho de familia*. Lima: ECB.
_____ (2012). *Derecho procesal de familia*. Lima: San Marcos.
_____ (2018a). El perfil del litigante afectado por el sistema jurisdiccional y el Síndrome de Burnout. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, (56), 249-257.
_____ (2018b). El efecto Doppelganger en los conflictos de familia judicializados. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, (60), 261-268.
_____ (2019). *Elementos procesales y probatorios en el derecho de familia*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Bermúdez, M. y Sierra-Zamora, P. (2020). La invisibilidad de la identificación de víctimas en las Fuerzas Militares y el inicio de una crisis en la defensa y seguridad nacional a raíz del Acuerdo de Paz. *Vniversitas*, (69). Recuperado de https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/30229

Congreso de la República (2015). Ley n.º 30323. Ley que restringe el ejercicio de la patria potestad por la comisión de delitos graves. Lima: 7 de mayo de 2015. Recuperado de https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30323.pdf
_____ (2018). Decreto Legislativo n.º 1386. Lima: 4 de septiembre de 2018. Recuperado de https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-modifica-la-ley-n-30364-ley-para-p-decreto-legislativo-n-1386-1687393-4

Corte Suprema de Justicia (2010). Casación n.º 2067-2010. Lima: 23 de abril de 2011. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3e050f80459a5618a6dcaf4799720f85/CAS+2067-2010.Pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3e050f80459a5618a6dcaf4799720f85
_____ (2011). Casación n.º 5138-2010, Lima. Lima: 31 de agosto de 2011. Recuperado de https://vlex.com.pe/vid/-472529506
_____ (2014). Casación n.º 5008-2013, Lima. Lima: 6 de agosto de 2014.

_____ (2015a). Recurso de Nulidad n.º 2321-2014, Huánuco. Lima: 7 de abril de 2015. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e925bb804b4c397387fbb721f2899114/RN+2321-2014+Huanuco.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e925bb804b4c397387fbb721f2899114

_____ (2015b). Casación n.º 33-2014, Ucayali. Lima: 28 de octubre de 2015.

_____ (2016a). Casación n.º 292-2014, Áncash. Lima: 17 de febrero de 2016. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/23c2c4804ded5e708b42db73e0b6364e/CAS+292-2014+Ancash.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=23c2c4804ded5e708b42db73e0b6364e

_____ (2016b). Casación n.º 1252-2015, Lima. Lima: 4 de mayo de 2016. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2cf1738041704a5d89c3a90464bd7500/Resolucion_1252-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2cf1738041704a5d89c3a90464bd7500

_____ (2016c). Casación n.º 335-2015, Del Santa. Lima: 1 de junio de 2016.

_____ (2016d). Casación n.º 3767-2015, Cusco. Lima: 8 de agosto de 2016.

_____ (2016e). Casación n.º 413-2015, Cusco. Lima: 10 de noviembre de 2016.

_____ (2017a). Recurso de Nulidad n.º 3303-2015, Lima. Lima: 24 de febrero de 2017. Recuperado de https://lpderecho.pe/r-n-3303-2015-lima-error-tipo-valoracion-la-prueba-delitos-la-indemnidad-sexual/

_____ (2017b). Casación n.º 541-2015, Lambayeque. Lima: 27 de febrero de 2017.

_____ (2017c). Casación n.º 336-2016, Cajamarca. Lima: 14 de junio de 2017.

_____ (2017d). Casación n.º 436-2016, San Martín. Lima: 4 de julio de 2017. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fe265980429455a4b96effc86e9ce4f5/OF-3930-2017-S-SPPCS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fe265980429455a4b96effc86e9ce4f5

_____ (2017e). Recurso de Nulidad n.º 406-2016, Lima. Lima: 14 de julio de 2017.
_____ (2017f). Casación n.º 813-2016, Cañete. Lima: 23 de agosto de 2017.
_____ (2017g). Casación n.º 879-2015, Madre de Dios. Lima: 3 de noviembre de 2017.
_____ (2018). Casación n.º 270-2018, Áncash. Lima: 21 de noviembre de 2018. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bedb298047dd9bd49c2c9f1612471008/CS-SPP-RC-270-2018-ANCASH.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bedb298047dd9bd49c2c9f1612471008

Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Brasilia: 4, 5 y 6 de marzo de 2008.

Duce, M. (2014). Algunas reflexiones sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal chileno. *Política criminal*, *9*(18), 739-815. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v9n18/art14.pdf

Durrant, R. (2013). *An introduction to Criminal Psychology*. New York: Routledge.

Eddy, B. (2008). *Managing High Conflict People in Court*. San Diego: High Conflict Institute Press.

Espinoza, J. (2005). *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Heiland, G. (1991). *Crime and control in comparative perspectives*. Bremen: Fachberich Soziologie der Universitat Bremen.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2019). *Los feminicidios y la violencia contra la mujer en el Perú, 2015-2018.* Recuperado de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1659/Libro.pdf

Instituto Nacional Penitenciario (2018). Informe estadístico penitenciario 2018. Recuperado de https://www.inpe.gob.pe/documentos/estad%C3%ADstica/2018/657-febrero2018/file.html

Legis (5 de febrero de 2018). No se puede exigir exacta rigurosidad en los datos circunstanciales de la declaración de la víctima de violación sexual [R. N. 3175-2015, Lima Sur]. Recuperado de https://legis.pe/r-n-3175-2015-lima-sur-exigir-exacta-rigurosidad-datos-circunstanciales-declaracion-victima-violacion-sexual/

Livesley, W. (2001). *Handbook of Personality Disorders. Theory, Research and Treatment*. London: The Guilford Press.

Nieva-Fenoll, J. (1 de noviembre de 2019). El fracaso de una sentencia. *El Periódico*. Recuperado de https://www.elperiodico.com/es/opinion/20191101/articulo-fracaso-sentencia-jordi-nieva-fenoll-7704382?sfns=mo

Poder Judicial (2018). Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2018/CIJ-433. I Pleno Casatorio Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima: 18 de diciembre de 2018. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e4059d804820e80d80a089a38f54faeb/Sentencia-Plenaria-001-y-002-2018-CIJ-433.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e4059d804820e80d80a089a38f54faeb

¿Protección integral de derechos o tutela estatal? Medidas excepcionales en un joven con diagnóstico de retraso mental habitado por la ruptura

Matías Bonavitta
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
matiasbonavitta@yahoo.com.ar

1. Introducción

En el marco de la especialización en Psicología Clínica de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), y con la finalidad de promover los derechos de la niñez y la adolescencia con discapacidad en situación de institucionalización, se inició una investigación cualitativa acerca de un joven con diagnóstico de retraso mental moderado, asistente de un Centro de Día[1] de Córdoba (Argentina) y dispuesto bajo medidas excepcionales en un Hogar Convivencial[2]. Asimismo, a pesar de que el Sistema Argentino de Atención de la Niñez y la Adolescencia adscribe al Sistema de Protección Integral de Derechos, este aún posee rasgos del sistema de tutela estatal.

En un primer momento de la investigación, de acuerdo con los postulados de Bourgois (2010), se intentó un involucramiento estrecho con el joven en cuestión, Manu[3] (15). Por ello, asistí durante un periodo de nueve meses al Centro de Día, por medio de un transporte especial. Cabe mencionar que este espacio, según la Ley n.º 24901, es un servicio dirigido a personas con discapacidad intelectual, que

1 El establecimiento será llamado solo Centro de Día.

2 Por razones de confidencialidad lo llamaré Hogar Convivencial (HC).

3 Para preservar la identidad de la persona se emplea un nombre ficticio.

busca «posibilitar el más adecuado desempeño en su vida cotidiana, mediante la implementación de actividades tendientes a alcanzar el máximo desarrollo posible de sus potencialidades» (art. 4). Igualmente, es oportuno aclarar que, a diferencia de otras personas usuarias de dicho establecimiento, Manu residía en un Hogar Convivencial[4] (en adelante, HC), ya que estaba bajo las medidas excepcionales reguladas por la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF)[5]. Las disposiciones son definidas por la Ley n.º 26061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, como:

> Aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y solo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen (art. 39).

Durante esta etapa, se advirtió que el joven no solía ser partícipe de las actividades grupales propuestas por el Centro de Día (talleres de música y radio, entre otros), sino que tampoco mostraba las mismas pautas de interacción social. De esta manera, el retraimiento, la agresión y la búsqueda de satisfacción inmediata situaban una notable dificultad para socializar. Con la finalidad de hallar pistas para comprender dicho escenario, en una segunda etapa de investigación, se apuntó a pesquisar sus expedientes. En dicha indagación se confirmó que no se encontraban en un archivo unificado; además, muchas de sus piezas habían sido extraviadas por la SENAF y, en algunos casos,

4 Conforme a la Ley n.º 26061, de 2005, es un espacio destinado a alojar niños hasta los 18 años, también incluye a menores que presentan problemas dentro del núcleo familiar. El espacio puede ser de las organizaciones de sociedad civil (en general, religiosas) y gubernamentales.

5 La SENAF es una secretaría del gobierno de la provincia de Córdoba. El órgano desarrolla políticas públicas integrales con el objetivo de garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes.

jamás se formalizaron en registros escritos (como las internaciones en unidades psiquiátricas). Lo anterior se sumó a la falta de claridad informativa por parte del referido organismo con respecto al Centro de Día y la UNC. De allí es que se pasó hacia un tercer momento investigativo que incluyó visitas y entrevistas a personas relacionadas con el HC, que incorporó observaciones sobre su funcionamiento.

La conjunción de las etapas de investigación consideró la presencia de una situación de vulnerabilidad. Roland Léthier (2005a) los llamó «jóvenes habitados por la ruptura» (más adelante desarrollaré esto), en el sentido de que, a partir de la ruptura con la familia, el Estado interviene y vulnera derechos. Así, causó reacciones emocionales y mecanismos defensivos ligados a las estrategias de supervivencia erigidas frente a la precariedad.

El resultado se argumenta a través del desarrollo de cuatro apartados. El primero expone nociones relevantes acerca de la discapacidad, particularmente en relación con las luchas por sus derechos y, a su vez, el estado de incompletud y consecuente tutela con el que ha sido asociado a la niñez y el retraso mental, como también el nexo entre este último y la locura. El segundo realiza un recorrido histórico legal sobre el abordaje infantil y juvenil en la provincia de Córdoba y Argentina. El tercero manifiesta la metodología empleada. El cuarto, en clave etnográfica[6], desarrolla un relato vinculado a situaciones vividas con Manu; además, encuentra una ruta psicodinámica para comprender cómo las políticas públicas interactúan con el imaginario tutelar, y ubica las prácticas que maximizan la precariedad. Por último, las consideraciones finales.

6 Esta elección metodológica brinda a la producción científica una densidad e intensidad de alerta humanitaria que de otro modo podría pasar desapercibida debido a la naturalización propia de la institucionalización. Por ello, según Bourgois (2010), se decide romper con los cánones positivistas transgrediendo la mera exposición de los datos para pesquisar la vida emocional y subjetiva.

2. Paradigma: incompletud y tutela

Resulta válido indicar que habitualmente la discapacidad ha sido definida por medio de categorías biomédicas, las cuales certifican la presencia de una limitación individual, producto de una deficiencia biológica que prescribe prácticas rehabilitadoras y tutelares. Según Michel Foucault (1974), la conceptualización no es natural, sino que se relaciona con un proceso de patologización social llevado a cabo durante los siglos XVIII y XIX. En ese periodo, los cuerpos que no se ajustaban a los esquemas pretendidos desde el Estado y el sistema capitalista fueron atravesados por una serie de categorías sobre la anormalidad. Por consiguiente, se ordenaron disímiles destinos de apartamiento, aunque, de acuerdo con el autor, sin la exclusión del modelo leproso, y los incluyó mediante el modelo del apestado, que apunta, desde el interior, a normalizar lo «desviado». En ese contexto, se creó, a fines del siglo XIX, la escuela diferencial —luego se agregaron los Centros de Día y los Centros Educativos Terapéuticos—, que, desde una perspectiva del modelo biomédico, albergó a personas con discapacidad.

Al respecto, David Le Breton (1995) sostiene que la noción de anormalidad fue más relevante debido a los anatomistas renacentistas, cuyas disecciones y confecciones de láminas apuntaron a comprender el funcionamiento humano. Estas representaciones aportaron una forma específica de conocimiento que inició un proceso de colonización del imaginario social occidental, mediante un significante que interpreta a los cuerpos incongruentes con los cánones de la disciplina anatómica como patológicos. De este modo, impulsó un vasto abanico de prácticas de exclusión, corrección y tutelaje y, a su vez, como comenta Carlos Skliar (2002), afirmó que:

> Hay un otro, en medio de nuestras temporalidades y de nuestras espacialidades, que ha sido y es todavía inventado, producido, fabricado, (re)conocido, mirado, representado e institucionalmente gobernado en términos de aquello que podría denominarse como un otro «deficiente», una alteridad «deficiente», o bien, aunque no sea lo mismo, un otro «anormal», una alteridad «anormal» (p. 1).

Cuando inició la década de los sesenta, en Estados Unidos e Inglaterra surgió un movimiento de personas con discapacidades motrices llamado Movimiento de Vida Independiente (MVI), que tensionó las nociones biomédicas dominantes con una denuncia acerca de que las limitaciones individuales no eran la causa de la discapacidad, por el contrario, lo era el entorno. Desde entonces, los miembros reclamaron los derechos que les eran negados. Su lema: «¡Nada sobre nosotros sin nosotros!» logró distintas conquistas sociales, como la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), ratificada en 2006, y cuyos cincuenta artículos abordan derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El instrumento internacional adoptó la siguiente definición social de discapacidad:

> Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás (art. 4).

Si bien este avance permitió que las condiciones de vida mejoren, no toda la población con discapacidad se benefició de la misma manera. No solo porque, según Vanessa Gómez Bernal (2016), las mujeres con discapacidad viven opresiones en relación con el sistema patriarcal (que se evidencia en su invisibilización durante los inicios del MVI y las dos primeras olas del feminismo), sino también a causa del tipo de diagnóstico. Como señala Kittay (2011), quienes portan discapacidad intelectual (leve, moderada y profunda, según el Sistema Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, basado en el Sistema de Clasificación Internacional de Enfermedades) son apartados de los derechos básicos para los seres humanos: circular sin el acompañamiento de un familiar, un tutor o un profesional; vivir sin padres o tutores; e incluso sin acceso a la educación inclusiva. De acuerdo con el último «Informe mundial sobre el derecho a la educación en niños y jóvenes con discapacidad», analizado por Skliar (2009), sus dramáticos

datos muestran que la escolaridad inclusiva no supera el 5 %, debido a que no hay políticas de acompañamiento o seguimiento para evaluar la presencia y la existencia de alumnos con discapacidad en el sistema educativo. De esta manera, se observa una notable falta de accesibilidad, en especial para la discapacidad intelectual.

Según Judith Butler (2006), si la vulnerabilidad es universal —nuestros cuerpos no son autosuficientes e inmunes a daños—, la precariedad, concebida como las necesidades económicas, políticas y sociales que deben ser cubiertas y no se satisfacen, no se reparte equitativamente, dado que se maximiza en ciertos grupos. En ese sentido, las personas diagnosticadas con discapacidad intelectual, llámese también retraso mental, parecen primar en materia de vulnerabilidad, pues su subalternización las ha llevado a carecer de derechos humanos centrales para la vida.

Una clave para entender esta situación se encuentra en los postulados del filósofo Foucault (1974), quien estudió la relación entre norma, desarrollo y escuela. A partir de su investigación, consideró que la psiquiatrización del menor transitó por una figura disímil a la del loco, más bien hacia el niño idiota, pues el ideal humano era la adultez (como construcción no natural, jurídica e identitaria). Asimismo, se distanció el retraso mental de la locura, aunque se creyó que una fase originaria de esta no llega a conformarse como tal.

En un inicio, en 1820, Philippe Pinel lo define como un estado de estupor o una abolición de las facultades mentales, tan generalizadas que no permiten ni la conformación de un pensamiento delirante. Más tarde, hacia 1840, a partir de Édouard Seguin, maestro auxiliar del equipo de Jean Itard, se afirmó que el retrasado no es alguien con el desarrollo retenido, sino con uno más lento que el de los demás, con distancias insalvables. Por consiguiente, se consideró a las personas retrasadas como seres anormales, dado que, bajo dicha episteme, se desvían respecto de las otras normatividades: niñez y adultez. En efecto, la primera normatividad es concebida como un estado de incompletud transitoria, pues, a diferencia del retrasado, evoluciona para alcanzar la adultez. En tanto, esta última es entendida como un estado de completud, razón y capacidad de dominio de sí mismo.

Entonces, el diagnóstico de retraso mental está vinculado a la niñez, en el sentido de que sus parámetros de normalidad, de acuerdo con Foucault (1974), pasan por la capacidad de lograr la norma de la adultez (como figura jurídica que encarna la utilidad y el raciocinio que requiere la sociedad capitalista y la familia burguesa, como materia prima del Estado). En otras palabras, ambas producciones sociales, niñez y retraso, se relacionan con el mismo paradigma y presentan rasgos en común: la incompletud, la minorización y la inferiorización.

A partir de ello, existe una gradación evolutiva en la condición humana, que, como traza Skliar (2009), afilia la infancia (del latín «infans», que significa «el que no habla») al estado de la ebriedad, los esclavos y las fieras; es decir, a los grupos subalternizados como lo personifica el retraso mental. De este modo, se deja entrever, además, que tras los marcadores de diferencia y deficiencia, y su consecuente segregación, no solo hay una supresión de derechos, sino también dispositivos de tutelaje. Bajo el paradigma de la normalización, según Foucault (1974), si una persona es considerada sin dominio de sí mismo e incapaz, es puesto en manos de especialistas, tutores y salvaguardas, o en un pluridominio estatal (HC, escuelas, unidades psiquiátricas, organismos policiales, entre otros aparatos de control) que resguarde aquello del que resultan marcadores de otredad.

A continuación, con la finalidad de vislumbrar cómo aún hoy en día este paradigma, que asocia la niñez y el retraso mental a la incompletud, recrea formas de vulneración, también realiza un breve recorrido del contexto histórico legal sobre el desarrollo del sistema de tutela estatal argentino en la provincia de Córdoba; y se hace hincapié en su precaria transición hacia el Sistema de Protección Integral de Derechos.

3. Contexto histórico legal

3.1. Argentina

Andrea Campetella e Inés González Bombal (2011) señalan que la cuestión de la tutela en Argentina surgió a fines del siglo XVI, a través de un sector de la Iglesia católica. Dicha comunidad fundó las Casas de Expósitos que, desde la beneficencia cristiana, albergaban a niños y adolescentes en orfandad, pobreza, invalidez o insania mental. La dirección eclesiástica disponía el porvenir del(la) niño(a), ya sea con la atención de su familia de origen o entregándolo(a) a otras personas. Los adoptados pasaban por un procedimiento que les cedía la patria potestad al arrogador, en tanto quienes eran prohijados de expósitos no tenían sobre ellos el ejercicio de la custodia, tampoco sobre su persona y sus bienes, pues la casa los tutelaba íntegramente.

Por otro lado, a comienzos del siglo XIX, mediante el impulso del Gobierno de Rivadavia (1826-1827), se creó, en Buenos Aires, la Sociedad de Beneficencia, conformada por mujeres de la alta sociedad, cuyo objetivo inicial implicó asistir a la niñez en situación de pobreza. Su acción entrañó un notable contenido de control, moralización y secularización, dado que involucró al Estado (mediante la transferencia de recursos económicos asume un asunto social, pero delega su gestión en manos privadas) en un terreno que hasta el momento había sido enteramente tutelado por el poder cristiano. En Córdoba, puntualmente, según María Elena Flores (2005), se fundó, en 1884, la Casa Cuna de la Sociedad de Damas de la Divina Providencia. Su finalidad fue la arrogación de los(as) niños(as) de familias no constituidas (la culpa recae sobre las madres trabajadoras), así como también el traslado de menores a otros establecimientos como las colonias para deficientes mentales.

Ahora bien, como plantean Heredia, Von der Weid y Campoy (2017), es necesario considerar que el ímpetu acerca de la institucionalización de niños(as) y adolescentes está entrelazado a la división mundial del trabajo. Mientras el país era premeditado como un territorio agrícola y ganadero, fue imperioso brindar una infraestructura de todo tipo

(ferrocarril, puertos, bancos, etcétera), incluso de recurso humano. Por ello, durante 1876, el entonces presidente Avellaneda promulgó la Ley de Inmigración y Colonización, que promovió la inmigración de Europa hacia Argentina con la promesa de trabajos y tierras. No obstante, pese a cesarse dicha oferta, la inmigración continuó; en 1914, alcanzó los ocho millones de habitantes, situación que trajo como consecuencia el hacinamiento, la difusión de enfermedades, la ausencia de higiene, la carencia de viviendas y la delincuencia juvenil.

Ante este complicado escenario demográfico, el Estado respondió con diferentes propuestas; por un lado, expandió la escuela pública, gratuita y laica, y su función nodal buscó homogeneizar la diversa masa infantil y juvenil inmigrante, a quienes se les inculcó los valores morales y culturales del floreciente Estado argentino. Al respecto, Inés Dussel y Marcelo Caruso (2006) ilustran que, estando al servicio de la productividad y el control social, el aula escolar produjo un tipo específico de sujeto: civilizado, blanco, dócil, castellanizado y con sentir nacional (prescripto con signos, símbolos, himnos patrios y actos). Ello deja entrever la asociación foucaultiana entre norma, desarrollo y educación escolar.

Otra de las propuestas para disciplinar a la compleja masa juvenil involucró la implementación de reformas administrativas, policiales y legislativas de distinto alcance. En ese sentido, según Claudia Freidenraij (2016), hacia fines del siglo XIX, la vigilancia de la infancia, denominada «abandonada y delincuente», empezó a ocupar cada vez más la agenda policial. Por ejemplo, en 1892, Daniel Donovan, jefe de la policía de Buenos Aires, prohibió a través de un edicto que los menores jueguen fútbol en las calles. De acuerdo con la autora, en 1899, «bajo la jefatura de Francisco Beazley, se elevó un proyecto de un asilo para vagos y abandonados con fines de educación y rescate social» (p. 169). Asimismo, afirma que, «en 1912, cuando el diputado Luis Agote quería prohibir la venta de diarios y otras actividades callejeras a los menores de 15 años» (p. 169), la policía solicitó, a través de su asesor letrado, el Dr. Francisco Durá, «legalizar la intervención policial entre los infantes callejeros» (p. 169), y argumenta la natural jurisdicción sobre esa horda delincuente.

En efecto, la policía se asumía como especialista en materia de conductas potencialmente disruptivas. Así, se vanaglorió más de su cualidad de detección de las anomalías juveniles, luego de capturar, en 1912, a Cayetano Santos Godino (apodado «El petiso orejudo»), un adolescente, hijo de inmigrantes italianos, que tras andar a la deriva de los cuidados parentales cometió múltiples asesinatos; y, por consiguiente, fue aislado en la cárcel de Ushuaia y diagnosticado por los doctores Esteves y Cabred como un imbécil.

En 1919, se sancionó la Ley n.º 10903 de Patronato de Menores, popularizada como Ley de Agote. Su normativa, asentada en la teoría del control social de la niñez y la adolescencia, sostuvo el apartamiento del(la) niño(a) de su ámbito familiar, como una política de protección y prevención basada en una perspectiva psicologista, que observó en la infancia un instinto orientado al delito; por ese motivo, judicializa la situación familiar e interna del menor. En función de ello, se iniciaron medidas de tutela estatal, donde el juez de menores era ahora el tutor de las personas menores de 21 años con irregularidad ante la ley. Además, se asignó la función de alojar, educar y dar en adopción a quienes se suponía que estaban en riesgo. Para ello, se edificaron instituciones dispuestas a suplir las funciones de crianza: espacios asistenciales, cárceles, psiquiátricos, entre otras. Pero, como explica Angela Oyhandy (2006), dicha política de protección no reconstruyó los lazos vinculares del menor con su familia, tampoco previno las no adaptaciones a la institución y las reinstitucionalizaciones después de las devoluciones por parte de los guardadores. Es habitual el hecho de no escuchar jamás al niño(a).

Esta lógica higienista se mantuvo durante el siglo XX. Por ejemplo, en 1948, se constituyó la Fundación de Ayuda Social María Eva Duarte de Perón, que entre otras tareas construyó hogares escuelas en todo el país, con el fin de ayudar al menor abandonado. Asimismo, en 1958, y de la mano del Gobierno de facto de Aramburú, arribó a Argentina la organización internacional Caritas, que reintegró la idea de que eran las organizaciones no gubernamentales (ONG), en especial católicas, las que debían tutelar a la población más vulnerable. En tanto, como sostiene Roxana Mazzola (2012), la década de los setenta estuvo signada

por un autoritarismo que potenció la noción de la infancia desamparada como una patología, junto a la exigencia de aplicar tanto políticas tutelares-asistenciales como punitivas. En 1983, recién entrada la democracia, y en el marco de un proceso de demanda de derechos humanos, se comenzó a cuestionar la niñez y la adolescencia institucionalizada. Ello se profundizó hacia la década de los noventa, cuando, mediante la Ley n.º 23849, se ratificó la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), que reunió a especialistas y organismos de diversa índole que reclamaron un cambio en las prácticas judiciales de la infancia, y consideraron que la tutela violaba derechos. En 1994, la CIDN adquirió el rango constitucional, implementándose modificaciones en las legislaciones, políticas y acciones referidas a la niñez y la adolescencia.

Dicho hito desplegó una doctrina contraria al sistema de tutela estatal. Tras declarar la no diferencia entre niños y niñas por su situación económica, social, sexual, religiosa y nacionalidad, se concibió a los infantes[7] como sujetos de derecho y no como un objeto pasivo de tutelaje. En efecto, la CIDN tensionó el concepto de niñez y adolescencia de la Ley de Patronato, que los consideraba como seres incompletos e incapaces que requerían de la guía adulta, para pasar a estimar a las personas con igual valor que en cualquier otra etapa de la vida. El interés de los tutores y el Estado no puede anteponerse sobre un(a) niño(a). Finalmente, en 1999, y sobre el referido instrumento internacional, se promulgó la Ley n.º 114, de la Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, de Buenos Aires. En 2005, fue sancionada la Ley n.º 26061, que establece la creación del sistema de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, cuya normativa incorpora a la CIDN. Asimismo, indica que dicho sistema debe estar constituido por:

> Aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección,

7 En el artículo 1 de la CIDN, Argentina afirma que se entiende por niño a todo ser humano desde su concepción hasta los 18 años.

> resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional (art. 32).

En cuanto a su propósito, esta norma afirma que:

> tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño (art. 1).

La aplicación de la CIDN es de carácter obligatorio (art. 2). Por ello, requiere su efectivo cumplimiento de políticas, planes y programas de protección de derechos, organismos administrativos y judiciales en defensa de derechos, recursos económicos y medidas de custodia excepcional de derechos. En ese sentido, la articulación de las acciones entre las diferentes jurisdicciones es central (nacional, provincial y federal), ya que cada ámbito constituye alcances y responsabilidades específicas. Por tanto, ya no se dirige a separar al(la) niño(a) de su familia ante una irregularidad, sino que concibe distintos apoyos para el bienestar infantil, y el juez solo es llamado a intervenir cuando existen problemas de naturaleza jurídica, con la obligación de escuchar a los infantes.

Es preciso señalar que este cambio de paradigma fue reasegurado en 2008, tras la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en la que Argentina adoptó las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad[8], cuyos principios

8 La adhesión se expresa en los siguientes documentos: la Acordada n.º 5, en 2009, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Resolución n.º 58, de 2009, de la Procuración General de la Nación, y la Resolución n.º 1353, de 2011, de la Defensoría General de la Nación.

rectores tampoco conciben a la niñez y la adolescencia vulnerable (como las ligadas a la discapacidad, entre otras) como una propiedad exclusiva de los jueces, sino que comprenden que el compromiso y comprensión de una situación de vulnerabilidad requiere tanto de los organismos estatales como civiles. La defensa de los derechos necesita del trabajo y la articulación consensuada y responsable de las familias, la comunidad y las distintas entidades, reconoce a los menores todos los derechos y garantías que posee. Es primordial hacer oír.

a) Provincia de Córdoba

Flores (2009) comenta que en la provincia de Córdoba primero fueron los sectores sociales relacionados con la Iglesia católica, la Casa de Expósitos de Córdoba, y segundo la Casa Cuna dirigida por la Sociedad de Damas de la Divina Providencia, cuyos miembros diseñaron propuestas para los menores en situación irregular, entregándolos a otras familias o colocándolos en asilos. Esta práctica se perpetuó desde el siglo XIX hasta ya entrado el XX, es más, las acciones de la Casa Cuna no variaron ni con la consumación de la primera Ley de adopción n.º 13252 de 1948, que buscaba regular la colocación de niños en familias no biológicas. El Poder Judicial seguía avalando las decisiones de la Sociedad de Damas de la Divina Providencia, que administraba el establecimiento y el control social de los menores desvalidos y sus familias, reducida a las madres.

En 1966, Córdoba se sumó a la Ley n.º 10903, mediante la Ley n.º 4873, del Patronato de Menores, vigente hasta el 2002, cuando promulgó la Ley n.º 9053 de Protección Judicial del Niño y el Adolescente. Sostenida bajo el paradigma de control social, avala la intervención de jueces de menores. En 2007, se aprobó la Ley n.º 9396 de adhesión a la Ley n.º 26061, de 2005. Esta última, de acuerdo con Lucila Remondetti (2018), no cumplió con la determinación del Tribunal Superior de Justicia, que propuso que, en el plazo de un año prorrogable por única vez, Córdoba debía arbitrar las medidas para reglamentar el sistema de protección integral, pero

tuvo una situación de irregularidad hasta el 2011, año en el que se sanciona la Ley n.º 9944, de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Con respecto a lo anterior, esta última norma intentó realizar una modificación desde el paradigma tutelar de derechos. De esa manera, según la Ley n.º 26061, expresa medidas y procedimientos de promoción de derechos y prevención de su vulneración, a través de programas, planes y proyectos destinados a la niñez y la adolescencia (art. 1). Por su parte, la SENAF, como autoridad de aplicación, es la encargada de la implementación de las políticas destinadas al desarrollo armónico de la infancia y la adolescencia, de la Ley n.º 9944, y coordinada con las dependencias de orden nacional, provincial, municipal y comunal.

En un primer nivel de intervención con la autoridad de aplicación, la Ley n.º 9944 constituye que los municipios y las comunas son responsables de desarrollar los planes y programas de protección de derechos. Asimismo, en su segundo capítulo, dispone que las medidas y los procedimientos de segundo nivel son adoptados y emanados desde todos los organismos estatales, que:

> ante la amenaza o la violación de los derechos y garantías de uno o varios(as) niños, niñas o adolescentes individualmente considerados, para preservar o restituir a los mismos el goce y ejercicio de los derechos amenazados o vulnerados, o la reparación de las consecuencias de su vulneración (art. 42).

En ese contexto, se acentúa la idea de que nunca las disposiciones deben consistir en la separación de los(as) niños(as) y los(as) adolescentes de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantengan lazos afectivos. Finalmente, en un tercer nivel, en su artículo 48, se describen las medidas excepcionales como «aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo interés exija que no permanezcan en ese medio» (art. 48).

Asimismo, estas buscan la recuperación de los derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias, así como la aplicación

única cuando las anteriores disposiciones de protección integral son insuficientes. En adición, presentan un límite de tiempo (no pueden exceder los noventa días), aunque se extiende en los casos en que persistan las causas que dieron su origen, con un control de legalidad desarrollado por los órganos judiciales competentes. De igual manera, tras cumplirse un año y medio desde la adopción de la medida, la SENAF resuelve definitivamente la situación del(la) niño(a) o el(la) adolescente (Ley n.º 9944).

Ahora bien, según Remondetti (2018), pese a que la Ley n.º 9944 asuma la CIDN y la Ley n.º 26061 acuerda el final del monopolio judicial infantil para transitar hacia un enfoque en el que el Poder Ejecutivo responda a la vulneración de derechos, mediante políticas públicas integrales; y agrega, en su normativa, el capítulo Procedimiento Penal Juvenil que habilita nuevamente la centralidad del juez de menores para ordenar la institucionalización, también se refuerzan las prácticas y las relaciones sociales apoyadas en un énfasis tutelar que no ofrece alternativas a la institucionalización, tampoco restituciones de los derechos vulnerados. Asimismo, si bien el artículo 3 reconoce el interés superior del niño como la máxima satisfacción integral y, en simultáneo, de sus derechos y garantías, destaca el derecho a ser oído, y no contempla la posibilidad de que el menor cuente con un abogado propio que considere su opinión.

En relación con lo anterior, en 2016, el legislador Martín Fresneda, por primera vez en Córdoba, presentó la propuesta de implementación de la figura del abogado del(la) niño(a), aunque este impulso no tuvo tratamiento parlamentario. No obstante, no fue hasta junio de 2019 (año en el que se efectuó esta investigación) que la Legislatura de Córdoba aprobó los proyectos n.º 26964 y n.º 19082 para modificar la Ley n.º 9944, e incorpora una nueva figura que podrá intervenir en casos de instancia civil, penal o en medidas administrativas. Así, proporciona la menor opción de tener un representante, ya no está sujeto a ninguno de sus progenitores, ni a la asimetría del Estado. Entonces, afianza su derecho a ser escuchado y a participar en las decisiones que se tomen sobre su persona; además, tiene en cuenta su edad y nivel de madurez. Sin duda, aún es pronto para

saber qué repercusión tendrá esta nueva función en la cultura estatal; y si bien es cierto que su impulso es un logro en derechos humanos, es oportuno estar atento para que estas conquistas se materialicen.

4. Metodología

4.1. Participantes

Contó con el apoyo de un joven de sexo masculino, de 15 años, con diagnóstico de retraso mental moderado (su etiología diagnosticada no fue esclarecida), quien es asistente de un Centro de Día de Córdoba (Argentina). A diferencia de otras personas usuarias de dicho servicio, este residía en un HC, dado que estaba bajo las medidas excepcionales dispuestas por la Ley n.º 9994, coordinadas por la SENAF. No tenía contacto con su familia, por lo que sus socializaciones trascurrían exclusivamente en torno a los establecimientos indicados. De allí que el adolescente y los agentes institucionales intervinientes fueron informados de la investigación y se garantizó la confidencialidad.

4.2. Procedimientos e instrumentos

Durante el 2019, se asistió por un periodo de nueve meses al Centro de Día al que diariamente iba el joven de este estudio, y se visitó el HC en el que residía, con la finalidad de revisar los expedientes y realizar entrevistas.

La investigación procedió en relación con la metodología cualitativa. Dentro de ella, se apeló a la observación participante que tuvo como finalidad acceder directamente a la información sobre la realidad en estudio. En función de ello, es central la técnica etnográfica del involucramiento estrecho, propuesta por Philippe Bourgois (2010), que se dirige al universo social indagado, y la búsqueda del establecimiento de un lazo estrecho determina la elaboración científica. Se recurrió también a un cuaderno de campo, en el cual se registró lo susceptible

de ser dilucidado cualitativamente. Esta herramienta no solo posibilitó sistematizar la experiencia, reelaborar y consolidar el conocimiento, sino que, además, aportó a la producción escrita una densidad e intensidad contraria a la naturalización propiciada por la institucionalización. Como expresa el autor, para abordar un escenario que parece natural se requiere abandonar las pautas positivistas preocupadas únicamente por la exposición de los datos, y avanzar hacia una ciencia social crítica que atienda el nivel teórico de la cuestión y la subjetividad, que implica poner a circular el relato de las capas de sentido del terreno estudiado.

4.3. Impacto esperado

Se espera, mediante esta producción escrita, visibilizar una problemática social y subjetiva específica. Así, generar un aporte para la promoción y la protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia con discapacidad y en situación de institucionalización.

5. Un relato habitado por la ruptura

5.1. «¿Cómo lo viste a Manu ayer?»

Al día siguiente de que Manu (15) insólitamente me mencionara por primera y única vez a su hermano, recibí el llamado telefónico de Enrique, uno de los psicólogos del equipo profesional del Centro de Día. Era martes, y sin saber por qué había marcado mi número, me concentré en su pregunta: «¿Cómo lo viste a Manu ayer?». «A ver», le respondí mientras manoteaba mi cuaderno de campo, aunque no hizo falta revisarlo porque recordaba lo sucedido. De esta manera, comencé a contar que aquel lunes por la mañana Manu había llegado ansioso del HC, y sin saludar fue al encuentro de Paco, un asistente que también residía en un espacio similar. Al verse se dirigieron hacia la sala de gabinete para empezar su acostumbrada transacción de partes de celulares. Las mochilas de ambos se abrieron y vertieron su

contenido sobre un escritorio. A simple vista parecía sencillo, uno debía darle la batería al otro y este un cargador, pero no era así, pues había una trama de sentidos ardua de captar, en la que nunca se sabía exactamente qué era de cada uno, mucho menos su procedencia. Me refiero, con esto último, a si se había obtenido por medio de un regalo, un robo, hurgando un contenedor de basura, un trueque o con un puñete, dado que el circuito a través del cual se daba y obtenía era demasiado largo y complejo de esclarecer sin reunir todas las piezas que lo componían.

Tras finalizar el intercambio, Manu, con sus medicamentos y una omnipresente gotita de saliva a punto de caer de sus labios, guardó en el bolsillo de su campera un celular Samsung. Seguidamente, traspasó la puerta del ambiente y se dirigió hacia la sala donde desayunaba. Se le veía un poco irritado, actitud que pronto se tradujo en discusiones con varios de sus compañeros:

Manu: Iaaa, iaaa, iaaa (parodiando la estereotipia verbal de uno de sus compañeros).
Inés (profesional): Parece que traes mala cara, no molestés a los demás.
Manu: ¡Iaaa, iaaa, iaaa! (gritando más fuerte).
Néstor (asistente del Centro de Día): Boludo.
Manu: ¿Cuántos dedos ves? (mostrándole el puño a Néstor).
Néstor: Sácame la mano de la cara. Pelotudo (murmurando como con temor).
Manu: ¿Qué decís? Decímelo otra vez (empuja a Néstor con su pecho).

A pesar de la pesadumbre motora, producto de la copiosa psicofarmacología que diariamente ingería, Manu abrió sus pálidos ojos y sacudió un veloz puñetazo que Néstor hábilmente esquivó. Antes de que los jóvenes transfiguraran el lugar en un ring de boxeo, con Guillermo, un profesional, nos vimos obligados a separarlos para mantener una significativa distancia entre ellos. Luego de nuestra injerencia, la riña cesó, aunque por las dudas nos ocupamos de que desayunen en salas distintas.

Mientras el grupo de asistentes del establecimiento tomaba té con galletas de arroz cubiertas de mermelada, y el equipo profesional se preparaba para iniciar con los talleres, Manu insistió en que le diera mi celular para ver en internet al «payaso terrorífico»[9], un siniestro personaje que filma bromas pesadas que luego sube a la plataforma digital de YouTube. Sin mayores vueltas se lo presté. Pronto comenzamos a ver algunos de esos videos donde transeúntes desprevenidos eran asustados por seres con hachas manchadas de color sangre. Era notable el elevado nivel de atención que Manu le ponía, aunque reflejó una dimensión ambivalente, ya que, por un lado, parecía entretenerse, aunque, por otro, su cara se contorsionaba de horror. Es más, en tanto veía una escena que tenía de protagonistas a una pareja que circulaba por una plaza nocturna, Manu repentinamente brincó de la silla y se cayó al piso, pues se asustó cuando advirtió que tras unos arbustos había un payaso con una motosierra, dicha situación generó que todas las personas presentes en aquel desayuno estallemos de risa.

Jamás se podía estar seguro acerca de qué elementos se ponían en juego en su mundo anímico, pero lo cierto es que aquellas carcajadas no lo disgustaron, más bien parecieron tranquilizarlo. Después de esa situación expresó lo siguiente:

Manu: Qué miedo. Vamos a la computadora.
Yo: No sé, Enrique no está para preguntarle si podés usarla desde tan temprano.
Manu: Dale, dale.
Yo: ¿El GTA[10] desde tan temprano?, aguanta hasta las 11 al menos.
Manu: ¡Al GTA no!, es para escuchar música, dale, dale, dale.

9 Según Jan Brunvand (2005), este personaje nace como una leyenda urbana que circuló en Estados Unidos a mediados de 1980. Posiblemente asociado a la novela *Eso* (It) de Stephen King, publicada en 1986 y adaptada para la televisión en 1990 y 2016. Así, debido a la mediatización, genera una llamativa moda ligada a personas disfrazadas de payaso que asustan a la población.

10 Grand Theft Auto, abreviado GTA, es un videojuego de la compañía Rockstar North (antiguamente DMA Design) y publicado por Rockstar Games en octubre de 1997 para MS-DOS y Microsoft Windows. Su jugabilidad consiste en una combinación de acción, aventura, conducción y modo de rol ocasional, con elementos de sigilo y carreras, que ha causado polémica por su naturaleza adulta, sexual y violenta.

Como su pedido no implicaba el GTA (un juego que desde el Centro de Día solo tenía autorizado usar después de las 11 a. m.), accedí. De esa manera, me dirigí hacia la sala de computación para sintonizar los temas que le gustaban. Fue allí que entre canción y canción acontecieron dos sucesos que me llamaron la atención. Primero me dijo «así quiero ser yo», señalándome el corte de pelo y la camisa del cantante de uno de los grupos que le gustaba, hasta aquel instante nunca había percibido algo tan concreto referido a la construcción de su persona. Es decir, más allá de su incesante demanda por obtener partes de celulares o distintas versiones del GTA, no era usual verlo situado en el ejercicio de la decoración de su identidad y su semblante, tal como otros jóvenes de su edad. En segundo lugar, consideré inusitado aquello que me dijo: «esta canción le gusta a mi hermano». En efecto, él no solo no nombraba a su familia, sino que nada de su existencia previa a la institucionalización. Por tanto, retiró de su bolsillo el celular que había transaccionado con Paco para que yo lo tuviera, honestamente yo no sabía qué hacer, pero reclamó que se lo guardara, quizás como haciéndome cómplice de algo e involucrándome en una normativa clandestina.

Ese fue el último día que vi a Manu, puesto que el inesperado llamado de Enrique, cuya interrogante acabo de desarrollar, tenía el fin de escrudiñar qué había pasado. Ante su inasistencia en el Centro de Día, la SENAF llamó para comunicar que el joven había caído en una «crisis»; por ello, se le había trasladado de su HC a una unidad psiquiátrica ubicada en un poblado del noreste de Córdoba. No hubo mayor desarrollo por parte de dicho organismo más que la acentuación de una supuesta crisis, la cual se anunció oficialmente sin contexto. Al enterarme, una sensación de impotencia me invadió junto a un alud de no certezas. Más tarde oiría por parte del equipo profesional del Centro de Día que ya habían vivido situaciones similares en otras ocasiones. Desde mi ingenuidad, me preguntaba si aquello significó una compulsión a la repetición del inconsciente freudiano (aunque a nivel institucional), o una forma de proceder cristalizada en el sentido común de quienes disponen las medidas excepcionales. De todos modos, lo único seguro era que su ausencia resultaba abrupta, y produjo una nueva ruptura en su vida, pues ya no habitaría más en el Centro de Día, donde diariamente

concurría no solo para no preservar los frágiles lazos sociales forjados allí, tampoco para despedirse como quien dice adiós o hasta pronto cuando se muda de un barrio, una localidad o una provincia.

5.2. Paisaje de ruptura: ingresos, traslados e internaciones

De acuerdo con la Ley n.º 9944, en su artículo 51, y luego de que las disposiciones de protección integral fueran agotadas, se dicta la medida excepcional que lleva a que el menor ingrese al HC que el Organismo de Protección de Derecho (OPD) determine conveniente. Posteriormente, se presenta su documentación (ficha de registro único, ficha médica e informe del equipo técnico que intervino en el retiro) para dar paso a la etapa donde se muestran los espacios en los que residirá: dormitorio, comedor, así como también las normas de convivencia establecidas. En el caso de Manu, según datos extraídos de la coordinación del área de medidas excepcionales de la SENAF, fue apartado de su madre por una incapacidad de crianza y cuidado, a pesar de que se habría dado un giro de concepción y se consideraba apta. Empero, nunca retornó a su hogar ni tuvo un proceso de revinculación, por el contrario, su institucionalización siguió atravesando distintos establecimientos. El joven fue llevado por la SENAF al Centro de Día. Allí su proceso de admisión[11] comenzó en octubre de 2017, pero su ingreso ocurrió diez meses después, debido a la tardanza de algunos trámites, como los de la Junta Evaluadora Interdisciplinaria[12] (comúnmente «Junta Médica»). Asimismo, no fue hasta fines de 2018 que asistió de forma regular en el horario de 8:30 a. m. a 12:30 p. m., dado que estaba sujeto a las dificultades administrativas con respecto al transporte que lo trasladaba desde su punto de residencia.

Cabe indicar que desde el Centro de Día se dispuso el acompañamiento individual de un profesional para su inclusión en los espacios de taller. Esta modalidad, pensada como un esquema provisorio de abordaje, se ligaba al hecho de que el joven tendía a interpretar los

11 Datos extraídos de legajos provenientes del equipo técnico del Centro de Día.

12 Es una comisión que se reúne con el objeto de certificar la discapacidad de una persona.

acercamientos de los demás con una significación negativa hacia él, exteriorizando desconfianza y agresividad. En efecto, una de las primeras cosas que atrapó mi atención fue su mirada esquiva y su falta de curiosidad interpersonal, una actitud inversa a la de la mayoría de los asistentes de dicho establecimiento, quienes habitualmente solían interpelarme empáticamente con preguntas: «¿qué comiste anoche?», «¿qué hiciste el domingo?», «¿tenés auto?», entre otras.

Es oportuno resaltar que en el discurso de Manu no asomaban referencias de su pasado, tanto acerca de su familia como su paso por otras instituciones. Es más, sus interacciones solo referían a las oportunidades de alcanzar aquello que parecía brindarle un placer inmediato, como sucedía con el GTA o los artefactos de telefonía celular. Por ello, con el fin de que sociabilice con los demás, le fijaron horarios para usar dicho videojuego, lo cual no fue bien recibido porque siguió sin participar en los espacios grupales. Desde la psicología kleiniana, se puede considerar que cualquier demora o desvío en la respuesta a su demanda parecía caer en la columna del pecho malo; es decir, se evidencia no solo un estado ansiógeno desmesurado, también un importante sentimiento de frustración que recaía en fallas del control de los impulsos de agresividad y conductas desafiantes hacia otras personas y hacia sí mismo, que generaba un cuadro que se asemejaba al de una convulsión epiléptica.

El joven oscilaba entre momentos en los que se aislaba y otros donde monopolizaba la atención profesional para obtener algo de su interés. En estos últimos era posible acceder a una interacción más plena con él, aunque no sin entrar en una especie de proceso de cosificación en el que uno parecía ser contemplado como un objeto que enunciaba «sí» o «no». En efecto, como plantea Léthier (2005a), el lugar del otro parecía reducirse a «una vaca lechera que debe responder de inmediato a la demanda […], no se inscriben dentro de un intercambio, sino que se imponen con violencia y mediante el chantaje» (p. 136).

En ese sentido, aún recuerdo cuando accedí a salir con él a buscar un celular desechado en los contenedores adyacentes a los locales de informática cercanos al Centro de Día. Como no hallamos nada, Manu

se negaba a regresar a menos que yo le garantizara alguna pieza tecnológica. Igualmente, en otra ocasión en la que salimos de cacería de aparatos rotos, luego de caminar por una hora entramos a un local de telefonía para curiosear si había un móvil en desuso, pero cuando el vendedor alegó que no tenía nada, Manu exaltó su voz exigiéndole que le dé un chip, mientras yo intentaba persuadir su furia para que el comerciante no se alarmara. En esa circunstancia, su actitud invalidaba cualquier acuerdo. Honestamente, era muy difícil no sentirse irritado con el adolescente, dado que dichas salidas acordadas previamente con él[13] eran producto de un convenio de partes, que ligado a su petición, aunque también a los lineamientos del Centro de Día, tenía como condición la paciencia. Sin embargo, su demanda de gratificación inmediata era aplanadora a cualquier trato dispuesto de antemano.

Continuando con la lectura de Léthier (2005b), cabe pensar que aquel elemento de urgencia impostergable actuaba en detrimento del vínculo social y estaba ligado al paisaje real de la institucionalización. No hay que olvidar que sin más que con 15 años, Manu ya había experimentado variados ingresos a HC e internaciones, y fue expuesto a retazos de relaciones efímeras o interrumpidas abruptamente. ¿Acaso bajo este vertiginoso paisaje en el que se era decidido a andar de acá para allá se puede creer en la palabra de otro o al menos convenir algo? Contextualicemos brevemente este paisaje, no ser visto más en la ciudad de Córdoba, puesto que fue internado en una unidad psiquiátrica de otra localidad. No obstante, Manu ya había experimentado una internación en un hospital infantil de la capital provincial. Ello sobrevino cuando la medida excepcional se dispuso, posiblemente como un síntoma reactivo ante una vivencia hostil, aunque no podemos extender un análisis porque no existe un informe concreto sobre lo acaecido. Asimismo, durante el trayecto de separación familiar, el joven habitó dos HC, y presenció, en uno de estos, dos cambios de comisión directiva, ya que salieron a la luz distintas denuncias de delitos sexuales

13 Desde el equipo técnico del Centro de Día, se decidió llegar a un acuerdo con el joven para acceder a sus pedidos. Pero se orientó a regular su búsqueda de placer inmediato a través de distintas actividades que, en detrimento de su ansiedad, promovieron su paciencia y atención.

en perjuicio de al menos una veintena de menores alojados en ese establecimiento fundado por una orden católica (Andrada, 2012).

Ahora bien, acerca de la segunda gestión dispuesta por intervención del gobierno provincial, cabe revelar que el proceso de vinculación barrial del HC no continuó (que hacía la primera dirección, tal como salir a andar en bicicleta, jugar al básquet en canchas públicas, etc.), y desligó al joven del mundo social. Este refuerzo del aislamiento fue simultáneo al momento en el que Manu comenzó a ser nombrado como un caso problemático, y considerado como «el loco», en definitiva, tras unos meses, reflejó la traslación y la psiquiatrización.

El paisaje que envolvía a Manu se definía por la movilidad inestable, estatalmente signada por la ruptura. El joven ya no vivía bajo el techo familiar, un día podía estar en un sitio específico mientras que al mes siguiente en otro. Los nombres de las personas que fueron sus cuidadores(as) y tutores(as) estaban dispersos, las caras de su alrededor cambiaban, las atmósferas convivenciales también, y los vínculos afectivos se desmantelaban tornándose inciertos. En otras palabras, como afirma Léthier (2005a), se habitaba una desunión que «se expande como una mancha de aceite, crece como una marea negra, alcanza todos los registros de la vida» (p. 133), y afecta la identidad y la imagen narcisista del yo.

Según Léthier (2005b), es necesario ampliar un tópico teórico. Reparemos, entonces, en el estadio del espejo presentado por Jacques Lacan (1949); es decir, la formación del yo no es sin el reconocimiento de la imagen especular que requiere de una confirmación. Por ejemplo, una madre o un padre que revalida al bebé que la imagen que observa en el espejo es la suya, situación que inaugura una operación asociada a un enunciado verbal: «claro, ese eres tú», y una obliteración: «ese eres tú, esa es tu imagen». No obstante, el paisaje rupturista desorganiza estas operaciones, ya que, como plantea Andrea Labartete (2019)[14], el advenimiento subjetivo no siempre sobreviene porque se requieren

14 Registro del panel «Infancias en estado de excepción», donde disertaron Grabiela Dueñas, Mercedes Minnicelli, Silvia Lampugnani y Andrea Labartete. XI Jornadas de Psicoanálisis, Salud y Políticas Públicas. 25, 26 y 28 de septiembre de 2019.

andamiajes que no están a disposición dentro del entorno institucional, es decir, elementos indispensables que ofrece el otro social, familiar y cultural. Por tanto, cabe decir que lo que está afuera es tan caótico y no consciente la intrusión narcisista necesaria para la formación del yo, cuyo origen no es natural; por el contrario, su cepa dormita en lo social. En otras palabras, el(la) niño(a) en su dependencia y fragilidad debe contar con los cuidados y las significaciones del mundo adulto. En consecuencia, a una medida excepcional no exclusivamente le atañe responder a la supervivencia residencial-económica (habitación, alimentación, etcétera), la ubicación-educacional o el sociolaboral (como el Centro de Día), también le corresponde ofrecer un paisaje con las condiciones subjetivantes para el arribo de la función yoica. No solo para advenir un sujeto de derecho pleno en términos de la CIDN.

De esta manera, «si la imagen narcisista no ha sido obliterada, no puede ser localizada en el deseo del Otro y se halla sujeta a una errancia sin puntos de referencia (las instancias freudianas del yo, del yo ideal, del ideal del yo y del superyó se encuentran ausentes) (Léthier, 2005, p. 135).

En esa línea de pensamiento, es plausible considerar que la insistencia de Manu con sus objetos demandados (el GTA y los celulares) supeditaba a la naturaleza capitalista, donde la oferta del mercado condicionaba la satisfacción pulsional actual y a los objetos llamados a ocupar un vacío narcisista. Además, era posible entrever que su valía no estaba dada exclusivamente por el uso (más si se tiene en cuenta que muchas veces el joven intercambiaba artefactos que funcionaban por otros que estaban destrozados), pero sí para el intercambio y el reconocimiento. Por ejemplo, la permuta con Paco, quien también residía en un HC, ambos ponían en juego un compromiso y una forma de dirigirse al semejante: «¿qué tenés?», «¿sacaste la batería?». Y si bien a simple vista parecía estar cargado de trampas, engaños y tensiones que apaleaban el potencial de terminar en peleas (por eso, el equipo profesional del Centro de Día se ponía en alerta), sus mochilas vertían sus contenidos sobre un escritorio con el fin de obtener algo más que un usufructo material, pues además surgían preguntas y respuestas que veladamente confirmaban la identidad, abasteciéndose así de una

fugaz localización de sí mismo, o más bien, de obliteraciones ausentes en otros sitios: «sí, te traje lo que te gusta».

Pienso que esta furtiva casi clandestina manera de diálogo de las identificaciones pendía de un hacer colectivo, cuyo paisaje se inscribía, como traza Léthier (2005b), mediante los aportes de Georges Bataille, en una estructura negativa que conformaba una especie de comunidad de quienes no la tenían, desde donde existía la posibilidad de compartir (con ansiedad, alegría o agresión) la experiencia simbólica de habitar un espacio incomprensible, en el que se debía resistir con subversiones y estrategias de sobrevivencia. Asimismo, en esto radicaba mi incomodidad cuando Manu me dio el celular que adquirió para que se lo guardara: «¿por qué?, ¿fue robado?, ¿qué dirá el equipo del Centro de Día si lo pongo en mi bolsillo?» eran algunas de las preguntas que tuve de modo involuntario. En tanto, como en otros intervalos con él, percibí su invitación a practicar reglas que yo no solía aceptar, de las que no era viable adaptar. Es decir, no instituía una ligazón convencional entre nosotros, sino que parecían ordenarse bajo otra lógica, con formas de institución de subjetividad distintas, tal vez al borde o por fuera del lazo social que habitualmente asume la comunidad de quienes no viven bajo una situación de ruptura.

No obstante, puedo decir que dicha vivencia me conectó con la dificultad de la tentativa de que Manu tenga una presencia similar a la de los demás asistentes del Centro de Día. Esto es básicamente que participara de actividades grupales como había sucedido esa mañana en la que por única vez, y por al menos media hora, permaneció dibujando en el taller de radio, que pude apreciar como una desalineada figura humana junto a un automóvil, quizás en alusión a su videojuego de cabecera, el GTA. Esta situación no era cuestión de ver si le gustaba o no una actividad, mucho menos se trataba de seducirlo, apurarlo u obligarlo a estar en grupo, por más que se buscara alinearlo a los demás allí no había un método eficaz. Pienso que su condición indeterminada, su inestable yo, había apuntado a identificarse con la imagen de los cantantes de los temas que le gustaban, sobrellevaba una naturaleza afín a la noción de liminaridad, esgrimida por Víctor Turner (1974). El concepto radica en comprender los ritos de paso haciendo referencia

a periodos donde las características que se poseen en un estado previo son suspendidas sin que tampoco se presenten los rasgos de una ulterior fase.

En consecuencia, una circunstancia similar ocurría con Manu, pues, a pesar de que se sabía que perdió la posición familiar en la que estaba, no sabía del contenido que ella guardaba; además, la no unificación y el extravío de sus legajos se anexaba al mutismo del joven acerca de su pasado, claro, a excepción de aquella laxa mención sobre su hermano al oír una melodía que impulsó un modo de la memoria que fugazmente le suscitó sentidos olvidados. En tanto, por más ley nacional y provincial que reconociera el interés superior del niño como un deber máximo, tampoco estaba en un estado de plena restitución de derechos. Por ello,

> los entes liminales no están ni en un sitio ni en otro; no se les puede situar en las posiciones asignadas y dispuestas por la ley, la costumbre, las convenciones y el ceremonial [...] los entes liminales, como por ejemplo los neófitos en los ritos de iniciación o pubertad, pueden representarse como seres totalmente desposeídos (Turner, 1974, p. 102).

El paisaje institucional que envolvía a Manu no era independiente de su cosmos emocional, ya que este no propiciaba los marcajes necesarios para el desarrollo del yo, y se exponía a la ambigüedad de estar y no estar con su familia (porque supuestamente infringía su integridad), ni con sus derechos restituidos integralmente por el Estado. Por ende, su estar era liminar. En adición, era objeto de por lo menos dos vulneraciones centrales que aquejaban su salud mental: por un lado, la no interlocución que no propiciaba elaboración alguna, por ejemplo, no se le respetó su derecho a hablar y a ser oído consultándole si quería permanecer o no en determinado HC (pensemos también que estaba alojado en un HC repleto de denuncias por abuso sexual); por otro lado, su historia personal y singular resultaba menoscabada por prácticas que situaban al joven por fuera de los contextos, nunca se informó el motivo de la supuesta «crisis» que produjo su última psiquiatrización, aunque se supo que tras ser internado fue intensamente medicado

y silenciado, en vez de ver de qué trauma situacional emergían sus síntomas, o ¿tan solo detonaba por no conseguir el GTA 3[15]?

En relación con esto, Léthier (2005a) afirma que «los que habitan la ruptura se ven sometidos a un principio económico muy eficaz: esto no debe salir bien» (p. 141). Probablemente, en su diario sobrevivir, Manu atentaba la «normalidad» establecida al interior del dispositivo convivencial, que obligaba a la intensificación de respuestas de dominio físico y psíquico, asegurado por agentes que lo señalaron como «loco» y lo trasladaron a una unidad psiquiátrica.

Confrontando lo anteriormente mencionado con el momento en el que mientras mirábamos el celular, Manu cayó al piso porque se aterró al ver al payaso terrorífico con una motosierra en sus manos, me pregunto: ¿qué puede dar más miedo que un paisaje asolado por la ruptura descripta? Pienso que es el sobresalto de susto producido por el imaginario mediático en torno a una figura del género terror, y otra muy distinta es cuando el horror se observa en lo cotidiano o se hace rutina materializándose en aquello que solemos llamar realidad, en la que habitan tutores, cuidadores(as), sacerdotes y especialistas de todo tipo, figuras que el Estado dice emplear para «restituir» derechos y en «teoría» no para tutelar como aquella legislación previa a la Ley n.º 26061. A lo mejor, en clave foucaultiana, el peor horror es aquel que está en frente nuestro, ese que no vemos porque lo naturalizamos; en otras palabras, se normaliza el hecho de que haya personas excluidas de los derechos que se establecen como derechos universales del ser humano.

5.3. Reacciones emocionales y supervivencia

Según la Ley n.º 26061, la institucionalización, en el marco de una medida excepcional, se presenta de la siguiente manera:

15 Esta variante del videojuego no la lograba ubicar en internet, sin poder así bajarla y grabarla en los discos compactos que traía del HC. Siempre acarreaban el problema de ver si era posible formatearlos, dado que no estaban en blanco sino que tenían contenido religioso y títulos tales como: «Santo Padre», «Himnos y Rezos», entre otros.

Solo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario. Al considerar las soluciones se prestará especial atención a la continuidad en la educación de las niñas, niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente (art. 41).

La norma se aplica cuando no es viable la permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos (líneas de parentesco por consanguinidad, afinidad o miembros de la comunidad, teniendo en cuenta la opinión del menor). Al respecto, cabe preguntase ¿qué sucede cuando una medida excepcional es excepcionalmente larga?, ¿cómo se sobrelleva?, ¿produce una sintomatología ajustable a ella? Ciertamente, no es posible dar aquí respuestas absolutas, no obstante, no deja de ser necesario entrar al ejercicio de reflexionar sobre esta experiencia.

Sin ánimo de confeccionar un catálogo psiquiátrico, y mucho menos de avalarlo únicamente por su valor de signo, me concierne decir que Manu desplegaba el siguiente cuadro:

- Dificultades para insertarse en espacios y actividades grupales.
- Bajo control de los impulsos agresivos.
- Ansiedad excesiva.
- Baja tolerancia a la frustración, sobre todo en la puesta de límites.
- Lazo social exclusivamente mediado a partir de contenidos u objetos temáticos.
- Incomunicación o ausencia de un pasado simbolizado mediante la palabra.

Pero insisto, dicho marco sintomático no debe ser leído mediante la episteme de los manuales diagnósticos en vigencia (DCM, CIE, CIF), ya que involucra más bien reacciones emocionales ante un escenario hostil. De acuerdo con Mercedes Minnicelli (2010), la categoría de «infancias heridas» advierte que en la niñez institucionalizada no es infrecuente toparse con niños, niñas y adolescentes que fueron retirados de su

hogar con el objeto de defender los derechos vulnerados por la familia, pero, en ese trayecto, se vieron afectados también por parte del Estado, que, lejos de involucrar acciones restituidas o al menos inocuas, devastó la subjetividad y perjudicó el proceso de construcción identitaria y socialización; además, suscitó crisis psicomotrices.

En ese contexto, me pregunto, ¿por qué, a pesar de que Manu fue retirado de su hogar, debido a que una familia «aparentemente» [16] no lo cuidaba, no pudo esquivar un destino psiquiátrico? En primer lugar, se descarta aquí que no se haya hecho nada, pues la intervención estatal estuvo presente. Pero ¿qué más podríamos pretender?, ¿acaso, más HC, especialistas en trabajo social o psicología? En efecto, a través del HC, los juzgados, los profesionales y las internaciones, se intervino bastante, aunque causó el reverso de la protección integral de los derechos. Es decir, la potencia legislativa se aplicó sobre Manu, pero desaplicándola. Si bien existen leyes y convenciones que reconocen el interés superior del niño como un deber máximo, el joven resultó sesgado de la «niñez legítima» para incorporarse en una «minorizada», sujeta a los agentes del Estado y vinculada a los discursos que lo ubicaron en un lugar de amenaza social (pensemos en el pensamiento de la locura con el que es atravesado) y, a su vez, en uno de compasión y de receptor de acciones paternalistas, que motivaron las reacciones que se mencionaron arriba (art. 24).

En esa línea, Léthier (2005b) plantea que no existe un término diagnóstico que sirva para nombrar las situaciones de quienes habitan las rupturas engendradas por la institucionalización. A pesar de que se exteriorizan mecanismos símiles a la esquizofrenia, especialmente en relación con el déficit en el proceso de identificación, no se trata de lo mismo. La precariedad del yo no se une a la forclusión (en términos lacanianos, este implica un mecanismo específico que opera en la psicosis por el cual se produce el rechazo de un significante fundamental, expulsado del universo simbólico del sujeto), sino al vértigo de la exposición a circunstancias repentinas e incomprensibles que conducen a un esperable efecto de retraimiento y suspensión de los procesos identificatorios, cuando no de licencia para investir las

16 Según un informe de la SENAF, aunque en otro se expone un panorama disímil.

reglas de la vida, principalmente las situadas por las entidades a su cargo. De esa manera, quienes viven estas rupturas se escurren de las etiquetas diagnósticas clásicas. Ahora bien, es oportuno observar, según el autor, cómo las incesantes peregrinaciones institucionales inducen estrategias de sobrevivencia que sirven para continuar con vida, pese al paisaje rupturista, y aportan a la humanidad procedimientos de respeto y admiración.

Es sabido que Sigmund Freud (1938) arrojó la noción de escisión del yo como un proceso defensivo, a partir de la idea de que cuando hay un peligro objetivo y arduo de soportar, el(la) niño(a) reacciona mediante dos formas posibles, o bien reconoce la contingencia inclinándose ante esta, y renuncia a la satisfacción pulsional, o la desmiente creyendo que no hay razones para temer, con la finalidad de preservar su satisfacción. Se trata, entonces, de un conflicto entre la exigencia de la pulsión y el veto de la realidad, desde donde se responde con dos maneras contrarias, ambas válidas y eficaces. Por un lado, se rechaza la realidad objetiva con el apoyo de ciertos mecanismos y sin prohibirse nada; por el otro lado, se conoce el peligro, pero se asume su padecer como un síntoma para luego defenderse de él. Ambas reacciones contrapuestas frente al conflicto subsisten como núcleo de una escisión del yo. En suma, el(la) niño(a) no solo está sometido pasivamente al medio externo, también tiene la potencia de ser activo. Es decir, es amo y esclavo, nunca neutro o unificado, como tradicionalmente ha declarado el modelo biomédico y sus categorías.

En esa línea, años más tarde, Lacan (1936) explica la escisión mediante el estadio del espejo, y agrega las bases para comprender que, a partir de una identificación especular con su propia imagen, el humano anticipa una unidad que todavía no tiene; asimismo, menciona un cuerpo infectado por el significante, no poseído en su totalidad y expuesto a una disolución imaginaria. A partir de ello, Léthier (2005b), adopta estas conceptualizaciones, recobra las narrativas del genocidio judío durante el nazismo (a través de Primo Levi, Robert Antelme e Imre Kertész) con el objetivo de mostrar que, para sobrevivir, se requiere escindir el yo al máximo. En otras palabras, no habitar el propio yo para soportar esa desintegración, ese desamparo causado por situaciones inconcebibles.

¿Con Manu se piensa en una operación semejante? Si se considera su coraza social y la ausencia de restos del pasado en su discurso, cabe suponerse una maniobra evitativa y defensiva, quizás una experiencia de escisión que con el transcurso de los días, meses y años corría el riesgo de naturalizarse como personalidad: «le importa solo el GTA». Por ello, me llamó la atención que, mientras oíamos una canción, evocó a su hermano. A pesar de que fue un efímero instante en el que el joven situó la presencia de un familiar, considero que habitó su yo. Como sostiene Minnicelli (2017), la filiación es próxima a la identidad, o sea al terreno yoico. Tras dicha mención, no solo había un nombre y un parentesco, también los elementos que identificaban y asociaban la pertenencia a una comunidad de personas: la letra de la canción, los modismos que desplegaban los jóvenes que la cantaban y bailaban en el video que veíamos, la ropa usada, entre otras. Es decir, allí hay un lazo social, un gusto y una necesidad de estar con el otro, ¿por eso me dio su teléfono?

De nuevo la sospecha, ¿tras la sintomatología de Manu existía una estrategia de supervivencia? Como se señaló anteriormente, sus actos parecían extrañados respecto de la realidad, pero no lucían exactamente como una psicosis. Entonces, tomo otra ruta epistémica y considero que su frágil socialización junto a la desaparición de su pasado es efecto del embargo que el joven tuvo con respecto a la pertenencia filiar. Sin asumir un afán empirista, aunque sí de ejemplificación, cabe imaginar la siguiente escena: un día, a los 11 años, Manu fue subido a un vehículo, no tenía idea con quiénes iba, tampoco hacia dónde, y nunca más volvió a ver a su familia. En ese momento, se produce un desarraigo que comienza a versar sobre los tiempos burocráticos del mundo judicial, la adopción no se concreta, empiezan a sobrevenir las «crisis», la copiosa medicalización psiquiátrica, las internaciones y los cuadros símiles a la locura. En efecto, el joven no enuncia directamente su drama filiatorio o identificatorio (familiar, barrial o lo que fuera), sino que se comporta (agrede, rompe cosas, se acoraza, enmudece su historia, etcétera). Por ello, su «crisis» no puede ser reducida a un componente únicamente individual (retraso mental o psicosis), como sugiere el modelo biomédico y el mundo jurídico. Por tanto, revela

aquello que ya ha sido señalado por la obra de Georges Canguilhem, Michel Foucault, Sigmund Freud y Jacques Lacan, entre tantos otros; en otras palabras, una sintomatología no es algo encerrado al interior de un espacio individual, por el contrario, lo es con las condiciones totales de existencia de un ser.

A través del método genealógico, Foucault (1975) es decisivo a la hora de puntualizar los escenarios de vida, sus periferias, los bordes del afuera mismo y de todos aquellos seres subalternos que la habitan: locos, retrasados, niños idiotas, pobres, monstruos, homosexuales, etc., dejando entrever la faceta cultural, económica y política que los produce bajo la insignia de lo que ha sido llamado anormalidad.

En esa línea, ¿se puede pensar que a raíz de la «norma» que se dictó a la mamá de Manu, acerca de que no era apta para cuidarlo, se produjo su locura? En todo caso, es seguro que el joven fue apuntado y puesto bajo medidas excepcionales. Esta decisión, en términos foucaultianos, lo hizo un ser heterónomo, un cuerpo habitado, irrumpido, por no decir colonizado. Cuando se habla de heteronomía, me refiero a cómo el sujeto se conforma a través de una serie de determinaciones que son externas a sí mismo. Dicho de un modo diferente, la preocupación del Estado por el otro se transforma en su producción; por ese motivo, la situación sintomática de Manu no refería a un elemento aislado sino relacional, de raíz social (en cada intervención estatal subyace una intención política cimentada sobre un trasfondo histórico), que dejaba entrever la dimensión biopolítica que lo atravesaba, toda vez que el poder (encarnado en agentes estatales) organizaba su vida y disponía de ella.

Ahora bien, si no se pierde de vista la idea de la escisión y la simultaneidad entre ser amo y esclavo, domado y domador, es oportuno reflexionar acerca de la condición sintomática del joven, que no solo se asocia al sufrimiento propio de un trastorno (entendido en términos biomédicos), sino a una respuesta que hace la vida más atroz, pero, a su vez, capaz de sobrellevarse. «Donde hay poder hay resistencia», parafraseando a Foucault. Esta famosa frase se puede pensar en función de todas las aristas de la existencia, incluso bajo la sintomatología propia del yo.

6. Conclusiones

En suma, este artículo no es más que una pincelada, un recorte de la extensa trama del asunto que me convoca. Se trata de un tema muy complejo, con múltiples aristas que no son fácilmente aprehensibles. No obstante, las puntualizaciones realizadas aquí (focalizadas en breves circunstancias de la vida cotidiana), tanto en lo que respecta al éxodo institucional y la suspensión identificatoria como a las maniobras de supervivencia, aportan un acercamiento a las experiencias de quienes se encuentran bajo medidas excepcionales. Asimismo, es central para promover los derechos de la niñez y la juventud con discapacidad en situación de institucionalización.

Como se sugirió anteriormente, la sintomatología, que derivó y justificó la decisión estatal de internar en una unidad psiquiátrica al joven en cuestión, no estaba vinculada con un componente netamente individual por parte de este; por el contrario, se encontraba en íntima relación con el paisaje que lo envolvía. Como se expuso, se originó de numerosos procesos históricos, sociales, políticos y económicos que aún están activos dentro de la atmósfera social. Además, en su permanencia, se ubican determinadas prácticas y discursos acerca de la niñez, la discapacidad y la anormalidad. Dicho en otras palabras, no es desatinado exponer que, a pesar de que el Sistema Argentino de Atención de la Niñez y la Adolescencia adscribe al Sistema de Protección Integral de Derechos, este aún conserva rasgos del sistema de tutela estatal.

A pesar de las intenciones legislativas para garantizar los derechos del niño y las personas con discapacidad, se generan situaciones que contradicen a estos. Así, como se desarrolló a lo largo del texto, de acuerdo con Roland Léthier (2005a), fueron definidos como «jóvenes habitados por la ruptura», en el sentido de que, a partir de la ruptura con la familia, se asigna una intervención estatal que causa reacciones emocionales y mecanismos defensivos relacionados con las estrategias de supervivencia erigidas frente a la vulneración.

Finalmente, llegados a este punto, y tras anticipar la imposibilidad de ofrecer respuestas absolutas sobre la experiencia que la ruptura acarrea, me permito enunciar una conclusión abierta, circunstancial y provisoria. Empero, no sin un ademán etimológico no sellado, que al

igual que una asociación libre freudiana se vierte sobre el análisis en aras de sobrevivir —el derecho a la protección— el paisaje en el que se es tutelado, o por el cual se es habitado, se comete una metamorfosis. Esta palabra está formada por «meta» (más allá, después de), «morph» (forma, estructura) y «osis» (aplicado a nombres para indicar acciones, condiciones, situaciones o estados), que, en su polisemia y sus posibilidades, se abre a la emergencia de ir más allá de cualquier forma o marca, y considera incluso la acción de deshabitar el propio yo.

Referencias

Andrada, O. (2012). Por denuncias de abusos sexuales, amenazan con cerrar un hogar de niños en Córdoba. *La Nación.* Recuperado de https://www.lanacion.com.ar/sociedad/por-denuncias-de-abusos-sexuales-amenazan-con-cerrar-un-hogar-de-ninos-en-cordoba-nid1458727/

Bourgois, P. (2010). *En busca de respeto. Vendiendo crack en Harlem*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Brunvand, J. (2005). *Leyendas urbanas*. Madrid: Edición de bolsillo.

Butler, J. (2006). *Vidas precarias*. Barcelona: Paidós.

Congreso de la Nación Argentina (1948). Ley n.º 13252. Buenos Aires: 15 de septiembre de 1948. Recuperado de http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=119E30919C7FBE80BE538AF771FC5884?id=295719

_____ (1966). Ley n.º 4873. Buenos Aires: 17 de enero de 1966. Recuperado de https://www.argentina.gob.ar/normativa/provincial/ley-4873-123456789-0abc-defg-378-4000ovorpyel/actualizacion

_____ (1990). Ley n.º 23849. Buenos Aires: 27 de julio de 1990. Recuperado de https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-23849-249

_____ (1997). Ley n.º 24901. Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad. Buenos Aires: 5 de noviembre de 1997. Recuperado de http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/ley_24901_del_021297_sistema_de_prestaciones_basicas_discapacitados.pdf

_____ (2005). Ley n.º 26061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Buenos Aires: 28 de septiembre de 2005. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/Ley_de_Proteccion_Integral_de_los_Derechos_de_las_Ninas_Ninos_y_Adolescentes_Argentina.pdf

Consejo de Derechos Humanos (2007). Aplicación de la Resolución n.º 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006. Titulada «Consejo de Derechos Humanos». Recuperado de https://des-mza.infd.edu.ar/sitio/material-de-apoyo/upload/07VernorMunozONU.pdf

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2009). Acordada n.º 5/2009. Buenos Aires: 24 de febrero de 2009. Recuperado de https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2016/10/acordada-csjn-5_2009__adhesic3b3n-a-reglas-de-brasilia-s-acceso-a-la-justicia.pdf

Dussel, I. y Carusso, M. (2006). *La invención del aula. Una genealogía de las formas de enseñar*. Buenos Aires: Santillana.

Flores, M. (2005). Expósitos y abandonados. Prácticas sociales para con la niñez institucionalizada. Córdoba 1884-1940. *Revista Topos*, (3), 1-9. Recuperado de http://www.toposytropos.com.ar/N3/pdf/expositos.pdf

Foucault, M. (1974). *El poder psiquiátrico*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

_____ (1975). *Los anormales. Cursos del Colegio de Francia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Freidenraij, C. (2016). Intervenciones policiales sobre la infancia urbana. *Revista Historia y Justicia*, (6), 163-197.

Freud, S. (1938). *La escisión del yo en el proceso defensivo*. Buenos Aires: Amorrortu Editores.

Heredia, F., Von der Weid, O. y Campoy, L. (2017). Por uma ciência humana mais anormal? *Teoría e cultura*, *11*(3), 9-17.

Kittay, E. (2011). The Ethics of Care, Dependence, and Disability. *Ratio Juris*, (1), 49-58.

Lacan, J. (1949). El estadio del espejo como formación del yo tal como se nos revela en la experiencia psicoanalítica. En *Escritos I* (pp. 99-105). México: Siglo XXI.

Le Breton, D. (1995). *Antropología del cuerpo y modernidad*. Buenos Aires: Nueva Visión.

Legislatura de Buenos Aires (1998). Ley n.º 114. Ley de la Protección. Buenos Aires: 3 de diciembre de 1998. Recuperado de http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley114.html

Legislatura de Córdoba (2002). Ley n.º 9053. Córdoba: 30 de octubre de 2002. Recuperado de https://www.argentina.gob.ar/normativa/provincial/ley-9053-123456789-0abc-defg-350-9000ovorpyel/actualizacion

_____ (2008). Ley n.º 9482. Córdoba: 23 de abril de 2008. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/LPO0009482

_____ (2011). Ley n.º 9944. Córdoba: 4 de mayo de 2011. Recuperado de http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/Ley-9944.-Promoci_n-y-Protecci_n-Integral-de-los-Derechos-de-las-Ni_as-Ni_os-y-Adolescentes-de-la-Provincia-de-C_rdoba.-R_gimen.-Pol_ticas-p_blicas.-Autoridad-de-aplicaci_n.pdf

_____ (2019). Ley n.º 26964. Córdoba: 19 de junio de 2019.

Léthier, R. (2005a). Las estrategias de supervivencia. *Me Cayó el Veinte. Revista de Psicoanálisis,* (11), 131-156.
_____ (2005b). Mensurar lo inhabitable. *Me Cayó el Veinte. Revista de Psicoanálisis,* (11), 131-142.

Madrid, A. (2013). Nothing about us without us. El movimiento de vida independiente, comprensión, acción y transformación democrática. *Oxímora1*. *Revista Internacional de Ética y Política*, (2), 22-38.

Mazzola, R. (2012). Primera infancia en Argentina. Relaciones entre (des) igualdad, familias y políticas de bienestar. *Revista Estado y Políticas Pública, 4*(5), 59-95. Recuperado de https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/8860

Minnicelli, M. (2010). Institución de infancias heridas por la vida. *INFEIS-RM*, *6*(6). Recuperado de http://www.infeies.com.ar/numero6/064.html

Naciones Unidas (2006a). Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Recuperado de https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf
_____ (2006b). Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf

Oyhandy, A. (2006). Otra mirada al Patronato de Menores: un examen desde la sociología a la construcción de diagnósticos de riesgo social. *Cuestiones de Sociología*, (3), 275-297. Recuperado de http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.3524/pr.3524.pdf

Poder Ejecutivo de Argentina (1919). Ley n.º 10903. Ley del Patronato de Menores. Buenos Aires: 21 de octubre de 2019. Recuperado de https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-10903-103606

Procuración General de la Nación (2009). Resolución n.º 58/09. Buenos Aires: 2 de junio de 2009. Recuperado de https://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Ufase/trata/ElDelito/Medios_Comisivos/Res_PGN_58-09.pdf

Remondetti, L. (2018). La institucionalización del enfoque de derechos y los sentidos que estructuran prácticas hacia niños/as y adolescentes de sectores populares. En *X Jornadas de Sociología de la Universidad Nacional de La Plata* (pp. 1-18). Recuperado de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/80434/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Skliar, C. (2002). *¿Y si el Otro no estuviera ahí? Notas para una pedagogía (improbable) de la diferencia*. Buenos Aires: Miño y Dávila Editores.

_____ (2009). Infancia y discursos sobre la niñez. Trazos de una relación sin rumbo. *Revista Electrónica Universidad de Cali*.

Turner, V. (1974). *El proceso ritual. Estructura y antiestructura*. Madrid: Aguilar.

Los sistemas de justicia y el reconocimiento de la diversidad. Una aproximación inicial a la luz del Amparo en Revisión n.º 1368/2015

Alejandra Donají Núñez Escobar
Universidad Nacional Autónoma de México
aledonues@gmail.com

1. Introducción

Es oportuno iniciar con una frase de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2019): «No hay personas normales y otras anormales. Todos somos diferentes y eso está bien» (p. 6). Lo anterior fue reconocido en la sentencia en formato de lectura fácil del Amparo en Revisión n.º 1368/2015, que analizó la constitucionalidad de la figura del estado de interdicción en relación con el derecho a la capacidad jurídica, a vivir de forma independiente y la igualdad de condiciones, así como la obligación de establecer salvaguardas adecuadas y efectivas.

Tras el fallo, la Suprema Corte mexicana declaró que el estado de interdicción es contrario a lo establecido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008) (en adelante, Convención). Para el país, es un avance a comparación de precedentes anteriores[1]. Por primera vez en su historia, la Corte determinó que el estado de interdicción no permite análisis convencional, sino que por ser contrario a la Convención es inconstitucional. En ese sentido, generó las condiciones para garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

1 La Suprema Corte de Justicia de la Nación (2013), mediante el Amparo en Revisión n.º 159/2013, resolvió que el estado de interdicción debía examinarse sobre el modelo social de la discapacidad y con un análisis del artículo 12 de la Convención.

La decisión es paradigmática, dado que reconoce la dignidad de las personas con discapacidad —de manera específica del quejoso—, y centra su tensión en la desigualdad de estas en el ejercicio de sus derechos a la igualdad jurídica, desencadenada por el sistema de justicia.

Antes de exponer los argumentos claves de la sentencia, es oportuno señalar que la Convención es una cuestión contracultural. En esa línea, es un instrumento internacional que nació de un amplio consenso, y es obligatorio para los Estados que se suscribieron, además es política. El núcleo del tratado es el reconocimiento de que todas y todos son personas, lo cual se expresa en la afirmación de que los individuos con discapacidad son sujetos de derechos.

La Convención es, en sí misma, un cambio de visión sobre la humanidad y la personalidad. De esa manera, parte de la necesidad de incluir a todas y todos, y se sustenta en el reconocimiento de que la voluntad del ser humano es un elemento indispensable del sistema de derechos. Por tanto, el instrumento normativo expresa que la responsabilidad es de los Estados, y ordena los apoyos y ajustes requeridos para la inclusión. Esto implica, por un lado, abandonar la búsqueda de la *normalidad* y aceptar que «no hay personas normales y otras anormales» (Suprema Corte de la Nación, 2019, p. 6); además, se dejan de lado los marcos de interpretación que sustentan el modelo médico de la rehabilitación, y se modifica la perspectiva paternalista judicial de *por su bien* se protege al débil.

El instrumento internacional se fundamenta también en la voz de los vulnerados históricamente, quienes, a pesar de las múltiples discriminaciones y constantes negativas, defendieron que las personas con discapacidad cuentan con nombres, preferencias, deseos, y toman decisiones con autonomía, las mismas que se deben respetar. Por consiguiente, el tratado es el elemento indispensable que construye una igualdad jurídica.

En ese sentido, la decisión de la Suprema Corte de Justicia, tras resolver el Amparo en Revisión n.º 1368/2015, en 2019, marca un antes y un después en México. Tras declarar la inconstitucionalidad

y la inconvencionalidad de la negación de la capacidad jurídica, traza los primeros pasos ante la ley.

Ahora, es oportuno destacar que las prácticas del modelo de interdicción comienzan desde antes de que sea ordenada la limitación a la capacidad jurídica por parte de un juez. El largo camino que presenta como acto final —perpetuo— la limitación de la capacidad jurídica empieza en la ausencia, el abandono, la falta de políticas públicas, la omisión de la intervención temprana, las políticas que no reconocen la dignidad, y los discursos hegemónicos que otorgan la responsabilidad a la familia, sin apoyo alguno. Todos conllevan a la omisión del Estado en ofrecer sistemas de apoyo, además de fomentar y garantizar espacios físicos, sociales y culturales.

Igualmente, el estado de interdicción se afirma en una distribución diferencial de la dignidad; así, se presenta una visión paternalista judicial, es decir, una protección por *su propio bien* en contra de la misma persona, que muestra la limitación de la dignidad del riesgo. Todos tenemos derecho a equivocarnos, pues es la manera de aprender; por ello, el desarrollo del ensayo y error nos permite constituirnos, dado que son las decisiones sobre la vida, que en ejercicio de nuestra personalidad, definen quiénes somos, así como también los espacios que habitamos y la manera en que nos expresamos.

Por ese motivo, cuando se restringe la función de los derechos por el *propio bien de la persona*, se cae en un absurdo, porque se le impide a la persona conocerse. Desde la filosofía, podría verse como un impedimento a la agencia para la construcción de la identidad, en otros términos, para aprovechar y explotar la incompletitud del yo[2].

En esa línea, el estado de interdicción es resultado de una violencia específica y sostenida que atenta contra la voluntad de las personas y su dignidad, únicamente por motivos de discapacidad.

2 Para conocer el sentido propuesto de la «incompletitud del yo», véase Nájera (2016).

2. Argumentos claves del Amparo en Revisión n.º 1368/2015

Ahora bien, como establecimos de manera previa, la Suprema Corte mexicana, tras resolver el Amparo en Revisión n.º 1368/2015, declaró que el estado de interdicción es contrario a lo establecido en el artículo 12 de la Convención, puesto que este no permite un análisis habitual, y buscó generar las condiciones para garantizar el derecho a la capacidad jurídica, a vivir de forma independiente y a la igualdad de una persona con discapacidad.

En ese sentido, la sentencia se sostiene en argumentos jurídicos como los siguientes.

2.1. Derecho a la accesibilidad cognitiva

El derecho a la accesibilidad cognitiva implica que las personas entiendan el significado de los entornos (Suprema Corte de Justicia, 2019). Al respecto, el quejoso argumentó que nunca se le explicó la finalidad del estado de interdicción, tampoco sus consecuencias jurídicas. Además, impugnó que los fallos no se emitieron de manera accesible, y afirmó que el juez no le explicó el proceso jurídico; por tanto, aduce que fue un extraño en su propio juicio.

El Amparo en Revisión n.º 1368/2015 señala que «el diseño general del sistema de justicia no está concebido para ser accesible a las personas con discapacidad» (párr. 64). En esa línea, el fallo establece que aquello que inhabilita a las personas con discapacidad es la incapacidad de la sociedad para propiciar un entorno incluyente, entonces, el sistema de justicia es una barrera.

Con respecto a lo anterior, la Suprema Corte (2019) indica que el juzgador es responsable de realizar los ajustes necesarios para que el sistema sea accesible. También determinó que se deben llevar a cabo los ajustes del procedimiento para procurar la accesibilidad en el proceso judicial y en todos los aspectos procesales de las personas con discapacidad, con la flexibilidad de atender a las especificidades del caso concreto.

La Corte identifica algunos de los ajustes, entre ellos, el conocimiento sobre la discapacidad; las barreras que inhiben la participación de las personas con discapacidad en el acceso a la justicia; y evitar barreras actitudinales. El órgano jurisdiccional sostiene que los elementos avalarían que el ajuste favorezca a la persona atendida en una situación específica. Además, se pronuncia sobre «los ajustes necesarios o ajustes razonables para facilitar la información y las consecuencias jurídicas de los procedimientos judiciales» (párr. 68), a fin de buscar mecanismos y elementos para procurar la accesibilidad cognitiva y que los procedimientos jurídicos se realicen sin discriminación.

2.2. Contradicción entre el régimen de capacidad de las personas con discapacidad y el artículo 12.2 de la Convención

En la sentencia, la Suprema Corte (2019) propone que en todo ordenamiento jurídico «las personas con discapacidad son sujetos de derecho con plena personalidad jurídica en igualdad de condiciones» (párr. 73), así como también que todo análisis de la normativa debe observarse desde la perspectiva de los principios de igualdad y no discriminación.

La resolución marca la tensión en el andamiaje jurídico en relación con la nueva realidad constitucional de derechos humanos[3]. Además, indica que es necesario abandonar interpretaciones formales para ofrecer una respuesta jurídica con flexibilidad.

De esta manera, se expone la exigencia de respuestas jurídicas en los derechos humanos, que se sustenten en «la diversidad como condición inherente a la dignidad humana» (párr. 73). Por ello, el órgano constitucional insiste en que la solución es tener presente el objetivo de la Convención y optar por la solución jurídica más operativa.

Ahora bien, ¿cómo hacemos operativa la Convención?, ¿qué necesitamos en el sistema de justicia para construirla a partir de una visión de trato igualitario?, y ¿cómo la modificamos para lograr la igualdad? Son preguntas oportunas para el análisis de la resolución.

3 En 2011, se llevaron a cabo reformas constitucionales que tuvieron como finalidad el reconocimiento de los derechos humanos y de las obligaciones en la materia derivada de tratados internacionales.

Desde el Poder Judicial de la Federación, las interrogantes son un reconocimiento a la responsabilidad y, a su vez, brindan un ejercicio de posibilidad y legitimidad a sus juzgadores. Se trata de un ejercicio de autocrítica del Poder Judicial vinculado con la obligación de no discriminar.

A partir de los cuestionamientos citados, la institución analiza la regularidad constitucional y convencional de la figura del estado de interdicción. En un examen integral, congruente y a favor de los derechos del solicitante, observa en el Código Civil los artículos precisos que soportan el estado de interdicción; también reafirma el andamiaje jurídico que lo sostiene y establece que esos preceptos violan el derecho al reconocimiento de la personalidad, la capacidad jurídica y la dignidad humana (Arzate, 2019).

La contradicción que se había sostenido en sentencias previas[4] respecto a que el régimen de interdicción se interpretaba desde el artículo 12 de la Convención y es resuelta tras declararse que no es posible una observación convencional del régimen referido. En otras palabras, la Suprema Corte de Justicia (2019) determinó que la interdicción no admite interpretación, porque esta discrimina en categoría sospechosa —al hacer una distinción por motivos de discapacidad—, y especificó que la interpretación no repara en la exclusión. De ese modo, en México por primera vez se consideró que el régimen de interdicción es violatorio al derecho a la igualdad y no discriminación, y no puede entenderse desde el marco del modelo social de la discapacidad.

El reto será si las juzgadoras y los juzgadores se apropian de la responsabilidad de hacer operativa la Convención, y si responden a esta desde el conocimiento, así como la posibilidad de construir una igualdad formal y material.

2.3. Las autoridades: salvaguardas adecuadas y efectivas

En el desarrollo lógico de la identificación de la discriminación inherente en el sistema jurídico, y la determinación del estado de

4 Una muestra de estas contradicciones se expresa en el Amparo de Revisión n.º 159/2013.

interdicción como una restricción desproporcionada de los derechos a la capacidad jurídica y la igualdad, la Corte (2019) reconoce la obligación de ofrecer apoyos y salvaguardias adecuados y efectivos, así como también las herramientas para su ejercicio.

A partir de que existe una diversidad de personas y, por lo tanto, distintas maneras de ejercer la capacidad jurídica (sin detrimento de la misma), el órgano judicial dispone que la obligación está en presentar apoyos para su ejercicio y la toma de decisiones con autonomía. Lo anterior se establece en relación con los principios previstos en la Convención[5], y sobre los elementos esenciales que deben cubrir los sistemas de apoyo, en términos del Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, del Consejo de Derechos Humanos (2016): disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y posibilidad de elección y control.

Así, la Suprema Corte (2019) propone la responsabilidad de brindar sistemas de apoyo y salvaguardias que permitan que la persona con discapacidad disponga del máximo de autonomía para tomar decisiones por sí misma. Incluso suministra la voluntad para que no haya conflicto de interés o una influencia indebida, pues la importancia de la salvaguardia está sujeta a un examen para elegir si continúa con el apoyo o no.

2.4. Derecho a una vida independiente y a ser incluido en la comunidad

En relación con lo anterior, el quejoso manifestó, durante los procesos jurídicos previos y en el amparo, que todo su proceso judicial se sostuvo sobre la implicación de su *cosificación*. Es decir, había sido entregado por orden judicial de persona a persona sin preguntarle su opinión, y se le impuso dónde vivir y con quién, también se decidió sobre su matrimonio.

En ese contexto, la Suprema Corte (2019) señaló que el derecho a vivir de manera independiente y a ser incluido en la comunidad

5 El referido tema se observa particularmente en los artículos 4, 9, 12, 16, 19, 20, 21, 23, 24 y 29.

conlleva a contar con los medios necesarios para ejercer control sobre la vida. Además, determinó que el estado de interdicción no solo es en el mencionado derecho, pues limitaría la independencia y eliminaría por completo la posibilidad de elegir y controlar su modo de vida.

Esta interpretación es relevante, dado que la Corte Europea de Derechos Humanos (2017) dispuso unas interpretaciones restrictivas y contradictorias al artículo 12 de la Convención, mediante las cuales se impuso dónde y cómo vivir[6]. Hasta el momento se desconoce si tal órgano ha emitido alguna otra sentencia que haya superado las limitaciones jurídicas y argumentativas previas.

2.5. Comentario sobre la intervención de terceros representantes

Las argumentaciones se relacionan con el reconocimiento de la legitimidad procesal del quejoso en su propio proceso, pues de otra manera no hubiera podido ampararse, ya que no cuenta con la capacidad jurídica para ello.

Cabe destacar que el quejoso, si bien era interdicto, en los recursos de apelación que antecedieron a la solicitud de amparo indirecto, presentó solicitudes para participar en su proceso, incluso le escribió directamente al juez. No obstante, sus solicitudes fueron rechazadas porque no se realizaron por quien legítimamente tuvo su tutela. En virtud de lo expuesto, como materia de amparo, el quejoso incluyó que había sido un extraño en su propio juicio, debido a que nunca se le dio oportunidad de participar.

Los jueces que llevaron a cabo los procedimientos judiciales previos, en los que se le negó la intervención, no atendieron a los criterios de interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La institución se pronunció contra la imposición de un representante especial, en términos del artículo 8 de la Ley de Amparo (Núñez, 2017). Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte también ha

6 Una prueba de ello se observa en el caso A. M. V. vs. Finlandia, de la Corte Europea de Derechos Humanos (2017). A manera de contexto, también se sugiere el análisis de Cojocariu (2017).

condenado la negativa a las personas con discapacidad de participar e intervenir en sus procesos (Suprema Corte de Justicia, 2019).

De la resolución del Amparo en Revisión n.º 1368/2015 se desprende que el quejoso realizó actuaciones jurídicas que no son acorde a su estado de interdicción (contrajo matrimonio), pues se puede aseverar que los juzgadores y los jueces muestran poco conocimiento del cumplimiento de las regulaciones.

En ese sentido, si bien las decisiones afectan únicamente la esfera de la persona que se ampare, se requiere una mayor difusión de actividades de especialización y actualización profesional, a fin de que los argumentos, los estándares y las interpretaciones de los derechos humanos en el país, decretados por la Suprema Corte, sean considerados por los(as) juzgadores(as) y las instituciones.

3. Pensar el sistema de justicia igualitario

Con respecto a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2019) determinó conceder el amparo al quejoso para desincorporar su esfera jurídica a los artículos que sustentan el estado de interdicción.

En ese sentido, la institución ordenó al juez dejar insubsistente el estado de interdicción determinado en contra del quejoso, así como las actuaciones derivadas; además, ordenó redirigir su actuar para disponer las medidas de apoyo y salvaguardias requeridas, a fin de reconocer que este ejerce por derecho propio. Asimismo, en congruencia con los argumentos esgrimidos en la decisión, la Corte (2019) dispuso que se ejecuten los ajustes de procedimientos oportunos para asegurar el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

El sistema de justicia no está concebido para ser accesible a las personas con discapacidad. Es decir, como se estableció de manera previa, discrimina, el órgano ordenó que para el caso concreto se efectúen los ajustes para el procedimiento, con el objetivo de asegurar la participación en igualdad de condiciones (Corte Suprema de Justicia, 2014).

Por tanto, de manera enunciativa y no limitativa, la Corte Suprema de Justicia (2019) propuso los siguientes ajustes:

- Realizar la entrevista en un espacio que permita la comunicación en un ambiente de confianza y tranquilidad.
- Procurar que el tiempo de la entrevista no sea muy largo o, en su defecto, sea en partes, e ingresar con una persona de apoyo.
- Asegurar la comunicación de manera directa y efectiva, con términos claros y sencillos. Para ello, se debe auxiliar de sistemas de comunicación aumentativos y alternativos.
- Fijar el horario de comparecencia previa consulta con la persona con discapacidad.
- Emplear un lenguaje simple y comprensible en todo tipo de notificación o actuación.
- Utilizar formatos de fácil lectura y comprensión.

Además, respecto al sistema de apoyo, la Suprema Corte (2019) ordenó la obligación de considerar las opiniones y los requerimientos del quejoso para que así él fije qué medidas requiere; además, se observó la atención a los mínimos demandados.

La instrucción de la Corte (2019) también sostuvo que, como resultado de hacer operativa la Convención, con la finalidad de garantizar la esfera del quejoso y la igualdad de condiciones, se debía activar a instituciones para ser parte del sistema de apoyo. Entre ellas destacan:

- La Defensoría Pública del Distrito Federal, que brindará asesoría jurídica gratuita.
- El Instituto de las Personas con Discapacidad y el Sistema de Desarrollo Integral de la Familia de la Ciudad de México para asesoría sobre programas de asistencia, inclusión y bienestar.
- El Registro Civil para cesar el estado de interdicción y cancelar la inscripción en el acta de nacimiento.
- El Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad para facilitar canales institucionales exigibles ante las autoridades competentes del goce y el ejercicio de los derechos.

- El Instituto Nacional Electoral para expedirle una credencial de elector, documento de identidad para el ejercicio de los derechos político-electorales.

El organismo dictó una medida inédita. Con el objetivo de hacer operativa la Convención, se activó a las instituciones y las puso a trabajar para asegurar los derechos de las personas con discapacidad. Entonces, no se trata nada más del reconocimiento de la autonomía, sino de la obligación del Estado y el sistema de empleo en beneficio de las personas, en particular de aquellas que continuamente han sido vulneradas.

Lo anterior no es una cuestión menor, pues es la ausencia del Estado en políticas de atención a la discapacidad la que desemboca en la restricción de la capacidad jurídica. Por ese motivo, activar a las instituciones quiebra la inercia de olvido y se convierte en una posibilidad de reparación.

Si bien en el país no existen programas públicos que atiendan de manera integral a la discapacidad, o que consideren el género, la pobreza, la edad y otras intersecciones con relación al grupo vulnerado históricamente, al menos de un modo individual para el caso concreto del quejoso, la posibilidad de que las instituciones laboren para las personas con discapacidad es, sin duda, inédita[7]. En el caso concreto, es el juez el que se ve obligado a articular el sistema de apoyo. En otras palabras, a monitorear el cumplimiento y aportación de las instituciones a efectos de garantizar el respeto a la autonomía y a la esfera jurídica del quejoso.

Así, la sentencia es un paso evolutivo en cuanto a la defensa y la garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el país; también construye el quehacer judicial para asegurar la dignidad de las personas. Sin embargo, a nivel nacional, los jueces se encuentran limitados en referencia a las posibilidades y los elementos para articular con eficiencia e idoneidad el sistema requerido.

7 No se omite que al momento del fallo se desconocía el paradero del quejoso, dado que estaba desaparecido, sin que se cuente con mayor información. Como contexto véase Jarab (2019).

4. Relación con las Reglas de Brasilia

Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, se sustentan en el reconocimiento de la diversidad humana, los contextos y las intersecciones. En virtud de ello, exponen recomendaciones para los órganos públicos y a quienes prestan sus servicios en los sistemas judiciales, con el objetivo de que en el trabajo cotidiano de los operadores cuenten con elementos para ofrecer justicia a las personas vulnerables, atendiendo a su diversidad y sus contextos.

De esta manera, reconocen de manera explícita que el sistema judicial se debe configurar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Es decir, identifican las zonas de tensión de la diversidad de personas y sus contextos al enfrentarse al sistema de justicia. En ese sentido, a fin de mejorar el acceso a la justicia, analizan y proponen medidas dentro de la competencia de los poderes judiciales para que sean capaces de brindar condiciones de acceso a la justicia sin discriminación.

Por consiguiente, se advierte que tanto en las Reglas de Brasilia como en el Amparo de Revisión n.º 1368/2015, que resolvió la Suprema Corte, gran parte de la reflexión recae en las barreras que existen en el acceso a la justicia y en las situaciones de desigualdad, que son enfrentadas por los grupos vulnerados, como la población con discapacidad. Asimismo, parte de la solución es observar la edificación del sistema de justicia, y realizar los ajustes necesarios al procedimiento, para reducir la disparidad; y, de ese modo, proponer una igualdad ante la ley, particularmente, durante los procesos judiciales.

Las Reglas de Brasilia reconocen la relevancia de la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales para posibilitar el acceso a la justicia; por ello, determinan la importancia de que las actuaciones de los operadores de justicia sean realizadas para construir igualdad con información y conocimiento. Además, disponen la obligación de las condiciones para que los participantes en los procesos cuenten con la información jurisdiccional necesaria e idónea para que su papel en las actuaciones sea activo (Arzate, 2019).

En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2019), como órgano líder del Poder Judicial de México, cuestionó la desigualdad inherente en el sistema de justicia nacional. A partir de ello, desarrolló un proceso que efectúa ajustes al procedimiento, en el que asumió la responsabilidad sobre la manera en que se implementa el proceso judicial. Al llevar a cabo las medidas necesarias para reducir las barreras en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, la institución aplicó los principios de las Reglas de Brasilia y facilitó la accesibilidad de las personas con discapacidad en los actos judiciales que realizó, particularmente en aquellos que ordenó que se reencaucen hacia la garantía de sistemas de apoyo y salvaguardias.

La sentencia supone una instrucción de vanguardia que brinda los primeros pasos para permitir, por un lado, (re)construir un sistema de justicia inclusivo; por otro lado, propone pasos para garantizar la dignidad de la persona con discapacidad que se amparó no solo durante el procedimiento, sino a futuro, a través de un sistema de apoyo que se debe edificar para él, con la finalidad de que pueda vivir y ejercer sus derechos de manera autónoma y con dignidad.

5. Conclusiones

Con respecto a las Reglas de Brasilia y el Amparo en Revisión n.º 1368/2015, se destaca la importancia de la capacitación judicial en derechos humanos, de acuerdo con el contexto y las intersecciones sobre derechos de las personas con discapacidad.

La especialización y la actualización profesional son indispensables para optimizar y perfeccionar conocimientos, habilidades y actitudes, toda vez que son necesarios para que los operadores jurídicos, los jueces y las juezas, y demás servidores públicos conozcan y desarrollen herramientas para (re)construir los sistemas desde una perspectiva inclusiva, en relación con la obligación del trato igualitario.

En esa línea, es imperioso que los recursos humanos, materiales y presupuestales sean asignados para ello. Las acciones de política pública que se lleven a cabo en ese sentido brindarán nuevas fortalezas

y legitimidad a las decisiones judiciales, fortaleciendo con ello los sistemas de justicia. En caso contrario, estos últimos no solo estarán imposibilitados para la justicia, sino que anularán a las personas en el proceso.

Por lo tanto, las Reglas de Brasilia son una guía y encarnan el autoanálisis que todos los sistemas judiciales tienen que efectuar sobre su operación, con la finalidad de responder, sobre la base de los derechos humanos, a la diversidad de las personas.

El reto es enorme, pues, además de la perspectiva de discapacidad, las estructuras judiciales necesitan incorporar una perspectiva de género y, a su vez, considerar las desigualdades étnico-raciales, de edad, preferencia, diversidad sexual, pobreza y condiciones de salud, entre otras. En suma, afrontarlo es indispensable, dado que rendirse a la injusticia jamás debe ser la opción.

Referencias

Arzate, J. (2019). Reseña del Amparo en Revisión n.º 159/2013. Modelo social de discapacidad. Directrices para la interpretación del estado de interdicción en el Distrito Federal (actualmente Ciudad de México). *Reseñas Argumentativas del Pleno y de las Salas*. Recuperado de https://www.supremacorte.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2019-07/res-AZLL-0159-13.pdf

Cojocariu, C. (10 de mayo de 2017). A. M. V. v. Finland: Independent Living, a Bridge Too Far for the European Court of Human Rights. *Strasbourg observers*. Recuperado de https://strasbourgobservers.com/2017/05/10/a-m-v-v-finland-independent-living-a-bridge-too-far-for-the-european-court-of-human-rights/

Consejo de Derechos Humanos (2016). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad (A/HRC/34/58). Recuperado de https://undocs.org/es/A/HRC/34/58

Corte Europea de Derechos Humanos (2017). Case of A. M. V. v. Finland. Estrasburgo: 26 de junio de 2017. Recuperado de http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172134

Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Brasilia: 4, 5 y 6 de marzo de 2008. Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf

Jarab, J. (12 de marzo de 2019). Interdicción: una paradoja. *La Jornada*. Recuperado de https://www.jornada.com.mx/2019/03/12/opinion/017a2pol

Nájera, E. (2016). Una aproximación al problema del sujeto femenino a través del debate Butler-Žižek. *Eikasia*. *Revista de Filosofía* (70), 121-138. Recuperado de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/56227/1/2016_Najera_Eikasia.pdf

Núñez, A. (2017). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad, interpretaciones de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al primer párrafo del artículo 8 de la ley de amparo en México. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos, 1*(1), 187-205. Recuperado de http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/41

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2013). Amparo en Revisión n.º 159/2013. Ciudad de México: 16 de octubre de 2013. Recuperado de http://juristadelfuturo.org/wp-content/uploads/2019/04/AMPARO-EN-REVISI%C3%93N-159-2013-juristadelfuturo-org.pdf

_____ (2014). Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de las personas con discapacidad. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado de http://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/igualdadgenero/contenido/protocolos/protocolo3.pdf

_____ (2019). Amparo en Revisión n.º 1360/2015. Sentencia en lectura fácil. Ciudad de México: 13 de marzo de 2019. Recuperado de https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-02/AR-1368-2015-190212.pdf

La interculturalidad como filosofía, criterio de interpretación y metodología en la formación judicial de México

Manuel Gustavo Ocampo Muñoa
Instituto de Investigaciones Jurídicas, México
manuel.ocampo@iij-unach.mx

1. Introducción

El objetivo del presente trabajo es demostrar que, en escenarios de diversidad cultural, la formación judicial, instaurada por el Poder Judicial de la Federación en México y las entidades federativas, como es el caso de Chiapas, debe incluir elementos relacionados con la interculturalidad y el pluralismo jurídico, con la finalidad de que sus resoluciones estimen una pertinencia cultural y diseñen buenas prácticas vinculadas con el derecho de acceso a la justicia de los pueblos originarios.

En ese contexto, la reorganización de la carrera judicial y las estrategias de capacitación es un papel fundamental para incluir aspectos relativos a las complejidades que el tema plantea a los(as) funcionarios(as) judiciales. Así, el proyecto de un eje transversal en los programas de formación judicial que aporte competencias para la convivencia en la diversidad, basándose en la enseñanza del enfoque intercultural, propicia un aprendizaje integral de la ciencia del derecho y las buenas prácticas en solución de conflictos judiciales.

Con fines didácticos, el ensayo se divide en cinco apartados; el primero corresponde a esta introducción y los restantes al desarrollo del argumento central. En la sección «Breve referencia a la interculturalidad en el constitucionalismo mexicano», se describe el origen y la evolución de la perspectiva intercultural en el sistema jurídico de México, con especial énfasis en el reconocimiento de los derechos

colectivos y sus mecanismos de protección. A partir de ello, se identifican algunos elementos indispensables en escenarios de diversidad cultural, puesto que impactan en temas relativos a la interculturalidad y el acceso a la justicia.

Como metodología en la formación judicial, se considera el contexto del Estado de Chiapas para justificar la pertinencia de incluir en la formación judicial algunos aspectos de la interculturalidad que permiten entender la diversidad cultural. Se alude también a la necesidad de implementar modelos didácticos sobre los desafíos relacionados con la pluralidad cultural, con el objetivo de que este enfoque sea el artífice de una nueva forma de construcción del conocimiento jurídico, fundamentado en el respeto a las diferencias. Asimismo, se analizan los requerimientos para trazar un eje transversal intercultural y el desafío que representa su incorporación, de manera que desarrolle la convivencia en las diferentes culturas.

2. Breve referencia a la interculturalidad en el constitucionalismo mexicano

El enfoque intercultural del derecho se entiende de la siguiente manera:

> es un artífice de la convivencia en la diversidad que, mediante el respeto a las diferencias y al conocimiento de los saberes diversos y la cosmovisión de los pueblos originarios, construye de forma diferente a la orientación occidental, ciencia jurídica, la cual puede incidir en la construcción de ciudadanía (Ocampo, 2017, p. 154).

Para una mejor comprensión del papel de la interculturalidad en el acceso a la justicia de los pueblos originarios en México, y su incorporación en la formación judicial, es pertinente determinar, brevemente, los conceptos y hechos que han impactado en el derecho constitucional mexicano, así como en los criterios de atención de acceso a la justicia de las minorías vulnerables.

En esa línea, es oportuno considerar que las comunidades indígenas en México, durante la última década del siglo XX, reclamaron el reconocimiento de su existencia como sujetos de derecho. Es decir, para ser incorporados en las políticas públicas no como parte de un grupo vulnerable, sino como un sector que participa activamente en la planificación nacional y la elaboración de estrategias desde su cosmovisión, bajo un esquema de respeto a su condición política, sus formas de gobierno, su administración de justicia y sus culturas, con perspectiva de intervención en todos los niveles del Estado.

En relación con lo anterior, los movimientos sociales como el originado en Chiapas, en 1994, por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) dan cuenta de ello. Dicha insurgencia configura, entre otros aspectos, una síntesis entre las demandas indígenas, el diseño de una nueva estructura política y la protesta hacia la imposición de una orden económica internacional; en adición, pretendía ser una alternativa válida y atractiva a una medida sin violencia, en la que los indígenas de México podrían concretar autónomamente sus planes de vida.

El EZLN hizo visible a escala internacional la diversidad cultural del país y, en especial, la situación de exclusión de los pueblos originarios de Chiapas. Ello trajo como consecuencia las acciones gubernamentales encaminadas a brindar protección a estos colectivos; sin embargo, veintiséis años después no garantizan el acceso a la justicia.

La dificultad del acceso a la justicia en estos escenarios donde predomina la imposición de solo un sistema jurídico y un orden jurídico, el denominado oficial, con prácticas de un modelo de Estado monista y antidemocrático, radica en que las instituciones jurídico-políticas no representan ni expresan la realidad plural. Por tanto, se excluye a los pueblos indígenas, así como también ocultan, reprimen u omiten sus manifestaciones de diversidad cultural, lingüística, religiosa y normativa (Valle, 2002).

Ahora bien, desde el enfoque intercultural, el acceso a la justicia en México debe incluir componentes que aseguren el respeto a los sistemas normativos indígenas en áreas geográficas distintas. Entre otros elementos indispensables se encuentran la existencia de órganos, generalmente pluripersonales, en cada pueblo y comunidad indígena,

con facultades distinguidas por sus propios integrantes; reglas de conducta de cumplimiento obligatorio asumidas con un considerable grado de consenso por los integrantes de la población; normas de coacción y sistema de sanciones, cuyo objetivo es reintegrar a la colectividad al individuo transgresor, medidas relacionadas con su naturaleza oral, conformadas por principios generales sobre los que se resuelven conflictos concretos (Gómez, 2000).

Para la adecuada ejecución de esos mecanismos se requiere la coordinación de los sistemas normativos que operan dentro del Estado. Este intercambio entre distintos saberes es posible a través de la incorporación de la interculturalidad, como un principio y una filosofía que se sustenta en el respeto, la legitimidad mutua, el equilibrio y la igualdad en la diversidad. En ese contexto, se concibe como un proceso que, bajo la premisa de la igualdad de culturas y la presencia de los pueblos indígenas en la estructura estatal y sus diversas instituciones, permite la conjunción de lógicas, saberes prácticos, perspectivas, seres y vida. Sin embargo, el vínculo entre los dos sistemas no es sencillo, puesto que ingresan elementos, además de culturales y materiales, parar propiciar una aceptable coordinación entre ambos, sin que ninguno quede relegado frente al otro, y con apego al marco jurídico de resguardo de los derechos humanos (Walsh, 2008). En ese sentido, al ser los pueblos indígenas portadores de otra cosmovisión y conceptos distintos, colaboran con la ampliación de las nociones establecidas por los derechos humanos. Así, nuestra concepción está marcada por la diversidad cultural.

En ese escenario, uno de los derechos colectivos de mayor impacto para los pueblos originarios de México es el acceso a la justicia, junto al respeto de sus diferencias culturales, el mismo que nace de la plurinacionalidad. Las implicaciones son traducidas en un nuevo tipo de institucionalidad estatal, debido a una nueva organización territorial, la democracia intercultural, el pluralismo jurídico, la interculturalidad, las políticas públicas de nuevo tipo, los nuevos criterios de gestión pública, de participación ciudadana, de servicio y de servidores públicos. Se trata de un desafío a las premisas del Estado moderno (Santos, 2010).

A partir de la ratificación que realiza el país, el 3 de agosto de 1990, y el registro del 4 de septiembre del mismo año, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), inicia un periodo de inclusión en el sistema jurídico mexicano, que se configura con la reforma del párrafo primero del artículo cuarto de la Constitución, formalizada el 28 de enero de 1992, que atendió el vacío constitucional sobre los derechos indígenas, e identificó los derechos como la libre determinación en materia política (Gómez, 2011).

En esa línea, la reforma es la primera referencia constitucional hacia la composición pluricultural del Estado y la existencia de los pueblos indígenas, que, aunque no desarrolla los derechos colectivos que reconoce al dejar esa actividad a la legislación ordinaria, es un intento de pluralismo. En ese orden de ideas, es oportuno comentar que la modificación probablemente obedeció al contexto de la política exterior de México en aquella época, donde se destacaba por firmar los convenios y las declaraciones internacionales, siempre y cuando no implicase un compromiso real; es decir, una política exterior de simulación. De ese modo, es una perspectiva indigenista, dado que solo refiere a algunos derechos culturales. El único reconocimiento específico fue en materia agraria (Sámano, 2001).

En 2001 se incorporó otra transformación constitucional, que recae fundamentalmente en el artículo segundo de la carta magna. En ese precepto, se definen las reglas explícitas del constitucionalismo mexicano, en relación con los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Además, se parte de la premisa de que el país es único e indivisible, porque prohíbe la discriminación, ya sea motivada por el origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra situación que perjudique la dignidad humana. Cabe mencionar que esta negativa no define la discriminación como el elemento subjetivo del propósito de atentar contra la dignidad humana, o bien atenta contra los derechos y las libertades de las personas. Tampoco puntualiza lo que se comprende por los pueblos indígenas, y solo establece algunas de las características que deben contar para ser mencionadas como tales. Dichas particularidades son determinadas a partir del Convenio

169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

De otro lado, se alude a otro párrafo del tratado, que aborda la conciencia de identidad indígena como criterio fundamental para establecer a quiénes se aplican las disposiciones. Es pertinente aclarar que, en la actualidad, el criterio aceptado es el cultural, también referido como la autoadscripción. Significa, entonces, que una persona es indígena si acepta su pertenencia a un pueblo originario, se identifica con su cultura, actúa conforme a esta, y la comunidad la reconoce como parte de él.

La reforma constitucional, a pesar de que hace referencia a las comunidades, no las define de manera clara, y proporciona las características mínimas que estas reúnen, identificándolas como aquellas que conforman una unidad social, económica y cultural en un territorio, y deciden sobre sus autoridades propias, de acuerdo con sus usos y costumbres.

Un aspecto de vital importancia es el artículo segundo constitucional, que trata sobre el derecho de ejercicio de la autonomía y el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derechos. Asimismo, señala que el derecho a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía, que asegure la unidad nacional; en otras palabras, no fija el derecho de los pueblos originarios a la libre determinación, sino la forma en que se emplea. Por ello, solo se ejerce como autonomía. En lo relativo a lo anterior, se dispone que las entidades federativas que integran el Estado mexicano y su orden jurídico los reconozcan de manera específica y que establezcan criterios para identificar a los pueblos y comunidades indígenas que podrían ser titulares de derechos.

En efecto, las constituciones y leyes de las entidades federativas observan las características de libre determinación y autonomía de las situaciones de este sector. Desafortunadamente, la mayoría de los Estados no hicieron uso de su competencia constitucional, y se limitaron a repetir las facultades contenidas en la carta magna; por consiguiente, los derechos se restringieron. Por ese motivo, se anula la posibilidad de que formen parte de las estructuras del país, ya que el documento constitucional los considera como entidades de interés público. Es decir, gozan de protección mediante la intervención directa

y permanente del Estado, pero no como sujetos de derecho público (Cornejo, 1991). Por tanto, al carecer de patrimonio propio y régimen jurídico específico, este sector no tiene una autonomía plena, pues el reconocimiento estatal de estos dos elementos es fundamental (Acosta, 2000).

La modificación de la Constitución crea un apartado b para el artículo segundo. En su primer párrafo prescribe la reforma institucional del Estado en sus tres niveles gubernamentales. En esa línea, sostiene que tanto el Gobierno federal como los estatales y los municipales diseñen instituciones específicas acerca de la problemática indígena, junto con sus representantes. Su gran objetivo es llevar a cabo las políticas que aseguren los derechos de la carta magna. En adición, cumplir en la práctica, así como en el desarrollo integral de los pueblos y comunidades.

Entre los lineamientos de las políticas públicas, se menciona que «impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno, con la participación de las comunidades» (art. 2, apdo. b, párr. 1).

En materia de salud, se propone que los planes y programas incorporen acciones para garantizar el acceso efectivo a los servicios de salud, a través de la ampliación de la cobertura del sistema nacional, y que se aproveche la medicina tradicional. También apoyar la nutrición de los indígenas con proyectos de alimentación, en especial para la población infantil.

En cuanto al financiamiento público, se contempla la exigencia de incorporar:

> mecanismos para mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos (art. 2, apdo. a, párr. 4).

En ese aspecto, se propicia la incorporación de las mujeres indígenas para el desarrollo, con la ayuda de los proyectos productivos, la

protección de su salud, los estímulos para favorecer su educación y su participación en las decisiones relacionadas con la vida comunitaria.

En cuanto a los derechos colectivos de los pueblos originarios, «se reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía» (art. 2, apdo. a, párr. 1). Al respecto, la fracción primera del artículo segundo de la Constitución afirma que, como parte de su autonomía, las comunidades originarias tienen derecho a decidir sus formas internas de convivencia y organización en los niveles sociales, económicos, políticos y culturales. Asimismo, se confirma su derecho para elegir libremente su vida interna política, económica y cultural. En el ámbito político, existen las condiciones para que dispongan su representación bajo los sistemas de cargos, con principales y el consejo de ancianos. En lo económico, se recurre al tequio u otras reglas para el usufructo de bienes comunes y su distribución. En lo cultural, se respetan las decisiones de las mayordomías, por ejemplo, las juntas de festejos.

Otro de los derechos es aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y la solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de la Constitución, con el respeto a las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad y la integridad de las mujeres.

En sintonía con ello, la misma norma dispone algunas condiciones para que sea ejercido por sus titulares; entre ellas que la aplicación se sujete a la carta magna; además, agrega que:

> respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes (art. 2, apdo. a, párr. 2).

El tercer derecho consiste en «elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno» (art. 2, apdo. a, párr. 3). En esa línea, se asegura también la intervención de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal, la soberanía de los Estados y los

derechos humanos. De esa manera, surgen las reglas sobre los sistemas normativos internos, que sirven de referencia a esta investigación, y se constituyen como la base del derecho electoral indígena.

En la parte sustancial, la norma es clara cuando se manifiesta acerca de que los pueblos indígenas ejerzan sus formas propias de gobierno interno. No obstante, no sucede con el procedimiento a seguir, pues solo se dispone que se incline hacia las prácticas tradicionales de la comunidad indígena. Ello desencadena confusión, dado que nos ubica ante una expresión que admite muchos significados. Tampoco es precisa sobre si siempre elegirán a sus autoridades por otra vía.

El cuarto derecho propone preservar sus lenguas, conocimientos y los elementos que constituyan su identidad. Se trata de un precepto que posibilita realizar acciones que conserven su cosmovisión, sin explicar el procedimiento y ninguna obligación del Estado. Lo anterior se complica incluso más si observamos que el derecho a proteger su cultura es un concepto bastante ambiguo (Stavenhagen, 2000). Los derechos a la cultura y la diferencia cultural son reconocidos, así como el derecho de cada pueblo indígena a mantener la suya.

Otro derecho colectivo afirma lo siguiente:

> acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución (art. 2, inc. a, párr. 6).

Por ello, las comunidades se asocian cuando respetan las formas y modalidades de la propiedad de la tierra, que, de acuerdo con el artículo 27, son las propiedades privada, pública y social, también los derechos de sus terceros e integrantes.

De otro lado, la reforma contiene dos disposiciones acerca de los recursos naturales y los pueblos indígenas: una garantiza la protección especial de sus tierras, y otra asegura el derecho para aprovechar sus recursos naturales. Uno de estos derechos consiste en elegir, en

los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos. Se refiere, además, a espacios conformados por miembros indígenas que numéricamente son minoritarios al resto de la población municipal.

La fracción séptima señala que las constituciones y leyes de las entidades federativas regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación política según sus tradiciones y normas internas.

Uno de los aspectos a organizar y controlar es el tipo de comisionado para sus funciones, pues en caso contrario no sabría sus labores. De ese modo, sucedería lo mismo que en algunos Estados. Por ejemplo, el Código Electoral de Puebla determina de manera ambigua el derecho de las comunidades indígenas a decidir autoridades por usos y costumbres, pero no expresa el cargo y sus funciones; igualmente, la Ley Orgánica de Administración Municipal de Sonora, de 1992, fija que los pueblos indígenas pueden seleccionar un regidor étnico, pero no declara las tareas del encargado. Una situación similar se encuentra en la Ley de derechos de los pueblos y comunidades indígenas del Estado de Oaxaca, de 1998, que decreta que los indígenas en minoría de un municipio nombren a sus representantes, sin especificar sus facultades.

Además, un elemento importante es el derecho al acceso a la jurisdicción del Estado. Se presenta cuando se comete una infracción del orden jurídico y las comunidades carecen de jurisdicción o competencia para resolver el asunto; por ese motivo, los tribunales estatales tendrán que juzgarlo. En ese contexto, la Constitución faculta que los indígenas accedan plenamente a la jurisdicción del Estado. Sin embargo, es un postulado ideal más que la protección de un derecho específico.

En el caso de las especificidades culturales pueden tener un efecto, sobre todo en materia penal, para constituir una hipótesis de error de prohibición, donde, según sus sistemas normativos, los indígenas consideran una conducta lícita, mientras que la ley la tipifica como delictiva. En consecuencia, hay una contradicción. En estos casos, sí es relevante la diferencia cultural; por ello, es necesario recurrir a los peritajes culturales.

En esa línea, se reconoce el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores con conocimiento de su lengua y cultura. Se eleva también a rango constitucional el derecho al intérprete reconocido en la legislación secundaria, sobre todo en materia penal y agraria, y solo en algunos casos para todo tipo de juicio. Cabe señalar que para el caso de los defensores es un derecho para todos los mexicanos; sin embargo, se enfatiza para que no solo tengan un protector, sino que este conozca su cosmovisión. Además no se limita a los indígenas que no hablen el español sino a cualquiera de ellos, aunque lo hable y quiera que las diligencias se desarrollen en su lengua (art. 20).

En esa línea, el artículo 18 incorporó el derecho de los sentenciados, con la finalidad de que, en los casos y condiciones que establezca la ley, purguen sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio. Por consiguiente, se propicia su reintegración a la comunidad como una forma de readaptación social.

De otro lado, en el artículo 115, en el último párrafo de la fracción tercera, las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la norma.

Bajo esa perspectiva, la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, si bien reconoce la existencia de pueblos y comunidades indígenas como parte integrante de la nación, mantiene el monismo jurídico al considerarse como única e indivisible[1].

---

1 El artículo 2 señala que «la nación mexicana es única e indivisible. La nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser un criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico».

3. Componentes del pluralismo jurídico y el acceso a la justicia en México

A partir del análisis del texto constitucional mexicano, se advierte la presencia de un pluralismo jurídico formal. Es decir, se admiten los derechos colectivos a los pueblos indígenas, y se aceptan sus sistemas normativos internos, siempre y cuando sean aprobados por el orden jurídico vigente de cada entidad federativa. Además, estos no tienen que incorporar prácticas contrarias a los derechos humanos.

En ese sentido, es válido afirmar que el ejercicio del derecho indígena en México está limitado por el respeto a los derechos humanos. Cabe preguntar, entonces, a cuáles refiere la Constitución, pues existen posiciones con una concepción universalista de tales derechos, es una visión occidental. Si se quiere respetar el sistema de justicia indígena, se tiene que hacer lo mismo con el criterio sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas. En otras palabras, la falsa universalidad de los valores de una cultura particular, como podría ser la occidental, puede traducirse en una imposición o una dominación (Cabedo, 2004). Los sistemas jurídicos indígenas son válidos e iguales a cualquier otro, así como sus autoridades y resoluciones, independientemente de que coincidan o no con las autoridades y el conjunto de las resoluciones del sistema jurídico oficial (Correas, 2007).

En el contexto nacional, existen tantos sistemas normativos internos, ya que, en comunidades concretas, se caracterizan por sus propias circunstancias culturales (González, 2002). Este derecho tiene su fuente principal en la costumbre, generalmente oral, y está basado en la forma en que cada grupo o persona entiende y explica el mundo; para ello, crea valores, actitudes y creencias que los determinan. De este modo, surge como un producto cultural para proteger los valores y la sociedad.

Ahora bien, los derechos humanos se fundamentan en la dignidad de la persona, por tal motivo, cuentan con facultades, prerrogativas y libertades por el simple hecho de serlo. Asimismo, sus valores deben ser primordialmente relevantes en todas las culturas; de esta manera, es correcta la afirmación sobre el límite del ejercicio del derecho

indígena. Sin embargo, la aseveración no es categórica y cerrada, toda vez que, dentro de ese resguardo, hay matices en las culturas. Para preservar los derechos de las minorías étnicas, es preciso admitir la presencia de bienes valiosos que no siempre pueden ser traducidos en bienes individuales (Cabedo, 2004).

En esa línea, se propone que:

> la idea difundida de que los sistemas normativos indígenas son a priori violatorios de los derechos humanos suele ser un prejuicio discriminatorio que no parte del análisis jurídico ponderado, sino de casos aislados con frecuencia asociados al descontrol que causa su falta de reconocimiento en comunidades específicas (Martínez et al., 2012, p. 39).

La democracia, el pluralismo jurídico y los derechos humanos pueden funcionar de manera armonizada en las sociedades latinoamericanas, en específico en el Estado mexicano. Además, según la Constitución, se generan las reglas de esa relación y los criterios de flexibilidad que sean necesarios.

De otro lado, se afirma también que:

> el enfoque jurídico monista hace que los administradores de justicia estatales perciban a las autoridades indígenas como adversarios o violadores del derecho en lugar de percibirlos como pares, o incluso aliados de un sistema jurídico pluralista que permite mantener la institucionalidad, el orden y la convivencia social dentro de los respectivos países, particularmente en regiones de diversidad étnica (Martínez et al., 2012, p. 39).

En el ejercicio de la jurisdicción indígena, desde la perspectiva de los derechos humanos, la autonomía indígena se ejerce libremente, sin más limitante que el respeto. Para armonizarlos con las normas indígenas, se hacen interpretaciones contextualizadas de los valores que salvaguardan los derechos humanos y aquellos que son protegidos por sus leyes. En adición, se sostiene que:

> Estas interpretaciones jurídicas deben sostener, en el caso concreto, si en efecto hay una contraposición entre los derechos fundamentales y la norma indígena. La violación a los derechos se puede dar por abusos de la autoridad indígena, lo cual implica sanción directa, o bien porque actuando conforme a sus sistemas normativos, la autoridad está violando principios de derechos humanos. En ese aspecto, se debe establecer un diálogo intercultural que permita a las autonomías indígenas reformar sus sistemas normativos a fin de dar a sus individuos las mejores condiciones de vida dentro de sus contextos específicos, sin renunciar a sus propias concepciones de vida buena y a las necesidades de esa colectividad para reproducirse y ser viables. La discusión sobre la compatibilidad entre los sistemas normativos indígenas y los derechos humanos reconocidos internacional y nacionalmente, debe siempre presentarse en el marco del diálogo y respeto. Esta discusión abierta no significa negar la importancia de los derechos humanos como un referente que permita cuestionar prácticas que afectan a la dignidad humana, particularmente la de las mujeres (Martínez et al., 2012, p. 39).

Ahora bien, en relación con la jurisdicción indígena en México, la Constitución retoma brevemente la Iniciativa de la Comisión de Concordia y Pacificación (Cocopa) y los Acuerdos de San Andrés Larráinzar (ASAL), tras señalar que las comunidades indígenas tienen derecho a la autonomía para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y la solución de sus conflictos internos, siempre y cuando se respeten los principios constitucionales, los derechos humanos y la dignidad de las mujeres.

Los Acuerdos de San Andrés se comprometían al reconocimiento de espacios jurisdiccionales de las autoridades designadas en el seno de las comunidades indígenas y los municipios, a partir de una nueva distribución de competencias del fuero estatal, con la finalidad de que dichas autoridades estuvieran en aptitud de dirimir las controversias internas de convivencia, cuyo conocimiento implica una mejor impartición de justicia.

En relación con lo anterior, en el sistema jurídico mexicano, el efectivo acceso a la justicia indígena se traduce en: a) el respeto al ejercicio de la jurisdicción indígena, b) que dentro de su comunidad las personas

indígenas puedan acceder en igualdad de oportunidades a las autoridades tradicionales para la resolución de un conflicto, y la decisión sea igual que la del Estado, producto de un juicio justo, donde se consideren las particularidades del sistema respectivo.

En ese panorama indígena, existen distintos componentes del derecho de acceso a la justicia o el derecho de acceder plenamente a la jurisdicción del Estado[2]. La garantía de acceder de manera efectiva a la jurisdicción del Estado contempla la protección de todos los derechos sustantivos y procesales para que un indígena esté en igualdad de condiciones ante la justicia. En ese sentido, está específicamente establecido en la Constitución mexicana que, en los juicios o procedimientos frente al Estado, las personas cuentan con el derecho a ser asistidas por intérpretes y defensores con conocimiento de su lengua y cultura.

Además, en el caso de que una persona o una colectividad indígena esté involucrada en un juicio o un procedimiento con el Estado, tiene derecho a que se consideren, por la autoridad correspondiente, los usos, las costumbres[3] y las normas indígenas[4].

---

2 Esta perspectiva se encuentra en el segundo artículo de la Constitución, donde se emplea el lenguaje de los ASAL y la Iniciativa de la Cocopa.

3 El artículo 2, apartado a, fracción VIII, de la Constitución emplea el término «costumbres y especificidades culturales». Esta reducción es similar a la que establecía la Iniciativa de la Cocopa como propuesta de reforma constitucional en materia de acceso a la justicia, ya que señalaba que debían tomarse en cuenta las «prácticas jurídicas y especificidades culturales» de los pueblos indígenas (art. 4, párr. 6). En este informe, se emplea el término «costumbre», puesto que abarca las acciones o formas de realizarlas que, repetidas regularmente por la colectividad, adquieren en esta fuerza de derecho, además del conjunto de cualidades, inclinaciones y modos de proceder que son distintivos de una persona, colectividad, pueblo o nación.

4 El Convenio 169 OIT expresa que «Al aplicar [los Estados] la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario» (art. 8, párr. 1). Sin embargo, el término «normas» es más genérico y puede abarcar tanto el derecho que proviene de la costumbre, es decir, el derecho consuetudinario (que normalmente es oral, pero puede materializarse en resoluciones o actas escritas), como las normas de carácter más bien sociológico o cultural. Para propósitos del presente artículo, el término «normas» se refiere a la naturaleza normativa del derecho, pero que puede manifestarse en formas diferentes que la escritura.

La obligación de tomar en cuenta los usos, las costumbres y las normas indígenas se ha expresado de diversas maneras para su aplicación práctica en los procesos judiciales. A manera de ejemplo, una de las formas de hacer efectiva la garantía de acceso a la justicia es la aplicación del derecho a penas alternativas a la de prisión, según el Convenio 169 OIT. Este derecho parte del reconocimiento del principio indígena de justicia restaurativa y las prácticas de los pueblos en la resolución de conflictos a los que ya se hizo referencia.

Con respecto a la violencia, la impunidad y el acceso a la justicia en México, el Informe de la Relatora Especial sobre derechos de los pueblos indígenas, entre otros aspectos, concluye que es necesario desarrollar medidas de protección colectivas y culturalmente adecuadas para individuos indígenas en situaciones de riesgo por la defensa de sus derechos; asimismo, incorpora disposiciones de protección frente al crimen organizado y los grupos armados en regiones indígenas, que incluye una coordinación con instituciones, policías comunitarias indígenas u otras similares. De igual manera, fuerza el reconocimiento de los sistemas de justicia indígenas, como juzgados, policías comunitarias, así como también otras formas de prevención, protección y resolución de conflictos. Además, apoya con los recursos adecuados; en adición, los programas gubernamentales de acceso a la justicia, dirigidos a indígenas ante el sistema de justicia, se fortalecen de suficientes recursos (Consejo de Derechos Humanos, 2018).

En ese orden de ideas, el Consejo de Derechos Humanos (2005) sugiere que se brinde mayor atención a la protección de tierras, territorios y recursos naturales en megaproyectos, conflictos agrarios, casos de contaminación y afectación a la salud. Es necesario agilizar las investigaciones y sanciones penales de personas responsables de amenazas, agresiones y asesinatos de indígenas defensores de derechos humanos, incluso los delitos cometidos por agentes policiales y militares contra ellos. Sus procesos se llevarán a cabo en el fuero civil, contribuyendo así a las garantías de no repetición. También es oportuno desmantelar, desarmar y sancionar a grupos paramilitares que cometen violaciones de derechos humanos en este sector social.

En sintonía con ello, algunos especialistas establecen que si bien es cierto el reconocimiento de los usos y costumbres políticos es hoy día un derecho en sí mismo, genera nuevos desafíos sobre la resolución de los casos en que los habitantes de un municipio gobernado no están de acuerdo sobre la naturaleza de sus tradiciones. En esa circunstancia, se cuenta con dos alternativas, la primera es una norma positiva para manejar los casos, y la segunda es solucionar precisamente según los usos y costumbres (Assies, Van der Haar y Hoekema, 2002).

Las diversidades descritas generan que los(as) operadores(as) del sistema de justicia en México cuenten con habilidades y competencias vinculadas a dichos escenarios, principalmente en las entidades federativas con notable presencia de pueblos originarios, como los casos de Guerrero, Oaxaca y Chiapas.

4. La interculturalidad como metodología en la formación judicial en México

Con lo expuesto hasta este momento se advierte, en las primeras décadas del siglo XXI, el avance sobre el reconocimiento formal de los derechos de los pueblos indígenas en México. Existe una conceptualización definida del derecho a la jurisdicción indígena a aplicarse en el seno de las propias comunidades, como ejercicio de la libre determinación y la autonomía como sujetos colectivos. Asimismo, se ha articulado normativamente el derecho a que sean considerados sus usos, costumbres y normas en juicios ante el Estado, como derecho a ser respetados; en adición, que se procure sus relaciones con las autoridades y los órganos oficiales del derecho positivo común mexicano, que incluye también implicaciones procesales específicas (Estrada, 2018).

Es posible, entonces, una metodología intercultural que se aplique en la formación judicial, ya que se consideran criterios e instrumentos internacionales sobre todo en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos. También se señala que los pueblos indígenas, en

especial, las mujeres y las niñas sufren condiciones de discriminación y vulneración agravadas que requieren ser escuchadas a nivel estructural e individual por el juzgador o la juzgadora del caso concreto.

De igual manera, es viable estudiar los vacíos normativos que se observan, además de distintos obstáculos para la realización práctica de los derechos indígenas reconocidos internacionalmente, en particular, el derecho de acceso a la justicia. En ese sentido, las interpretaciones destinadas a lograr avances significativos aseguran el respeto a los derechos universales internacionalmente decretados como mínimos indispensables para la convivencia pacífica y justa. En adición, proporcionan un entendimiento intercultural de los derechos humanos, desde el reconocimiento humilde de que ninguna cultura se agota en sí misma y la diversidad enriquece a las personas, las sociedades y los sistemas de derecho.

En el caso del Poder Judicial de la Federación y de las entidades federativas en México, lo anterior se puede alcanzar mediante el fortalecimiento de la carrera judicial, la misma que se asocia fundamentalmente a la idea de permanencia o continuidad en la función de juzgar, o con los nombramientos para desempeñar los cargos judiciales que tengan el carácter de definitivos (Flores, 1960). Entre las características específicas de esta actividad, se advierte el requerimiento de una profesión jurídica especializada y formar un cuerpo también con conocimientos propios de la actividad jurisdiccional (Becerra, 1980).

En consecuencia, se afirma, en términos generales, que aquellas y aquellos que forman parte de la carrera judicial acreditan las cualidades que la ley exige para el rol que les corresponda en el organigrama de la institución. En 1994, dicha profesión se elevó a rango constitucional, con la reforma del artículo 100 de la Constitución, donde la norma fija las bases para educar y actualizar a los funcionarios judiciales, así como para desarrollarse según los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia.

Ahora bien, en el caso de municipios con población es indispensable que los(as) operadores(as) judiciales consideren el contexto histórico, político, social y jurídico de esta en sus resoluciones, pues una de las problemáticas es la inexistencia de una legislación

secundaria que describa una jurisdicción indígena o remita a los sistemas normativos internos de dichos pueblos; por ello, aún se percibe un clima de violación a sus derechos colectivos.

En esa línea, se propone que:

> es el caso del derecho a la autodeterminación que plantea la Constitución Federal y que ha sido objeto de una lucha generacional en toda América Latina. Para muestra, basta recordar que fue uno de los postulados de la declaración de la selva del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (Ocampo, 2018b, p. 10).

Es precisamente el Estado de Chiapas un escenario de diversidad cultural en el que constantemente el derecho de acceso a la justicia se entrelaza con la interculturalidad; por ello, la Constitución chiapaneca señala que «el Código de Organización del Poder Judicial establecerá las bases del sistema institucional para la selección, la formación y la actualización de servidores públicos, así como para el desarrollo de la carrera judicial» (art. 72).

La carrera judicial, según la legislación chiapaneca, se presenta como un sistema donde los servidores públicos de carácter jurisdiccional ingresan y son promovidos a las diversas categorías del Poder Judicial. Además, busca que se permita al personal de carácter jurisdiccional acceder progresivamente por medio de la acumulación de méritos, la formación y la antigüedad, de acuerdo con el Reglamento de la Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Chiapas (art. 28). Asimismo, afirma que las categorías son las siguientes: «secretario actuario y secretario auxiliar; secretario de acuerdos y secretario proyectista; secretario general de acuerdos, secretario de estudio y cuenta y secretario técnico del consejo; juez de primera instancia; y, las demás categorías que determine el Consejo» (art. 29).

Un aspecto contemplado en la carrera judicial es la denominada formación judicial, que implica desarrollar los contenidos indispensables para toda persona que se dedique a la labor de jueza o juez, pues aunque el punto de partida es contar con estudios de licenciatura en Derecho, también el cargo requiere de habilidades y competencias especiales que el Poder Judicial, en el mejor de los casos, promueve

con cursos y talleres. En este punto, las universidades, por medio de la academia y la investigación, auxilian a los tribunales y brindan especialistas que asesoren a los(as) operadores(as) del sistema de justicia sobre las diversidades que pueden enfrentar en la práctica judicial.

En el Estado de Chiapas, la pertenencia de tres de cada diez habitantes a un pueblo indígena obliga a la autoridad judicial a escuchar las diferentes formas de ver, entender y vivir con sus miembros, pues la cultura, como el modo de vida de cualquier sociedad humana, se manifiesta en sus hábitos de acción y pensamiento.

Desde el ámbito jurídico, se asume la protección de las diferencias entre las personas, particularmente con el respeto a la diversidad cultural como requisito para la libre afirmación de la personalidad de cada individuo. La pretensión de igualdad de derechos va acompañada del reconocimiento de las diferencias reales que existen entre las personas y de las garantías necesarias para que todas tengan las mismas oportunidades en el ejercicio de sus derechos (Ferrajoli, 2002).

En sociedades con diversidad cultural, la atención del tema involucra al Estado y se convierte en un eje transversal de las políticas públicas. Así, en México se implementa el modelo de gestión denominado gobierno abierto, que es aplicable a la Administración pública en general y, en particular, el Poder Judicial diseña en áreas como la materia electoral y el modelo justicia abierta (Ocampo, 2018a). Este último se relaciona con la gobernanza, es decir, se trata de un marco teórico que integra diversas actividades vinculadas a la administración, junto a los mecanismos y sistemas para organizarlas.

Desde la teoría de las organizaciones, un modelo de gestión hace alusión al esquema o la representación teórica que lleva a término un proceso (Navarro, 2017). Asimismo, puede ser aplicado tanto en las empresas y los negocios privados como en la Administración pública. Los Estados se basan en ellos para desarrollar sus políticas y acciones, a fin de alcanzar sus objetivos. Sin embargo, el patrón que utilizan las organizaciones públicas es diferente al ámbito privado, mientras que el segundo se basa en la obtención de ganancias económicas, el primero busca concretar objetivos como el bienestar social de la población o el efectivo acceso a la justicia (Pérez, 2008).

La justicia abierta parte de la ideología del gobierno abierto que replantea la relación con la ciudadanía, con la finalidad de favorecer e impulsar la transparencia en los servicios, los procesos y la información gubernamentales, así como también en la participación ciudadana y la colaboración entre las instituciones públicas y la sociedad civil para atender nuevas demandas e ideas (Oszlak, 2013). Por tanto, se argumenta que la ciudadanía es el eje del servicio público de impartición de justicia y se atienden sus necesidades con propuestas creativas y accesibles que promuevan la transparencia con una visión colaborativa junto a otras instituciones.

Por lo expuesto, la carrera judicial no es ajena a este modelo de gestión que incentiva el acercamiento a la ciudadanía. Se necesita incluir la diversidad cultural en sus planes y programas de capacitación y formación, principalmente en entidades federativas con mayoría indígena.

En el caso del Estado de Chiapas, se sostiene que la inclusión es una exigencia en la formación judicial de temas sobre la diversidad cultural, a fin de cumplir con la obligación de acercamiento a la ciudadanía y garantizar el acceso a la justicia con pertinencia cultural.

Lo anterior se justifica, como ya se afirmó, del total de la población del Estado, que es de 5 217 908 habitantes, 1 706 017 son indígenas, que representan el 32.7 %[5]. En adición, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas protege de manera enunciativa, mas no limitativa, doce pueblos indígenas: Tseltal, Tsotsil, Chol, Zoque, Tojolabal, Mame, Kakchiquel, Lacandón, Mocho, Jacalteco, Chuj y Kanjobal.

En consecuencia, se elaboran las herramientas de apoyo a las juzgadoras y los juzgadores de la entidad, particularmente cuando resuelven controversias en escenarios de diversidad cultural, que les permitan elegir las medidas a adoptarse en cualquier proceso de impartición de justicia, en relación con los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, es decir, con pertinencia cultural.

---

5 Información obtenida a partir de los Censos de Población y Vivienda 2010, y la Encuesta Intercensal 2015, ambos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (2013, 2016).

Como prueba de esta necesidad es preciso mencionar que el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) (2017) publicó, en coordinación con la Fiscalía General del Estado de Chiapas, un protocolo de actuación de justicia intercultural que sistematiza una serie de prácticas oportunas para procurar los derechos humanos de las personas y las comunidades originarias.

En Chiapas, la formación judicial requiere de modelos didácticos que respondan a los conflictos en contextos de diversidad cultural. El enfoque intercultural es el artífice de una nueva forma de construcción del conocimiento jurídico, basado en el respeto a las diferencias, y proporciona nuevas herramientas que fortalecen el conocimiento interdisciplinario para enfrentar el fenómeno jurídico. Asimismo, incluir un eje transversal propiciaría la convivencia en la diversidad cultural, desde una perspectiva del respeto a la heterogeneidad, la interacción y el diálogo de los pueblos originarios. Así, se fortalece el reconocimiento de su identidad cultural, lo cual es una estrategia pertinente para resolver conflictos jurídicos en el contexto de los pueblos originarios de Chiapas.

Desde el paradigma sistémico de la complejidad, la docencia y la investigación jurídicas implican una visión integral de la realidad social; así, la construcción del derecho debe partir de la explicación de esta como un fenómeno de creación, aplicación y extinción social de sus instituciones, principios y contenidos (Morín, 2003). En la actualidad, el derecho se estudia con el resto de los sistemas de conocimiento existentes, en consecuencia, la docencia, la metodología y la investigación jurídicas necesitan ser interdisciplinarias (González, 2014).

Las actuales sociedades del conocimiento enfrentan situaciones multiculturales que requieren respuestas estratégicas ante los conflictos en la construcción de identidades diferenciadas. Así, en el derecho surge la interculturalidad como un modelo didáctico que desarrolla temas de ciudadanía y soluciona conflictos que puedan surgir en escenarios de diversidad cultural, a partir del respeto a la identidad cultural y la igualdad de oportunidades sociopolíticas y económicas.

La interculturalidad es entendida como el derecho a vivir en un entorno de riqueza cultural, de conocimiento recíproco y respeto

mutuo entre personas y grupos de distintos orígenes, lenguas, religiones y culturas. En esa línea, se presenta en lo jurídico como un discurso de diferentes acentos continentales, nacionales y regionales, también de sesgos disciplinarios de sus protagonistas, donde las identidades étnicas, las dinámicas migratorias y la diversidad cultural son temas que hoy día dan contenido a los derechos humanos, protegidos por la Constitución y las de las entidades federativas (Romero, 2011).

En la educación, de acuerdo con Arroyo (2000), el currículo intercultural se ha desarrollado dentro de los modelos que organizan la diversidad. Es una propuesta de enseñanza que busca fundamentalmente tres aspectos. En primer lugar, ofrecer respuesta a los conflictos detectados en contextos educativos multiculturales y erradicar toda práctica discriminatoria, segregacionista, excluyente o racista. En segundo lugar, propiciar una renovación de las estructuras y los significados en las relaciones humanas. En tercer lugar, cambiar toda la sociedad. Lo anterior es posible con la aplicación de métodos didácticos creativos que extienden el valor de la diversidad étnica.

A partir de la reforma del artículo 2 de la Constitución, se avanzó en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. De ese modo, las modificaciones correspondientes a las Constituciones estatales, la promulgación de la Ley General de los Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, la creación del Instituto Nacional de Pueblos Indígenas (INPI) y la Secretaría de Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas Residentes (SEPI) en la Ciudad de México, y la Secretaría para el Desarrollo Sustentable de los Pueblos Indígenas (SEDESPI), en Chiapas, son ejemplos de la importancia que la Administración pública ofrece a este sector.

En ese aspecto, se determinaron normas para la atención a los derechos colectivos, como es el caso del Protocolo de la Consulta Libre, Previa e Informada para el Proceso de Reforma Constitucional y Legal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Afromexicanos; además, en la reciente reforma educativa se ha incluido la interculturalidad como uno de sus elementos fundamentales y más novedosos. Esta normativa advierte la multiplicidad de tradiciones y expresiones

socioculturales, que enriquece el tránsito, el destino y el retorno de la migración nacional e internacional.

Un ámbito que merece especial énfasis es el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, en el que se cumple el derecho de las personas indígenas a ser asistidas siempre por un intérprete capacitado no solo en el conocimiento de su lengua materna, sino de su cultura.

Por las razones descritas, la transversalidad es una estrategia adecuada para el fin pretendido, dado que interrelaciona el sector educativo con la familia y la sociedad; también favorece la formación integral de los estudiantes y brinda un fundamento ético a la propia institución educativa. Se caracteriza, además, por ser globalizante «porque atraviesa, vincula y conecta muchas asignaturas del currículo, lo que la convierte en instrumento que recorre asignaturas y temas y cumple el objetivo de tener visión de conjunto» (Botero, 2006, p. 52).

El diseñar un eje transversal intercultural para incorporarlo a la carrera judicial requiere establecer competencias y conocimientos que «integren campos del ser, el saber, el hacer y el convivir a través de conceptos, procedimientos, valores y actitudes que orientan la enseñanza y el aprendizaje» (Botero, 2006, p. 52), particularmente hacia las fuentes mismas de los sistemas normativos de los pueblos originarios de México, así como también de las comunidades que conviven y dialogan todos los días con las juezas, los jueces y el personal judicial.

En sintonía con ello, se define la identidad cultural e impulsa el respeto, la gestión y la interacción de las diferencias. En otras palabras, se amalgama la interculturalidad con el derecho, de manera que se propicia y desarrolla la convivencia en la diversidad cultural. Por tanto, se aproxima a quienes imparten resoluciones judiciales con pertinencia cultural y se genera una buena práctica con los postulados de justicia abierta.

El currículo jurídico debe adaptarse para la formación del personal judicial en las competencias básicas de las diversas culturas, con el objetivo de permitir que cada individuo elija libremente su propio bagaje cultural y ejerza su derecho a intervenir en las instituciones de la sociedad.

Cabe señalar que el modelo didáctico intercultural toma como referente pedagógico que la interculturalidad es la opción educativa más completa para el desarrollo integral de todo ser humano y el progreso sostenido de cualquier sociedad. Así, pretende alcanzar la unidad con una educación sobre las diferencias culturales, a través del desarrollo de las siguientes competencias: construcción de identidad cultural; restauración del lenguaje materno; despliegue de habilidades comunicativas multilingües y multimodales; participación en experiencias creativas y recreativas de formas culturales diversas; análisis crítico de las tablas de valores (jerarquías y contenidos) de cada cultura (Arroyo, 2001). Por ese motivo, se desencadena el desafío de identificar los conocimientos representativos de cada cultura ubicada en Chiapas, y con ello los temas, los problemas y las especificaciones que los diferencian de los demás, ya sea en la alimentación, el cobijo, la salud y los mecanismos para su satisfacción, los recursos para el ocio y la diversión, los criterios de expresión estética y conceptos de belleza, los sistemas de producción e intercambio comercial, las formas de organización social y política, del tiempo y el espacio, estructurar el conocimiento, entre otros (Medina, 2009).

Se pretende que los(as) funcionarios(as) judiciales capacitados(as) como parte de la carrera judicial, tras recibir conocimientos interculturales mediante un eje transversal con contenidos de ese tipo, integren al conocimiento jurídico aspectos del saber, el hacer y el ser, básicos sobre la diversidad cultural y lingüística, las actitudes y la disposición para la construcción del entendimiento desde perspectivas diferentes, a través del diálogo, así como las habilidades para la investigación, el análisis crítico y el intercambio intercultural.

De manera concreta, algunas de las competencias y los conocimientos que un eje transversal intercultural puede aportar a la carrera judicial en Chiapas son la promoción del diálogo jurídico intercultural, con el objetivo de promover un proceso de interlocución y aprendizaje en reciprocidad, que favorezca las condiciones para la integración de saberes derivados de culturas diversas, las cuales se enriquecen unas a otras. En esa línea, el diálogo intercultural posibilita el acceso a todo tipo de saberes, y descubrir distintas formas de vivir y expresarse,

según un fondo común de valores compartidos que incentiven el desarrollo integral de la ciudadanía, lo que genera argumentos para un nuevo discurso del derecho.

A partir de ello, la carrera judicial en Chiapas promueve y difunde los valores, las actitudes y los comportamientos que propicien el diálogo, la no violencia y el acercamiento entre culturas, de conformidad con los principios de la Declaración Universal de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura sobre la Diversidad Cultural (2001), cuyo precepto señala que el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural (art. 2).

El derecho a la identidad cultural es otro tema a considerarse para reflexionar acerca de la coexistencia de diferentes culturas en una misma sociedad, cada una con su propia lengua, tradición, religión, cosmovisión y sistema normativo; y cada pueblo o comunidad con su propio esquema de valores. Estos aspectos son necesarios para asegurar el respeto a las diferencias. Se trata de conocer, en profundidad, las competencias elementales de las diferentes culturas.

El derecho al patrimonio cultural surge con el propósito de incorporar los saberes diversos de los pueblos originarios, entendidos como el conjunto de conocimientos prácticos, experimentales y reflexivos que se transmiten por generaciones, por intermedio de un mecanismo de pedagogía comunitaria, a los contenidos del derecho, que se traduce en un intercambio de valores (art. 7).

La cosmovisión de los pueblos originarios estudia los diferentes aspectos que abordan la forma de ver y entender el mundo; además, garantiza la dignidad de todos los individuos, y desde luego el respeto a las diferencias.

Los cursos de lenguas originarias, como instrumento de pensamiento, vehículo de conocimiento cultural y medio para el intercambio intersubjetivo, permiten acceder a sus saberes diversos, los mismos que fundamentan sus sistemas normativos y nos dan una idea diferente de los otros. Si bien es cierto existen intérpretes en los juzgados, una buena práctica es que el órgano jurisdiccional tenga dominio de la lengua materna.

Otro aspecto relevante es el conocimiento de los conceptos básicos de los sistemas normativos de los pueblos originarios de Chiapas, pues el Estado reconoce la existencia de sistemas alternos que generan reglas sobre la conducta de sus miembros, cuyo cumplimiento es obligatorio porque nacen de las prácticas, los usos y las costumbres que se consideran trascendentes y marcan diferencias culturales.

También es de vital importancia incluir el estudio de los derechos de las mujeres en escenarios de diversidad cultural. La visibilización de sujetos de derechos históricamente vulnerados —como las mujeres y los pueblos indígenas y afrodescendientes— hace indispensable definir sus respectivos derechos individuales y colectivos. Por tanto, constituye una tarea pendiente en términos normativos para profundizar en los intereses de quienes reclaman al mismo tiempo ambos derechos. Las cuestiones que surgen en este punto son: ¿cómo aborda el derecho a la diversidad cultural los derechos de las mujeres?, y ¿cómo tratan los derechos de las mujeres el derecho a la diversidad cultural? (Rodríguez e Iturmendi, 2013).

De igual manera, es pertinente considerar como tema básico la situación de los derechos de la niñez y la adolescencia indígena. La diversidad cultural es parte de su realidad, por lo tanto, el Estado debe promoverla como derecho de naturaleza colectiva de los pueblos originarios y brindar protección especial a los menores de esos territorios (Ruíz, 2006).

En ese contexto, existen derechos y principios que son producto de la reflexión de los especialistas, incluidos en la Convención de los Derechos de la Niñez (1989). Uno de ellos es el derecho a preservar su identidad cultural. Se trata de un elemento esencial para los pueblos indígenas; asimismo, su territorio reproduce la cultura, y depende de esta para el desarrollo armonioso y pleno de la personalidad de los niños y las niñas[6].

Asimismo, es oportuno que el juzgador o la juzgadora estudie la coexistencia del derecho a la igualdad y a la diversidad, que supone el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos, las naciones

6 El derecho a preservar su identidad cultural se fundamenta en el artículo 30 de la Convención de los Derechos de la Niñez.

o los grupos que albergan en su interior. Lo anterior respeta las diferentes formas de organización social y política, las cuales conviven en una sociedad. Por ello, deben considerar relevantes los derechos de los niños y las niñas a su cosmovisión, formas de vida y cultura, pues es parte de su individualidad; es decir, corresponde a su perspectiva de ser, ver y actuar en el mundo.

De ese modo, promover las habilidades y competencias descritas como parte de la carrera judicial en Chiapas trae consigo el desafío de continuar con una propuesta de cambios necesarios, a través de esta formación jurídica nueva, a fin de consolidar la integración estructural de un derecho intercultural, con seriedad, profesionalismo, responsabilidad, buena fe y apertura (González, 2013). Así, es pertinente también desde el modelo de justicia abierta, pues contribuye al proceso de integración jurisdiccional de los pueblos indígenas.

5. Conclusiones

Se ha demostrado que el enfoque intercultural del derecho es un artífice de la convivencia en la diversidad, que, mediante el respeto a las diferencias, el conocimiento de los saberes diversos y la cosmovisión de los pueblos originarios, construye la ciencia del derecho, la cual puede incidir en la construcción de la ciudadanía.

En escenarios de diversidad cultural, la formación judicial, instaurada por el Poder Judicial de la Federación en México y de las entidades federativas, incluye elementos relacionados con la interculturalidad y el pluralismo jurídico, con la finalidad de que sus resoluciones presenten una pertinencia cultural y que, además, diseñen buenas prácticas vinculadas con el derecho de acceso a la justicia de los pueblos originarios. En esa línea, promueve el respeto a las diferencias culturales, que se traduce en un nuevo tipo de institucionalidad estatal, una nueva organización territorial, una democracia intercultural, un pluralismo jurídico, una interculturalidad, unas políticas públicas de nuevo tipo, unos nuevos criterios de gestión pública, de participación ciudadana, de servicio y de servidores públicos. En suma, es un desafío a las premisas del Estado moderno.

A partir del análisis del texto constitucional mexicano, se advierte la presencia de un pluralismo jurídico formal. En otras palabras, se reconocen derechos colectivos a los pueblos indígenas, y se aceptan sus sistemas normativos internos, siempre y cuando estas comunidades sean identificadas por el orden jurídico vigente de cada entidad federativa y no lo contravengan.

Por tanto, es necesario establecer una metodología intercultural que se aplique en la formación judicial, pues se cuenta con criterios e instrumentos internacionales, particularmente sobre la jurisprudencia interamericana de derechos humanos que alude a los pueblos indígenas y sus miembros, en especial, las mujeres y niñas indígenas, quienes sufren condiciones de discriminación y vulnerabilidad agravadas. De igual manera, es oportuno estudiar los vacíos normativos y los distintos obstáculos para la realización práctica de los derechos indígenas reconocidos internacionalmente, en particular, el derecho de acceso a la justicia.

En suma, para diseñar un eje transversal intercultural se determinan las competencias y los conocimientos de los campos del ser, el saber, el hacer y el convivir a través de conceptos, procedimientos, valores y actitudes que orienten la enseñanza y el aprendizaje de la ciencia jurídica hacia las fuentes de los sistemas normativos de los pueblos originarios de México y a las comunidades en relación con los funcionarios judiciales.

Referencias

Acosta, M. (2000). *Teoría general del derecho administrativo.* México: Porrúa.

Arroyo, R. (2000). *Diseño y desarrollo del currículum intercultural*. Granada: Universidad de Granada.

_____ (2001). Dependencia e independencia de valores por edad y cultura: presupuestos del currículum intercultural. *Revista de Investigación Educativa*, *16*(1), 153-182. Recuperado de https://revistas.um.es/rie/article/view/96371

Assies, W., Van der Haar, G. y Hoekema, A. (2002). Los pueblos indígenas y la reforma del Estado en América Latina. *Papeles de población*, *8*(31), 106-110. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252002000100005

Becerra, J. (1980). *El proceso civil en México.* México: Porrúa.

Botero, C. (2006). Los ejes transversales como instrumento pedagógico para la formación en valores. *Revista Politécnica*, *2*(3), 49-59. Recuperado de https://revistas.elpoli.edu.co/index.php/pol/article/view/58

Cabedo, V. (2004). *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia.

Congreso del Estado de Chiapas (2009). Reglamento de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Chiapas. Recuperado de https://legislacion.vlex.com.mx/vid/reglamento-carrera-judicial-consejo-575295350

Congreso del Estado de Oaxaca (1998). Ley de derechos de los pueblos y comunidades indígenas del Estado de Oaxaca. 19 de junio de 1998. Recuperado de https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Indigenas/OtrasNormas/Estatal/Oaxaca/Ley_DPCIOax.pdf

Congreso del Estado de Sonora (1992). Ley Orgánica de Administración Municipal. Recuperado de http://www.sonoyta.gob.mx/transparencia/Ley%20Organica%20de%20Administracion%20Municipal.pdf

Consejo de Derechos Humanos (2005). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Recuperado de https://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/SRIndigenousPeoples/Pages/SRIPeoplesIndex.aspx

_____ (2018). Informe de la Relatora Especial sobre derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México. Recuperado de https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/2018-mexico-a-hrc-39-17-add2-sp.pdf

Cornejo, F. (1991). *Diccionario jurídico mexicano* (t. I). México: Porrúa.

Correas, O. (2007). *Derecho indígena mexicano* (t. I). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Estrada, D. (2018). Acceso a la justicia y pueblos indígenas en el derecho internacional público: el caso de México. *Anales de Derecho*, *36*(1), 1-40. Recuperado de https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/320401/232471

Ferrajoli, L. (2002). *Derechos y garantías. La ley del más débil.* Madrid: Trotta.

Flores, F. (1960). Implantación de la carrera judicial en México. *Revista de la Facultad de Derecho de México,* (37, 38, 39, 40), 355-373. Recuperado de http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/37/pr/pr27.pdf

González, J. (2013). Hacia una formación jurídica intercultural. *Revista Hechos y Derechos*, *1*(16). Recuperado de https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/6851/8787

_____ (2014). *La construcción del derecho*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

González, M. (2002). *El derecho y la justicia en las elecciones de Oaxaca* (t. II). México: TEEO.

Gómez, M. (2000). Derecho indígena y constitucionalidad [Ponencia]. XII Congreso Internacional de la Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal.

_____ (2011). *En busca del sujeto perdido: los pueblos indígenas bajo el signo de la privatización.* En Chenaut, V., Gómez, M., Ortiz, H. y Sierra, M. T. (coords.), *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización* (pp. 129-150). México/Ecuador: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social/ Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2017). *Protocolo de actuación de justicia intercultural.* San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado de https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/5972/protocolo-de-chiapas.pdf

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2013). Censo de Población y Vivienda 2010. México: Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Recuperado de https://www.inegi.org.mx/programas/ccpv/2010/

_____ (2016). Encuesta Intercensal 2015. Recuperado de https://www.inegi.org.mx/programas/intercensal/2015/#Documentacion

Martínez, J. C., Steiner, C. y Uribe, P. (coords.) (2012). *Elementos y técnicas del pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*. México D. F.: Fundación Konrad Adenauer. Recuperado de https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=492c6b1e-fc9e-89da-76a8-1a4c9a9aac24&groupId=252038

Medina, A. (2009). *Didáctica general.* Madrid: Pearson.

Morín, E. (2003). *Introducción al pensamiento complejo.* Barcelona: Gedisa.

Navarro, J. (15 de julio de 2017). Definición de gestión. *Definición ABC*. Recuperado de https://www.definicionabc.com/economia/modelo-gestion.php

Ocampo, M. (2017). La interculturalidad en el derecho y su efecto en la construcción de ciudadanía en Chiapas. *ESPACIO I+D, Innovación más Desarrollo*, *7*(16), 146-157. Recuperado de https://www.espacioimasd.unach.mx/index.php/Inicio/article/view/146/476

_____ (2018a). La inclusión de la interculturalidad, legitimidad y construcción de ciudadanía en el paradigma de la justicia abierta en el contexto de los pueblos originarios. En Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal, *Cuarto Concurso Nacional de Ensayo en Materia de Justicia Abierta, Transparencia, Acceso a la Información, Protección de Datos Personales y Archivos. Ensayos ganadores* (pp. 19-36). México:

Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal. Recuperado de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6126/8.pdf

_____ (2018b). Legitimidad de la reincorporación a un cargo público representativo en Chenalhó, Chiapas. *Tla-Melaua. Revista de Ciencias Sociales*, 12(45), 6-29. doi: http://dx.doi.org/10.32399/rtla.12.45.761

Organización Internacional del Trabajo (1996). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

Oszlak, O. (2013). *Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública.* México: Organización de los Estados Americanos.

Pérez, J. (2008). Definición de modelo de gestión. *Definición.de.* Recuperado de https://definicion.de/modelo-de-gestion/

Rodríguez, E. e Iturmendi, A. (2013). *Igualdad de género e interculturalidad: enfoques y estrategias para avanzar en el debate*. Nueva York: PNUD. Recuperado de https://www.iknowpolitics.org/sites/default/files/atando_cabos_may30.pdf

Romero, E. (2011). *Educación intercultural en México, un análisis de los discursos nacionales e internacionales en su impacto en los modelos educativos mexicanos*. México: CEGIB.

Ruíz, O. (2006). El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional del Sur*, (5), 43-69.

Sámano, M. (2001). *Los Acuerdos de San Andrés Larrainzar en el contexto de la declaración de los derechos de los pueblos americanos*. México: IIJ-UNAM.

Santos, B. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectiva desde una epistemología del sur*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Stavenhagen, R. (2000). *Derechos humanos de los pueblos indígenas.* México: CNDH.

Valle, S. del (2002). Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena. *Revista Aportes Andinos*, 1-14. Recuperado de https://red.pucp.edu.pe/ridei/files/2011/10/15.pdf

Walsh, C. (2008). Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tabula Rasa*, (9), 131-152. Recuperado de http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n9/n9a09.pdf

De lo tradicional a lo moderno: avances en lo jurídico y retrocesos en la calidad de vida de las comunidades indígenas de la Amazonía peruana

Manuel Martín Brañas
Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana
mmartin@iiap.gob.pe

A Pedro García Hierro,
in memoriam.

1. Introducción

Durante las últimas décadas, se han producido grandes avances estructurales y éxitos notables en el movimiento indígena de América Latina. En 1989, con la aprobación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), uno de los mayores triunfos jurídicos, se inició una etapa esperanzadora para la defensa de los derechos de las comunidades originarias en el continente americano y el resto del mundo. El documento fue ratificado por veintitrés países, con la finalidad de incorporar sus reivindicaciones históricas indígenas en la agenda política mundial, junto a los fundamentos de la política occidental, no siempre favorable para el respeto de sus derechos, estructuras tradicionales, valores y sistemas de conocimiento (Aylwin, 2014).

El Convenio 169 fortaleció el diálogo en el mismo seno de las Naciones Unidas, a través de la celeridad de acuerdos y compromisos que desembocaron en la promulgación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), que recoge, refuerza y afianza el espíritu de la OIT. El texto también

incluye conceptos de base ideológica como el derecho a la autodeterminación (Chirif, 2010). Se trata de una noción que actualmente es de difícil asimilación por parte de los Estados, pero cuya presencia es oportuna en el discurso político y una posibilidad de su materialización definitiva. Asimismo, el tratado generó mucho revuelo en los países firmantes; y a partir de ello, se desencadenaron numerosos debates, negociaciones y propuestas políticas en sus ámbitos legislativos. Pero, finalmente, se admitieron unas leyes que aseguraron ciertos derechos y redujeron aparentemente la brecha social (Courtis, 2009).

Los logros alcanzados fueron gracias al infatigable trabajo de sus dirigentes y a los especialistas de diversa índole, quienes hicieron suyas las problemáticas de este sector de la población. El proceso no estuvo exento de discusiones agotadoras en el campo jurídico, de avances y retrocesos, de buenas prácticas y desagradables incumplimientos. Después de tres décadas del Convenio 169 de la OIT, el complejo proceso de negociación se percibe a nivel político como un triunfo; por ello, se desencadenó, de manera indiscutible, un abundante conocimiento del entorno jurídico occidental, así como también en la capacidad de negociación política en los niveles local, nacional e internacional.

Resulta, sin embargo, paradójico que la gran cantidad de victorias jurídicas obtenidas por los indígenas no se refleje en la percepción que tienen sobre su calidad de vida, en términos de sostenibilidad y autosubsistencia (García, 2012), sobre todo en la Amazonía peruana que históricamente ha sido más vulnerable, por razones geográficas o culturales. Entonces, ¿cómo podemos explicar que el progreso no haya tenido un efecto inmediato en la mejora de calidad de vida?, ¿cómo se asume la perspectiva sobre el empeoramiento? y, por último, ¿cómo se explica que algunas reivindicaciones, como la territorialidad o la autodeterminación, fundamentos de la vida plena[1], son desplazadas del discurso político por conceptos desconocidos?

1 En los pueblos andinos se conoce como *sumak kawsay* —vida plena—. En ese contexto, el pueblo asháninka de la selva central peruana lo denomina *kametsa asaike*; los awajún del Alto Marañón como *tajimat pujut*; y el pueblo Airo Pai del Alto Napo y medio Putumayo como *deoyerepa paijë*.

Existe una preocupación justificada en las comunidades indígenas amazónicas del Perú sobre su futuro inmediato, cada vez más incierto y lleno de amenazas (Unión Mundial para la Naturaleza, 2006; García, 2012). Las formas modernas de representación para entablar un diálogo más eficaz con el Estado peruano o las empresas extractivas han permitido concluir con un buen número de procesos, pero se ha revertido favorablemente. Hoy en día el «buen vivir», de acuerdo con Cuadra (2015), es un concepto que inunda la literatura académica, pero que se desvanece en las poblaciones originarias.

Esta circunstancia aflige a los ancianos, debido a que observan cómo la territorialidad y la espiritualidad se extinguen con las nuevas generaciones. Asimismo, desorienta a los adultos que están en la encrucijada de aceptar lo propio o dejarse llevar por la marea abominable de un desarrollo exclusivo, que no se ajusta a su cultura; y desanima, por último, a los jóvenes, quienes formados desde los criterios globalizantes de la educación estatal formal no encuentran la idea de comunidad y tradición en el vocabulario.

En esa línea, intentaremos abordar brevemente la principal causa del problema, y expondremos cómo la turbulenta relación histórica de los pueblos indígenas amazónicos del Perú con la sociedad nacional no terminó con los avances en los ámbitos modernos jurídicos y políticos, convirtiéndose, más bien, en los medios utilizados por esta, representada por el Estado, para erosionar las estructuras tradicionales de este sector. Asimismo, incrementa la brecha social, condena las costumbres e incentiva la marginación y el olvido, toda vez que quiebra el vínculo espiritual con su entorno natural; por consiguiente, culmina con las esperanzas de una mejor calidad de vida.

2. De lo tradicional a lo moderno

Hasta la segunda década del siglo XX, las luchas amazónicas estuvieron marcadas por una resistencia a las agresiones externas, basada en el uso de las armas. En las primeras crónicas escritas por los misioneros jesuitas y franciscanos sobre el nuevo mundo, una de sus mayores

preocupaciones fue hallar la fortaleza y la iluminación divina para ablandar el alma de los aborígenes, quienes se resistían a los intentos permanentes de evangelización. Algunos hicieron efectiva su oposición durante siglos, otros fueron doblegados irremediablemente por las armas o la persistencia de aquellos que impartían la religión, desaparecieron por causa de las enfermedades o asumieron nuevas identidades en las reducciones indígenas, donde los misioneros católicos ejercían su labor.

Con la independencia de América y el nacimiento de las nuevas naciones libres, la relación con las comunidades originarias no cambió y en algunos casos empeoró notablemente. Para los nuevos Estados nacionales, los indígenas amazónicos no eran sujetos de derecho, el argumento se heredó de los estereotipos negativos de la época colonial, por lo tanto, cualquier agresión física o verbal hacia ellos era justificable (Yvinec, 2013). Su única forma de contrarrestar el asalto de sus territorios y el expolio de sus recursos naturales fue el empleo de las armas. No obstante, esta resistencia armada no era eficaz para retener la ambición desmedida de colonos y empresarios extractivos, avalada, por lo general, por los débiles Estados nacionales[2].

En la Amazonía peruana y colombiana, durante el «boom» de las gomas, se cometieron abusos y crímenes atroces contra miles de indígenas. La defensa violenta ante los ataques fue insuficiente para combatir a las hordas armadas, evitar la muerte y la migración forzada. De esa manera, el periodo del caucho no solo se convirtió, por su duración y sus niveles de violencia, en el episodio más oscuro y dramático de la historia amazónica (Ullán, 2004; Global Witness, 2017), también supuso el primer acercamiento de los asuntos indígenas en el campo jurídico, que, si bien fue delineado siglos atrás por los primeros

2 Durante la época del caucho en la Amazonía, por ejemplo, varios destacamentos militares fueron enviados a las haciendas ubicadas en la cuenca del Putumayo, gestionadas por la Peruvian Amazon Rubber Company. En ese periodo, el Estado peruano apoyó la actividad extractiva, y aseguró que estaciones como La Chorrera, actualmente en territorio colombiano, cuenten con el resguardo del ejército ante posibles ataques de Colombia o de los pueblos indígenas sometidos (Chirif, Cornejo y La Serna, 2013).

defensores del humanismo indígena y los derechos humanos[3], hasta entonces no se había materializado formalmente.

Los procesos judiciales iniciados contra el cauchero Julio César Arana del Águila, gerente de la Peruvian Amazon Rubber Company, marcaron un hito, al menos mediático, en la protección de sus derechos, tras intentar detener judicialmente los abusos cometidos. Asimismo, introdujeron la posibilidad de emplear otro tipo de armas más efectivas ante las continuas agresiones de las que eran objeto los pueblos indígenas en el Perú y América Latina. Si bien el juicio contra Arana nunca llegó a su fin y no hubo sentenciados, el proceso acercó, posiblemente por primera vez en América Latina, el aspecto jurídico al mundo indígena. Los contactos violentos y las agresiones siguieron produciéndose a lo largo del siglo XX, incluso en la actualidad[4], pero esta vía se convirtió en la mejor alternativa para el amparo de los intereses indígenas en la Amazonía y en el continente americano.

---

3 Fue Fray Bartolomé de las Casas el primero que abogó por los derechos de los indígenas frente a los maltratos y las vejaciones de los conquistadores españoles (Beuchot, 1994). En 1542, consiguió que el monarca español Carlos I promulgue las Leyes Nuevas, una herramienta jurídica para la defensa de los indígenas americanos.

4 Uno de los ejemplos más representativos de estos contactos violentos en el siglo XX, debido al desproporcionado e injustificado uso de la fuerza ejercida por parte del Estado, fue el de la selva amazónica del Perú, en 1964, entre un grupo de indígenas matsés y una comisión de funcionarios estatales que realizaban el trazado de una carretera que uniría la localidad de Requena con la frontera brasileña. La escaramuza acabó con varios funcionarios heridos y fue la excusa perfecta para que el propio presidente, Fernando Belaunde Terry, ordene a la Fuerza Aérea del Perú bombardear a la población matsés asentada en la franja territorial entre los ríos Ucayali y Gálvez y Yavarí. No se conocen exactamente las cifras de fallecidos matsés, pero este arrebato favoreció no solo los trabajos de una carretera que hasta la fecha no se ha realizado, sino también la entrada de extractores de madera a los territorios tradicionales y la migración de miles de personas hacia Brasil (Varese y Chirif, 2006; Montoya et al., 2001). En el siglo XXI, tenemos que recordar los sucesos de Bagua, donde la injustificada represión sobre los pobladores indígenas, quienes protestaban por dos decretos legislativos que eran lesivos contra sus derechos, provocó la muerte de 33 personas, entre policías e indígenas. Desgraciadamente, en toda América Latina, el número de líderes indígenas muertos por la represión no ha cesado en las dos primeras décadas del siglo XXI.

El acercamiento a lo jurídico fue *in crescendo* y se desarrolló en los diferentes países de América Latina. Durante la segunda década del siglo XX, el auge de los primeros movimientos políticos de trabajadores, que reivindicaban las condiciones laborales, permitió la integración de los empleados indígenas, lo cual favoreció una incipiente defensa de sus derechos. Esta participación fue intensa, pero no logró extirpar el racismo enquistado en las agrupaciones políticas, por lo que sus demandas quedaron relegadas al último lugar en las plataformas de lucha (Van Cott,2004).

La intervención de los primeros dirigentes de esa cultura proporcionó el conocimiento necesario para iniciar de manera independiente un reclamo por sus derechos, proceso que dio lugar, en ese periodo, a las primeras organizaciones indígenas del Perú y América Latina (Van Cott, 2004). Para lograr el respeto como sujetos de derecho por parte de un Estado ajeno a sus asuntos, las agrupaciones asumieron las reglas verticales de juego impuestas por el país, una opción *sine qua non* para iniciar una conversación que era esquiva. No obstante, las medidas no encajaban con las estructuras tradicionales del Perú y la representación de las comunidades indígenas, menos aún con los pueblos amazónicos. Ante este escenario, los colectivos tuvieron que renunciar a formas y conceptos propios de su cultura y adecuar sus reivindicaciones a la nueva realidad que se les ofrecía. Este proceso fue más intenso en los pueblos originarios, ya que su relación con la sociedad nacional se construyó sobre los pilares del patronazgo y el expolio de sus recursos naturales.

No cabe duda de que la incursión de este sector en el ámbito jurídico y, de manera casi acompasada, en el político, fue sumamente exitosa. El número de leyes, decretos, convenios, declaraciones y otros documentos aprobados en los últimos cuarenta años es una muestra de ello. ¿Se produjeron renuncias? Sin duda. ¿Se han medido los impactos de estas? Nunca. Su reconocimiento como sujetos de derecho y los importantes, pero también relativos, triunfos conseguidos han impedido que consideren los impactos reales de las dimisiones, advirtiéndose, hoy en día, que las victorias adquirieron un carácter sobre su calidad de vida en el Perú (García, 2012).

3. El alto costo de la representación

Las sociedades indígenas amazónicas siempre basaron su estructura social en las relaciones de parentesco, tanto aquellas establecidas por consanguinidad como otras por afinidad. En ese sistema particular no existían autoridades formales que ejercieran poder político, como lo entendemos en la sociedad occidental, más bien había personas con prestigio que influían en las decisiones. El prestigio se alcanzaba, por lo general, con el dominio de alguna actividad, como la caza o la pesca, también mediante la visión espiritual que los conectaba con su entorno y los seres de la naturaleza, lo que les permitía interpretarlo en beneficio o en perjuicio de otro (Rivas, 2004; Gasché, 2012). Así, se organizaron en función de ciertas normas aceptadas dentro del mismo grupo de parentesco, que eran avaladas por individuos de prestigio, quienes eran garantes de la identidad y los valores propios que definían la autosubsistencia[5] en un espacio geográfico determinado[6].

Con la irrupción en los «modernos» entornos jurídicos y políticos, los pueblos dialogaron con el Estado peruano a través de sus agrupaciones, creadas según los parámetros estatales, para ello renunciaron a la estructura tradicional fundamentada en el prestigio y las relaciones de parentesco y reciprocidad. La persona de prestigio, conocedora de los valores propios, los transmitía a las nuevas generaciones y ejercía como referente cultural. Sin embargo, fue sustituida por un asesor no indígena que dominaba el marco jurídico y adaptaba sus reivindicaciones a los principios establecidos por el país.

---

5 Entendida como el conjunto de medios necesarios para el sustento de la vida humana.

6 Esta estructura sociopolítica tradicional continúa presente incluso después de la aprobación, en la década de los setenta, de la Ley n.º 22175, de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la selva y la ceja de selva. La norma impulsó la concentración de diferentes grupos de parentesco en un espacio geográfico determinado, bajo la figura legal de «comunidad». Esto favorecía la presencia del Estado a través de sus servicios educativos o de salud. A pesar de los cambios estructurales que produjo en las dinámicas de relacionamiento, hoy en día todavía son evidentes los vínculos de parentesco y reciprocidad entre grupos que rigen las comunidades indígenas, aunque la estructura física es totalmente ajena al proyecto inicial.

Los jóvenes fueron elegidos para representar, acompañados de los asesores, a las comunidades en el diálogo y la negociación con el país. La decisión seguía dos criterios básicos. El primero se justificaba en el dominio del castellano como segunda lengua. No obstante, la verticalidad y la soberbia del Gobierno vetó por completo desde un inicio la comunicación intercultural, toda vez que se impuso la lengua oficial como única vía. El segundo fue la familiaridad con los códigos culturales externos, inculcados mediante la educación formal impartida en sus comunidades.

Cabe recordar que se implantaron algunas experiencias de educación intercultural bilingüe exitosas en la década de los noventa, muchos profesores que atendían las escuelas rurales eran mestizos y desconocían la enseñanza tradicional y los valores propios de la población. A partir de ello, podemos comprender cómo los jóvenes se alejaron de los reglamentos de las antiguas generaciones. En la actualidad, la formación de docentes indígenas se ha incrementado notablemente, pero, tras ser educados en institutos pedagógicos o universidades no interculturales, asumen también los valores occidentales; así, relegan y marginan los elementos culturales indígenas, en lugar de integrarlos adecuadamente a la educación oficial.

El cóctel integrado por asesores no indígenas, voluntarios y jóvenes indígenas, con cierto grado de alejamiento de su cultura, generó un impacto positivo en los resultados obtenidos en la conversación y la negociación con los diferentes niveles del Estado peruano. En ese aspecto, se incorporó la temática indígena en las agendas nacionales, y se amplió las millones de hectáreas tituladas; en adición, se aseguró la propiedad intelectual de los conocimientos colectivos y una mejora en el acceso a los incipientes programas de educación intercultural bilingüe. Sin embargo, esta moderna representación tuvo como consecuencia la desconexión de la juventud y sus consultores no indígenas de las percepciones, los anhelos, las motivaciones, los intereses y las reivindicaciones de las comunidades representadas. Así, estas últimas empezaron a sentir que sus avances jurídicos no tenían sentido si respondían a una serie de aspiraciones ajenas a ellas, ya que no mejoraban su calidad de vida, justificada en las prácticas, los conocimientos, la territorialidad, la espiritualidad y la organización tradicional.

4. Un «troyano malicioso»[7] en el centro de las reivindicaciones indígenas

Observamos, entonces, en el Perú, cómo los pueblos indígenas amazónicos modificaron sus formas de representación y organización para acceder a los ámbitos jurídicos y políticos. El Estado aplaudió esta transición y las consecuentes renuncias de los delegados indígenas; y, en consecuencia, interpretó esta situación como el indicador más evidente de la voluntad existente por ingresar a la «modernidad». Pero el imperativo del cambio no era más que un intento solapado de cooptar el deseo de los indígenas; es decir, de asimilarlos al sistema y de borrar sus alcances históricos, como la territorialidad y la autodeterminación, que nunca encajaron con los fundamentos políticos de la mayoría de los países americanos (Gutafsson, 2009; García, 2012). La dimisión ha distorsionado notablemente el objetivo de la defensa indígena, desvinculándola de su lucha, y la convierte en un fin por sí misma, no en el medio para alcanzar esas reivindicaciones.

De ese modo, el país implementó un «malware», un «troyano» o un programa malicioso en el centro mismo de los reclamos; por tanto, consiguió no solo dañar sus bases identitarias, sino también indujo a una serie de respuestas no deseadas, al seguir una lógica exógena a los intereses y anhelos del sector, que impactaba en su calidad de vida.

5. «Tu lógica no es mi lógica»

Durante todo el siglo XX y lo que va del XXI, el éxito en lo jurídico, propiciado por las luchas indígenas llevadas a cabo en el seno de las instituciones representativas del Gobierno, permitió que muchas comunidades indígenas accedieran, por ejemplo, a la propiedad de la tierra, pero a partir de las premisas impuestas por el Estado peruano, no por los parámetros propios de esta población. La parcelación, bajo

7 El programa malicioso es infiltrado en un sistema informático y una computadora para dañarlos, así como también para inducir una serie de respuestas no deseadas.

el término «titulación», fue justificada por motivos de seguridad jurídica frente a los posibles intentos de usurpación que tendrían las áreas integrales, donde las fronteras o las demarcaciones estaban ausentes, pero estaban motivadas por el interés de mantener en disponibilidad los espacios pertenecientes al país (García, 2012).

Otro relativo logro jurídico fue el derecho a la consulta previa, que es la expresión de un derecho fundamental para las comunidades originarias. Su reconocimiento se estableció en 1989, cuando el Perú suscribió el Convenio 169 de la OIT. No obstante, su ratificación no fue el inicio de la consulta previa en el Perú, ya que, a partir de los terribles sucesos en Bagua[8], en 2009, se instaló una serie de mesas de trabajo para afrontar la ausencia de diálogo y las demandas. Una enfocó su quehacer en el diseño de la Ley de Consulta Previa (Ley n.º 29785), aprobada en el 2011.

La Ley del Derecho a la Consulta Previa se promulgó debido a la vergüenza y las presiones internacionales después de los trágicos hechos de Bagua, pero en ningún momento estuvo impulsada por la voluntad real de reconocer sus derechos. Como en otros países de América Latina, aquí la medida no fue diseñada con carácter vinculante; por ello, incumple los principios básicos de confianza mutua del artículo cuarto de la Ley n.º 29785. Este aspecto generó que las opiniones sobre órdenes administrativas que afecten el territorio de los pueblos indígenas (obras de infraestructura, explotación de hidrocarburos, entre otros) se realicen sin contar con los estudios necesarios de impacto ambiental[9], que permitirán la aprobación o la

8 Con la promulgación de los Decretos Legislativos n.º 1064 y n.º 1090, se dispuso un régimen especial para la inversión privada en la Amazonía. En ese contexto, miles de indígenas interrumpieron la carretera Fernando Belaunde Terry, a la altura de la zona conocida como la Curva del Diablo, en la provincia de Bagua. El conflicto desencadenó una violenta disputa con las fuerzas del orden, enviadas para ejecutar el desalojo de los indígenas que protestaban por las medidas promulgadas.

9 En algunos casos, entre los acuerdos alcanzados en las mesas de negociación paralelas a la consulta se encuentra el pedido sobre el estudio de impacto ambiental, pero no es normado y depende de la aceptación del titular de la consulta.

desaprobación informada de las comunidades[10], como se desprende del precepto de buena fe presente en el articulado de la norma. Al no ser vinculantes, las consultas se han convertido finalmente en procesos burocráticos para lograr acuerdos promovidos desde mesas de diálogo multisectorial. Estos convenios, en la mayoría de los casos, son responsabilidad de la nación, y no formarían parte de una negociación en el marco de una consulta; asimismo, son, por lo general, ajenos a la propia consulta y esquivos con las reivindicaciones tradicionales.

Esta lógica perversa, ejemplificada en las leyes sobre titulación y consulta, se extiende también a otras exigencias que encontraron respuesta en el ámbito legislativo, pero que fueron asimiladas dentro del sistema desde una perspectiva estatal y en ningún caso según las percepciones de los pueblos. El resultado ha sido desfavorable para las comunidades indígenas amazónicas, ya que estos supuestos éxitos no aseguran una mejora en su calidad de vida (Hall y Patrinos, 2006; Banco Mundial, 2015). Para ello, solo debemos observar las cifras de desnutrición crónica, prevalencia de enfermedades respiratorias, analfabetismo, acceso al agua potable y saneamiento, entre otros, que son una muestra clara de cómo los derechos de las comunidades indígenas siguen siendo vulnerados, a pesar de los logros en el campo jurídico (Flores et al., 2015; Contreras et al., 2014).

6. Conclusiones

No cabe duda de que las luchas han sido intensas y agotadoras. Los triunfos logrados en el ámbito jurídico y la presencia cada día más consistente en el campo político han permitido un gran posicionamiento de sus reivindicaciones. Sin embargo, el desconocimiento de la sociedad nacional, tanto del mosaico cultural que enriquece al país, como de la importancia de las culturas indígenas para su desarrollo,

10 En Perú, las evaluaciones de impacto ambiental (EIA) son financiadas por las empresas ganadoras de la licitación. En ese sentido, al ser la consulta un procedimiento previo a la licitación administrativa final, no hay forma legal de costear la EIA.

ha anulado la posibilidad de un diálogo horizontal, sobre la base del respeto a la diversidad y el entendimiento mutuo. En ese contexto, se ha impulsado, más bien, una comunicación vertical que ha sido alimentada por las renuncias indígenas y su aceptación de las reglas dogmáticas y unidireccionales impuestas permanentemente por el Gobierno. El Estado contempla, en este actuar, un avance admirable hacia la integración de los pueblos indígenas, pero la realidad es diferente, porque erosiona su identidad y desprecia sus valores y estructuras tradicionales.

Por tanto, los jóvenes indígenas son los más castigados y confundidos, dado que no son conscientes de que su identidad es vista como una entelequia que solo oculta la exclusión y la marginación. Sin voluntad del país de democratizar el diálogo con las poblaciones originarias, los logros no se materializaron en resultados positivos para ellas, pues desencadenaron el desarraigo de las nuevas generaciones, así como también una dependencia económica en el seno de la familia y el empeoramiento de la calidad de vida.

La tarea para revertir el proceso es compleja. En primer lugar, se tendrá que trabajar de manera decidida para devolver la ilusión a los jóvenes indígenas que hoy en día se alejan cada vez más de su cultura. El fortalecimiento de la identidad permitirá abrazar de nuevo las enseñanzas de los ancestros, atender el consejo de los ancianos, visualizar los problemas y las necesidades de la comunidad, sin interferencias del exterior ni renuncias a los valores propios, aspectos que están implícitos en el concepto de autodeterminación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La organización debe partir de los propios miembros, quienes emplean sus estructuras. En esa medida, mejoraremos la conexión de los jóvenes líderes indígenas con la comunidad y el territorio, pero además conseguiremos que la comunicación con la sociedad nacional sea de manera efectiva en beneficio de ellos.

La representación indígena tendría que fundamentarse en el prestigio, no solo en las habilidades a desempeñarse en la cultura dominante. Se trata, entonces, del conocimiento de la cultura, el respeto a los valores tradicionales, la interpretación del consejo de los ancianos

y la visualización de un desarrollo propio sobre el buen vivir, no de la adquisición de bienes materiales o la idealización del monolítico desarrollo global en la zona rural (Caria y Domínguez, 2014). La interiorización de este último punto es una tarea pendiente en los pueblos indígenas amazónicos.

Por tanto, las luchas deben redirigirse y alejar de su zona de confort al Estado. En otras palabras, debe asegurarse que el acceso a la justicia sea efectivo, de acuerdo con las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Es un retorno a la tradición, entendido no como el retroceso en las formas de representación, sino como un avance legítimo para conseguir un diálogo adecuado, eficaz, coherente y constructivo con el país, que generará que las reivindicaciones olvidadas o descontextualizadas vuelvan a formar parte del ámbito jurídico. De esta manera, es importante la participación del aparato judicial para garantizar el respetuoso acceso a la justicia, los valores tradicionales, y evitar las interferencias de un Estado esquivo con los derechos y las reivindicaciones.

No podemos permitir que los conocimientos y las prácticas ancestrales se extingan con las nuevas generaciones indígenas. Los éxitos en el ámbito jurídico no pueden ser ajenos ni contrarios a la realidad y a los valores de los pueblos indígenas, pues son la mejor garantía para un desarrollo diverso pero compartido, también para la conservación de los ecosistemas amazónicos, cuyas dinámicas internas, desconocidas para la ciencia occidental, constituyen el conocimiento amazónico. Estos valores son fundamentales para el diálogo pleno y honesto entre la sociedad nacional y las comunidades originarias.

No hay margen de error. Las viejas generaciones se diluyen, y los valores, conocimientos y prácticas tradicionales, elementos necesarios para perpetuar a los pueblos amazónicos y revitalizar a la sociedad nacional, se agotan poco a poco. En suma, hay que quebrar la inercia existente e iniciar una nueva forma de reinterpretar y aprender del indígena en un mundo cada vez más globalizado y menos diverso.

Referencias

Aylwin, J. (2014). Los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: avances jurídicos y brechas de implementación. En Beltrao, J., Monteiro, J., Gómez, I., Pajares, E., Paredes, E. y Zúñiga, Y. (coords.), *Derechos humanos de los grupos vulnerables* (pp. 275-300). Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior. Recuperado de https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.275-300.pdf

Banco Mundial (2015). Latinoamérica indígena en el siglo XXI. Washington, D. C.: Banco Mundial. Recuperado de http://documents1.worldbank.org/curated/en/541651467999959129/pdf/Latinoam%C3%A9rica-ind%C3%ADgena-en-el-siglo-XXI-primera-d%C3%A9cada.pdf

Beuchot, M. (1994). Bartolomé de las Casas, el humanismo indígena y los derechos humanos. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, (4), 37-48. Recuperado de https://college.holycross.edu/faculty/cstone/span312/Beuchot_Bartolome_de_las_Casas.pdf

Caria, S. y Domínguez, R. (2014). El porvenir de una ilusión: la ideología del buen vivir. *América Latina Hoy*, (67), 139-163. Recuperado de https://revistas.usal.es/index.php/1130-2887/article/view/alh201467139163/12346

Chirif, A. (2010). Los derechos indígenas en el Convenio 169 y en la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas. En Martín, M. (ed.), *Conociendo nuestros derechos: el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (pp. 30-31). Lima: Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

Chirif, A., Cornejo, M. y La Serna, J. de (eds.) (2013). *Álbum de fotografías. Viaje de la comisión consular al río Putumayo y afluentes*. Lima: Programa de Cooperación Hispano Peruano, Tierra Nueva, Agencia Española de

Cooperación Internacional para el Desarrollo y Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas.

Congreso de la República del Perú (1978). Decreto de Ley n.º 22175. Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva. Lima: 9 de mayo de 1978. Recuperado de http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/0D41EC1170BDE30A052578F70059D913/$FILE/(1)leydecomunidadesnativasley22175.pdf

_____ (2008a). Decreto Legislativo n.º 1064. Decreto Legislativo que aprueba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario. Lima: 27 de junio de 2008. Recuperado de http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/459C0655C70E2C56052575C2007F44C6/$FILE/D.Leg.1064_Aprueba_R%C3%A9g.Jurid.Tierras_uso_agrario.pdf

_____ (2008b). Decreto Legislativo n.º 1090. Decreto Legislativo que aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Lima: 27 de junio de 2008. Recuperado de http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/23C36B7A427AD81D052575C2007FA953/$FILE/D.Leg.1090_Aprueba_Ley_Forestal_Fauna_Silvestre.pdf

_____ (2011). Ley n.º 29785. Ley de derecho a la consulta previa los pueblos indígenas u originarios. Lima: 31 de agosto de 2011. Recuperado de http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/Ley%2029785%20Consulta%20Previa%20pdf.pdf

Contreras, H., Pérez, P., Huapaya, O., Chacón, H., Champin, D., Freyre, L., Arévalo, C., Torres, S., Black, C. (2014). La salud en las comunidades nativas amazónicas del Perú. *Revista Peruana de Epidemiología*, *18*(1), 1-5. Recuperado de https://www.redalyc.org/pdf/2031/203131355012.pdf

Courtis, C. (2009). Apuntes sobre el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, *6*(10), 53-81.

Cuadra, F. de la (2015). Buen vivir: ¿una auténtica alternativa post-capitalista? *Polis Revista Latinoamericana, 14*(40), 7-19. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/pdf/polis/v14n40/art01.pdf

Flores, J., Calderón, J., Rojas, B., Alarcón, E. y Gutiérrez, C. (2015). Desnutrición crónica y anemia en niños menores de 5 años de hogares indígenas del Perú: análisis de la encuesta demográfica y de salud familiar 2013. *Anales de la Facultad de Medicina*, *76*(2), 135-140. Recuperado de http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1025-55832015000300005

García, P. (2012). Territorios indígenas: costos internos de los procesos de integración. En Martín, M. (ed.), *Articulando la Amazonía: una mirada al mundo rural amazónico* (pp. 151-168). Lima: Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

Gasché, J. (2012). La ignorancia reina, la estupidez domina y la conchudez aprovecha. Engorde neoliberal y dieta bosquesina. En Martín, M. (ed.), *Articulando la Amazonía: una mirada al mundo rural amazónico* (pp. 83-118). Iquitos: Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

Global Witness (2017). *Defender la tierra: asesinatos globales de defensores/as de la tierra y el medio ambiente en 2016*. Londres: Global Witness.

Gutafsson, M. (2009). Inclusión o cooptación de comunidades indígenas en la política local. Reflexiones desde los Andes peruanos. *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM*, (16). Recuperado de https://journals.openedition.org/alhim/3080#quotation

Hall, G. y Patrinos, H. (2006). *Pueblos indígenas, pobreza y desarrollo humano en América Latina 1994-2004*. Washington: Banco Mundial. Recuperado de https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Pueblos%20indigenas%2C%20pobreza%20y%20desarrollo%20humano%20en%20Amrrica%20Latina%201994%20-%202004.pdf

Montoya, R., Burgos, H. y Paredes, M. (2001). En la selva sí hay estrellas, entrevista realizada al doctor Stéfano Varese. *Revista Quehacer*, (128). Recuperado de http://www.desco.org.pe/recursos/sites/indice/136/601.pdf

Rivas, R. (2004). *El gran pescador. Técnicas de pesca entre los cocama-cocamillas de la Amazonía peruana*. Lima: PUCP.

Ullán, F. (2004). La era del caucho en el Amazonas (1870-1920). Modelos de explotación y relaciones sociales de producción. *Anales del Museo de América*, (12), 183-204.

Unión Mundial para la Naturaleza (2006). Indicadores de conocimiento tradicional de América Latina y el Caribe. Recuperado de https://www.portalces.org/sites/default/files/migrated/docs/indicadores_CT.pdf

Van Cott, D. (2004). Los movimientos indígenas y sus logros: la representación y el reconocimiento jurídico en los Andes. *América Latina Hoy*, (36), 141-159. Recuperado https://revistas.usal.es/index.php/1130-2887/article/view/7415/7432

Varese, S. y Chirif, A. (2006). *Witness to Sovereignty: Essays on the Indian Movement in Latin America*. Copenhagen: International Work Group for Indigenous Affairs.

Yvinec, M. (2013). Reinventar el indio después de la Independencia: las representaciones del indígena en el Perú decimonónico (1821-1879). *Bulletin de l'Institut français d'études andines*, *42*(2), 287-293. Recuperado de http://journals.openedition.org/bifea/4087

La propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas

Jessica Calderón García
Unidad de Asesoría Jurídica de la Comisión Ejecutiva Estatal
de Atención a Víctimas Puebla, México
figara@live.com.mx

1. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo examinar y analizar el reconocimiento del derecho humano a la propiedad intelectual indígena en el ámbito internacional, así como también su recepción en el derecho interno. Para ello, es necesario centrarnos en los países de América Latina con mayor población indígena, con la finalidad de que los titulares puedan hacer efectivo su derecho fundamental, pues los miembros de las comunidades indígenas presentan dificultades para ejercerlo con plenitud y sin discriminación en su identidad, de acuerdo con las Reglas de Brasilia.

En ese panorama, María Endere y Mercedes Mariano (2013) sostienen que la propiedad intelectual indígena está estrechamente articulada con los derechos de la propiedad intelectual —pensada en un sistema occidental—, pero con la variante de que aquellas creaciones del pensamiento provienen de los pueblos indígenas —y no de las empresas o personas físicas—; además, estos saberes forman parte de su cultura, por lo que su relevancia es mayor[1].

1 Por conocimiento tradicional se entiende «a las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; actuaciones; invenciones; descubrimientos científicos; diseños; marcas, nombres y símbolos; la información no divulgada; y todas las demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico» (OMPI, 2001, s. p.). Es decir, engloba el propio contenido de los conocimientos, las expresiones culturales tradicionales y los signos y símbolos distintivos asociados con ellos. Si bien existen diversas maneras de denominarlos —propiedad cultural e intelectual indígena, propiedad intelectual colectiva

Asimismo, dichos conocimientos se distinguen por su naturaleza colectiva, el proceso de creación, la elaboración en conjunto y la acumulación temporal, así como por la transmisión empírica y oral (de generación en generación)[2]. En ese sentido, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (2001) expresa que la sabiduría comprende las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición, así como también las actuaciones, los descubrimientos científicos, los diseños, las marcas, los nombres y los símbolos; además, la información no divulgada, las innovaciones y la actividad intelectual en los campos industrial, científico, literario y artístico.

En México, las comunidades indígenas contribuyeron a la conformación y la identidad del pueblo. A partir del multiculturalismo, cada entidad federativa adquirió legislaciones diferentes en la materia; sin embargo, al tratarse de un tema como el de la propiedad intelectual indígena, no se ha logrado un consenso, situación que provocó la explotación y el mal uso por parte de las empresas, toda vez que violaron este derecho y dejaron en un estado de indefensión a los grupos sociales indígenas que no cuentan con los medios necesarios de protección y difusión.

Ahora bien, para comprender la magnitud del problema es relevante atender a los reportes de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2014). De acuerdo con el organismo y sus datos censales, para el año 2010 la sociedad indígena en América Latina redondeaba los 45 millones de personas, cuya representación es del 8.3 % de la población de la región, de allí 17 millones vivían en México y otros 7 millones en Perú.

---

de los pueblos indígenas, patrimonio intelectual indígena, conocimientos ancestrales, entre otros—, en el artículo usaremos los términos «conocimientos tradicionales» y «propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas» indistintamente, por adaptarse a los fines de la investigación, y sobre todo por el avance que se les observa en el campo del derecho.

2 Los conocimientos tradicionales, como hemos mencionado, suelen ser denominados de diversas maneras: propiedad cultural e intelectual indígena, propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas, patrimonio intelectual indígena, conocimientos ancestrales, entre otros. Así, a pesar de que no existe un consenso universal al respecto, se afirma que la mayoría de las concepciones coinciden en su contenido. Por eso, emplearemos las expresiones «conocimientos tradicionales» y «propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas».

En la actualidad ha sido posible contabilizar 826 comunidades indígenas en América Latina; por ello, se observa un incremento respecto a la última cifra dada a conocer por la CEPAL en 2006, cuando se identificaron 642 pueblos. El aumento se debe a la mejora de la información estadística en años recientes y a la incidencia de los propios pueblos en la lucha por su reconocimiento. Por tanto, los países con mayor proporción de este sector son Bolivia (62.2 %), Guatemala (41.0 %), Perú (24 %), México (15.1 %) y Panamá (12.3 %), como se muestra en el siguiente gráfico:

Fuente: CEPAL (2014).

Con respecto a lo anterior, surgen los siguientes cuestionamientos: ¿la propiedad intelectual es un derecho humano? ¿Los pueblos indígenas tienen una protección especial sobre este derecho? ¿Las autoridades realizan acciones positivas para que las comunidades indígenas ejerzan el referido derecho? Estas interrogantes se responderán a lo largo del artículo.

2. El derecho humano a la propiedad intelectual

Prima facie debe entenderse el derecho de la propiedad intelectual como un derecho humano. El primer instrumento en contemplarlo fue la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada en 1948[3], que presenta una perspectiva ética y jurídica (Olmos, 2014). Asimismo, contempla «el derecho de toda persona a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas» (art. 27.2).

La disposición tuvo una difícil inserción en la declaración, pues, como asegura Busaniche (2016), «esta cláusula no fue incorporada sino hasta el tramo final del trabajo de redacción de la declaración. La inclusión de esta cláusula no fue pacífica, ni obvia y tuvo un largo período de debates en las diferentes sesiones» (p. 31). Sin embargo, fue el punto de partida para su reconocimiento como derecho humano en instrumentos internacionales subsecuentes, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1966). Este último dispone que los Estados reconozcan el derecho de toda persona a «beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora» (art. 15.1, inc. c). En efecto, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el PIDESC, en términos prácticamente idénticos, admiten los derechos

3 No ha de perderse de vista que en la Conferencia de Derechos Humanos, llevada a cabo en Teherán (1968), se declaró obligatoria la Declaración Universal de Derechos Humanos para toda la comunidad internacional, ya que si bien, en origen, el valor jurídico de una declaración, una convención o un pacto es diferente, hoy forma parte del *ius cogens*. Véase Unión Europea (1968).

de los(as) autores(as) en relación con el acceso al progreso científico y la protección de sus intereses como creadores individuales (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000).

De igual forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a partir del artículo 8 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (y de la mujer) (1948), observa el derecho a la protección de los intereses morales y materiales por los inventos, obras literarias, científicas o artísticas de que sea autor(a)[4]. Asimismo, el protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1969), mejor conocido como el Protocolo de San Salvador, considera el derecho de toda persona a «beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora» (art. 14, inc. c)[5].

En consecuencia, es dable afirmar que los(as) creadores(as) de una invención, así como los(as) autores(as) o inventores(as) son titulares del derecho humano a la propiedad intelectual, que, conforme a la Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886), incluye a todas las producciones en el campo literario, científico y artístico. Asimismo, el instrumento internacional agrega que:

> cualquiera que sea el modo o forma de expresión, como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales;

4 El tratado internacional también tiene un valor vinculante, pues los derechos fundamentales contenidos en él son obligaciones *erga omnes*, y la aplicación y la interpretación está en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la carta, la convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Véase la Opinión Consultiva n.º OC-10/89.

5 Cabe acentuar que, a pesar de estar reconocido como derecho humano en la Declaración Americana y el Protocolo de San Salvador, es entendido como no justiciable ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debido a que el propio tratado lo excluye. Empero, esto no exime a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observe y vigile que los Estados partes garanticen dicho derecho, a través del sistema de informes, así como también la celebración de audiencias temáticas, comunicados de prensa, entre otros.

> las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias (art. 2.1).

La Convención de Berna protege los derechos de los(as) artistas, del mismo modo el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), que salvaguarda sus expresiones con el objetivo de impedir la reproducción por terceros sin autorización, ya que es un derecho privado (art. 12).

En esa perspectiva, el derecho internacional de los derechos humanos aprueba el derecho fundamental a la propiedad intelectual *per se;* por consiguiente, resguarda el derecho de las personas autoras a beneficiarse de sus producciones por medio de los intereses morales y materiales —reconocimiento moral y económico[6]—.

3. Marco jurídico internacional que reconoce el derecho humano a la propiedad intelectual indígena

Resulta oportuno considerar el derecho a la propiedad intelectual desde un enfoque diferencial y especializado sobre los(as) integrantes de los pueblos indígenas[7]. A nivel internacional existen ordenamientos que proponen una protección específica sobre los derechos indígenas, entre ellos, el Convenio 169 de Organización Internacional del Trabajo

6 La Convención Universal sobre Derecho de Autor, revisada en París en 1971, ratificada por México en 1975, destaca, en su primer numeral, la obligación de los Estados de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores.

7 Para atender adecuadamente se tomarán en cuenta los mandatos de orden general, aplicables a todos los seres humanos en pronunciamientos que se refieren de manera específica a la persona.

(OIT) (1989) —único instrumento internacional específico de carácter convencional—, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016).

El Convenio 169 de la OIT dispone que «deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y [...] los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para [...] garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad» (art. 12). Si bien se refiere a la propiedad en su vertiente territorial, cabe destacar que «todo instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar» (Corte IDH, 1989, párr. 37).

Por ello, es necesario realizar una lectura de dicho numeral, desde del *corpus iuris* que lo complementa, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP), adoptada en 2007. Esta herramienta internacional, en su artículo 31, alude a lo siguiente:

> los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, que abarcan los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes, juegos tradicionales y las artes visuales e interpretativas.

En esa línea, es concreta en la terminología utilizada (conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y manifestaciones de sus ciencias), pero no define cada rubro en particular. Hubiera sido idóneo contar con una clasificación jurídica precisa para no dejarla a discreción de los Estados.

Asimismo, recoge el derecho de los pueblos indígenas a mantener, controlar y desarrollar la propiedad intelectual del patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales. Para ello, los pueblos indígenas, en conjunto con el Gobierno, adoptarán medidas eficaces para asegurar el ejercicio de estos derechos (arts. 31.1 y 31.2).

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es oportuno atender a lo estipulado en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI), aprobada el 14 de junio de 2016, que afirma lo siguiente:

> la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas comprende, *inter alia*, los conocimientos y expresiones culturales tradicionales entre los cuales se encuentran los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, los diseños y procedimientos ancestrales, las manifestaciones culturales, artísticas, espirituales, tecnológicas y científicas, el patrimonio cultural material e inmaterial, así como los conocimientos y desarrollos propios relacionados con la biodiversidad y la utilidad y cualidades de semillas, las plantas medicinales, la flora y la fauna (art. 28).

De igual forma, expresa

> el derecho al pleno reconocimiento y respeto a la propiedad, dominio, posesión, control, desarrollo y protección de su patrimonio cultural material e inmaterial, y propiedad intelectual, incluyendo la naturaleza colectiva de los mismos, transmitido a través de los milenios, de generación en generación (art. 28.1).

Asimismo, comenta que:

> los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, adoptarán las medidas necesarias para que los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales provean el reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual asociada a dicho patrimonio de los pueblos indígenas. En la adopción de estas medidas, se realizarán consultas encaminadas a obtener el consentimiento libre, previo, e informado de los pueblos indígenas (art. 28.3).

El ordenamiento preinserto, en un sentido *propersona*, generaliza y ofrece una concepción más amplia que, prácticamente, cubre todo saber colectivo indígena. También admite como propiedad intelectual

a los conocimientos de los pueblos indígenas, ya que no olvida que la propiedad intelectual es un derecho humano; por lo tanto, toda persona tiene derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que desencadena[8].

En ese panorama, ambas declaraciones reconocen plenamente el derecho de la propiedad intelectual colectiva indígena; para ello, los Estados —con plena participación de las comunidades indígenas— adoptarán las medidas necesarias para ampararlo adecuadamente. De esa manera, será ejercido por los(as) integrantes de las comunidades indígenas. No obstante, estos instrumentos internacionales no poseen un carácter vinculante[9] para el país, a diferencia del Convenio 169 de la OIT; por consiguiente, el tratado internacional tiene que ser interpretado a la luz de aquellas declaraciones, y entender el concepto de propiedad *lato sensu*, es decir, previendo e incluyendo la variante de la propiedad intelectual.

4. Reconocimiento del derecho a la propiedad intelectual indígena en Bolivia, Guatemala, Perú, México y Panamá. Derecho Comparado

Las características a considerar para un análisis sobre los cinco países elegidos —Bolivia, Guatemala, Perú, México y Panamá— exploran la ratificación o la adhesión a los instrumentos internacionales en

8 La Observación General n.º 17 expresa «El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) […] (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto [del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]» (párr. 1).

9 Diversos estudiosos del derecho han afirmado el carácter vinculante de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, bajo la comprensión de que es vista como costumbre internacional. En ese aspecto, su valor radica en su consigna —firma del Estado— en el derecho internacional. Entonces, no solo se le nombró declaración por su procedimiento, pues es más que eso al establecer obligaciones sustantivas para los Estados, a propósito de su vasta invocación en casos contenciosos, desde la teoría de los vasos comunicantes o la fertilización cruzada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

materia de derechos humanos de los pueblos indígenas, y verifican si cuentan con un reconocimiento en el plano interno —Constitución u otro ordenamiento jurídico— sobre el derecho fundamental a la propiedad intelectual indígena.

Lo anterior permitirá identificar qué países están comprometidos con respetar, proteger y garantizar el referido derecho. Así, se cumple un mandato internacional sobre la armonización legislativa para su compatibilidad con los más altos estándares en materia de derechos humanos.

En ese orden de ideas, se muestra el siguiente cuadro comparativo:

Países	Ratificación del Convenio 169 de la OIT	Voto a favor de la UNDRIP	Voto a favor de la DADPI	Reconoce el derecho a la propiedad intelectual indígena en su Constitución Federal	Ordenamiento jurídico interno que reconoce el derecho a la propiedad intelectual indígena
Bolivia	✓	✓	✓	✓	✓
Guatemala	✓	✓	✓	✗	✗
Perú	✓	✓	✓	✗	✓
México	✓	✓	✓	✗	✓
Panamá	✗	✓	✓	✗	✓

Fuente: Elaboración propia.

De la tabla se desprende que:

a) El Estado Plurinacional de Bolivia ratificó el Convenio 169 el 11 de diciembre de 1991, y continúa vigente (OIT, s. f.). Igualmente, el país votó a favor de la adopción y la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuya decisión fue parte de los 143 Estados que se pronunciaron en sentido positivo.

   En Bolivia, la UNDRIP fue aprobada como Ley n.º 3760, cuyo carácter es obligatorio tras haberse reafirmado en ese rango. Con

respecto a la DADPI, Bolivia aplaudió su adhesión, y su canciller David Choquehuanca, durante el acto protocolar, resaltó que la declaración reconoce «todos los derechos, no solamente los derechos humanos —que son individuales—, sino también los colectivos, como los derechos económicos, sociales y culturales» (Organización de los Estados Americanos, 2016, s. p.).

De igual forma, su Constitución expresa, en su capítulo cuarto, artículo 30, fracción II, numeral 9, «el derecho a los pueblos indígenas de la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo[10]».

b) Guatemala ratificó el Convenio 169 de la OIT el 5 de junio de 1996, cuya vigencia continua hasta ahora. También votó a favor de la adopción de la UNDRIP y la DADPI.

Ahora bien, la Constitución de Guatemala no incorpora una protección específica de la propiedad intelectual indígena, como sí lo hace Bolivia. En otras palabras, no contempla como sujetos de este derecho a los pueblos indígenas. Si bien precisa, de manera general, «el derecho de autor o el derecho de inventor; los titulares de los mismos gozarán de la propiedad exclusiva de su obra o invento, de conformidad con la ley y los tratados internacionales» (art. 42), no brinda un enfoque diferencial y especializado para los(as) integrantes de las comunidades, aunque de la interpretación —a favor de la persona— se considera que sí los comprende.

Por su parte, el artículo 60 de la carta magna incluye la protección del Estado sobre el patrimonio cultural de la nación, que forma parte de «los bienes y valores paleontológicos, arqueológicos, históricos y artísticos»; por tanto, prohíbe la enajenación, la exportación o la alteración. Asimismo, en su artículo 62 aborda la protección del arte, folclore y artesanías tradicionales, que contará con una medida

10 El artículo 30, fracción II, numeral 9 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia establece que: «En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: [...] sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados».

especial para preservar su autenticidad. Ambos apartados abordan la defensa del Estado hacia las creaciones de indígenas, pero como bienes de la nación, y no hay un reconocimiento material y moral; es decir, no se manifiesta a los titulares de esas invenciones, además no se toman en cuenta las variantes de la propiedad industrial, pues se destacan los derechos de autor, no las patentes.

En 2018, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su informe anual recomendó a Guatemala la adopción de «medidas inmediatas para proteger la propiedad intelectual colectiva de las mujeres indígenas en lo relativo a sus vestimentas y diseños que representan su identidad tradicional» (p. 636). Por su parte, el Estado informó que la Corte de Constitucionalidad estableció su jurisprudencia sobre la propiedad colectiva, especialmente en relación con el derecho de la propiedad ancestral. Así, la CIDH (2018) señaló que:

> Ha recibido información sobre las mujeres tejedoras que presentaron una acción de amparo ante la Corte Suprema de Justicia, para la protección de la propiedad intelectual colectiva de sus diseños y tejidos tradicionales, y que dicho tribunal amparó a las solicitantes de forma parcial, exhortando al Congreso a buscar un mecanismo para legislar en la materia (p. 640).

En ese contexto, el organismo internacional afirmó que:

> durante el periodo 167 de las sesiones de la CIDH, solicitantes indígenas de Guatemala denunciaron la falta de reconocimiento de sus derechos de propiedad intelectual colectiva, aludiendo a la imposibilidad de patentar sus diseños y trabajos textiles. Indicaron que se ven perjudicadas por empresas que se apropian de sus diseños, desvalorizando su arte. Además, alegaron sufrir una doble discriminación, racial y patriarcal, y solicitaron políticas públicas destinadas a recibir una retribución cultural y patrimonial (p. 640).

Ahora bien, se encuentra en el Parlamento la Iniciativa de Ley n.º 5247, que habría sido presentada ante el Pleno del Congreso

de la República de Guatemala, y el dictamen es favorable por parte de la Comisión de Pueblos Indígenas del mismo Congreso (5 de abril de 2017). El proyecto busca reconocer la propiedad intelectual colectiva indígena.

c) Perú validó el Convenio 169 de la OIT el 2 de febrero de 1994. Igualmente, votó a favor de la UNDRIP y la DADPI. Por ese motivo, el Ministerio de Cultura (2016) emitió un comunicado oficial en el que reiteró sus saludos, tras la adhesión de la Declaración Americana, y aduce que seguirá trabajando «para promover el bienestar de los pueblos indígenas de acuerdo con sus prioridades de desarrollo» (párr. 10).

   La Constitución, en el artículo 2.8, dispone que toda persona tiene derecho «a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y su producto». De este modo, hay un reconocimiento no preciso sobre las comunidades indígenas.

   En el ámbito local, la Organización Internacional del Trabajo sostuvo que:

> el país cuenta con un régimen *sui generis* establecido mediante la Ley n.º 27811, cuyo objetivo es proteger los conocimientos tradicionales, promover una distribución justa y equitativa de los beneficios, garantizar que el uso de los conocimientos colectivos se realice con el consentimiento fundamentado previo de los pueblos indígenas e impedir la apropiación indebida. En la ley se estipula la protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas asociados a los recursos biológicos. La ley concede a los pueblos indígenas el derecho de consentir en la utilización de los conocimientos tradicionales. La ley también prevé el pago de una retribución equitativa por el acceso a ciertos tipos de conocimientos tradicionales, al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas o directamente a los titulares de los conocimientos (OMPI, s. f., p. 21).

No obstante, se limita a las invenciones relacionadas con recursos biológicos y no se centra en los derechos de autor. Se deja de lado a la cultura indígena y a sus creaciones artísticas.

d) El Estado mexicano es parte del Convenio 169 de la OIT desde el 5 de septiembre de 1990. Del mismo modo que los países anteriores, votó a favor de la UNDRIP y la DADPI. Su admisión se celebró en el plenario de la Asamblea.

> El director general adjunto para Asuntos Hemisféricos y de Seguridad de México, Juan Gabriel Morales, resaltó que se trata del «primer documento hemisférico que busca promover y proteger los derechos de los pueblos indígenas de las Américas, y junto con la Declaración de las Naciones Unidas es un instrumento básico para la supervivencia, dignidad, bienestar de los pueblos indígenas de nuestro hemisferio». «La Declaración destaca el reconocimiento y respeto de los derechos de los pueblos indígenas a su actuar colectivo, a sus sistemas o instituciones jurídicas, sociales, políticas o económicas», agregó el representante mexicano (OEA, 2016, s. p.).

Sin embargo, en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se observa el reconocimiento expreso del derecho a la propiedad intelectual indígena.

En el ámbito legislativo, se adoptó la Ley de la Propiedad Industrial, que busca cuidar la propiedad intelectual. Empero, no se contempla apartado alguno en aras de salvaguardar los conocimientos tradicionales, y se manifiesta que únicamente contarían con derecho a ser titular (de una invención, patente, modelo de utilidad, diseño industrial, entre otros) las personas físicas o morales —constituidas formalmente—; por consiguiente, se excluye a las comunidades y los pueblos indígenas[11]. Al parecer, el patrimonio intelectual colectivo de los pueblos indígenas quedó fuera de la órbita de atención de los legisladores federales en la última reforma a este ordenamiento en mayo de 2018.

11 El artículo 16 de la Ley de la Propiedad Industrial señala que «serán patentables las invenciones que sean nuevas, resultado de una actividad inventiva y susceptibles de aplicación industrial, en los términos de esta norma, excepto: I. Los procesos esencialmente biológicos para la producción, reproducción y propagación de plantas y animales; II. El material biológico y genético tal como se encuentran en la naturaleza; III. Las razas animales; IV. El cuerpo humano y las partes vivas que lo componen, y V. Las variedades vegetales».

También se cuenta con la Ley Federal del Derecho de Autor, reformada el 24 de enero de 2020, que reconoce, en sus artículos comprendidos entre el 157 y el 160, la titularidad de los derechos de los pueblos indígenas sobre los elementos de la cultura e identidad de sus comunidades, mediante el cuidado de las obras literarias, artísticas, de arte popular y artesanal, primigenias, colectivas y derivadas de las culturas populares, de la composición pluricultural que conforman al Estado mexicano. Pero no se modificó el título IV de dicha normativa, que contempla el proceso de protección; por eso, se deberán realizar los ajustes razonables e implementar acciones positivas para el registro adecuado de los derechos de autor de los pueblos indígenas, desde una perspectiva colectiva que considere su composición y su cosmovisión.

e) Panamá no ha firmado ni ratificado el Convenio 169 de la OIT, por lo que aún continúa vigente el Convenio 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957, el cual guarda una marcada diferencia por razones propias a la fecha en que se suscribió. Su postura frente a la UNDRIP y la DADPI fue de aprobación, y su representante indicó, en el acto protocolario, por qué se busca que los Estados realicen modificaciones, que sean modelos inclusivos y no impongan proyectos de desarrollo.

   En su carta magna, Panamá no admite *stricto sensu* el derecho de la propiedad intelectual indígena, y aduce que «todo autor, artista o inventor goza de la propiedad exclusiva de su obra o invención, durante el tiempo y en la forma que establezca la ley» (art. 53); además, remite a una ley secundaria, pues está vigente la Ley n.º 20 del año 2000, que determina diversas disposiciones relativas a la propiedad intelectual de los pueblos indígenas; del mismo modo, la Ley n.º 90, del 15 de agosto de 2019, en su capítulo III, presenta artículos relativos a la propiedad intelectual colectiva indígena, además de que considera la creación de un registro nacional de artesanos y producciones, la emisión de un certificado artesanal, la inscripción de maestros artesanos, organizaciones y empresas

artesanas; atendiendo así los derechos colectivos de los pueblos indígenas, pero no se contempla a las invenciones científicas.

De lo anterior, se deduce que, a partir de las características comparadas, Bolivia es el país que cuenta con un mayor grado de cumplimiento frente a los cuatro restantes —Guatemala, Perú, México y Panamá—, debido a que es el único que se comprometió con las cinco variantes; es decir, ratificó el Convenio 169 de la OIT, aprobó ambas declaraciones de derechos de pueblos indígenas y reconoce el derecho de propiedad intelectual colectiva indígena en su Constitución y en un ordenamiento legal. De esa manera, es el Estado más protector y garantista con los derechos fundamentales de este colectivo.

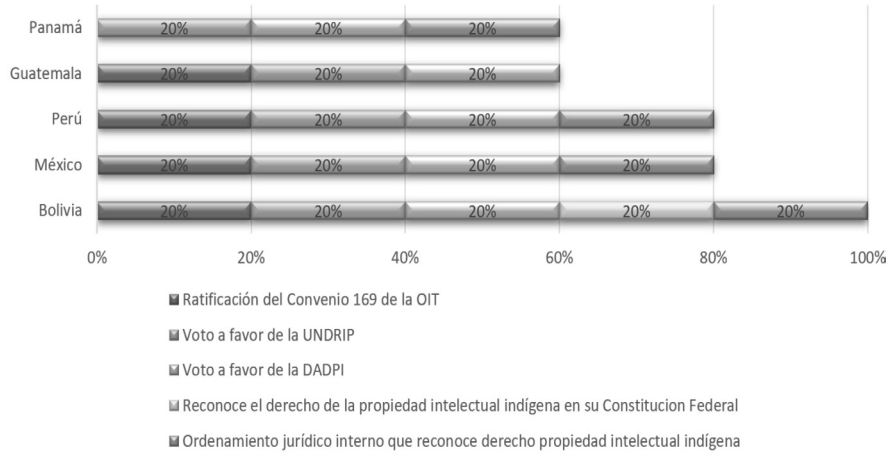
En un segundo lugar continúan México y Perú, que suscribieron el Convenio 169 de la OIT y votaron a favor de las declaraciones. Ahora, si bien ambos no cuentan con un reconocimiento constitucional sobre el derecho de propiedad intelectual indígena, sí tienen un ordenamiento secundario que posibilita la protección y la seguridad jurídica a las personas indígenas, aunque con ciertas limitaciones expuestas a *supra líneas*.

En un tercer lugar se encuentra Guatemala, que ha ratificado el tratado internacional y aprobado las declaraciones emitidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, no ha compatibilizado su derecho interno para que sea congruente con las aspiraciones internacionales, a pesar de que incluye un compromiso internacional que no debe quedar en ideales o discursos con buenas intenciones.

Con un similar puntaje que Guatemala está Panamá, país que admitió las dos declaraciones sin firmar, ni ratificar la Convención 169 de la OIT; sin embargo, presenta un marco jurídico interno para una protección específica sobre el derecho de propiedad intelectual indígena, en su vertiente de derechos de autor.

En suma, Bolivia tiene un 100 % de cumplimiento en la protección del derecho a la propiedad intelectual colectiva indígena, mientras que México y Perú un 80 %, y Guatemala y Panamá un 60 %.

Gráfico 1. Grado de cumplimiento



Fuente: Elaboración propia.

5. El reconocimiento y la protección del derecho a la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas en México

El Estado mexicano está conformado por instrumentos normativos internos que respetan y protegen la propiedad intelectual en general, pero restringen su alcance a los conocimientos tradicionales, los cuales se distinguen por su naturaleza, su proceso de creación, su acumulación temporal y su transmisión empírica y oral.

La Ley de la Propiedad Industrial no se centra en el reconocimiento y la protección de la propiedad intelectual que les corresponde a las comunidades indígenas como titulares de ese derecho. A pesar de la interpretación armónica del Convenio 169 de la OIT, de acuerdo con las declaraciones específicas sobre derechos de los pueblos indígenas, dadas en el marco de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos, se desprende que México está comprometido con adoptar las medidas necesarias para amparar el derecho humano a la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas.

La reciente reforma a la Ley Federal del Derecho de Autor reconoce la titularidad de los derechos de los pueblos indígenas sobre los

elementos de la cultura y la identidad. Por tanto, el reto será su implementación. Asimismo, obedece al cumplimiento de la Recomendación General n.º 35, emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) en 2019.

En ese panorama, los considerandos de la modificatoria de la Ley Federal de Derechos de Autor no sostienen que el proceso legislativo haya asegurado la participación de los pueblos y comunidades indígenas mediante foros de consulta y participación. Estas adaptaciones son oportunas, ya que, en el «Foro Internacional de los Derechos de las mujeres en los Acuerdos Comerciales», de septiembre de 2003 —en el que intervinieron mujeres de diferentes países[12]—, se declaró que los tratados sobre propiedad intelectual, relacionados con el comercio, usurpan los derechos de las comunidades sobre sus recursos naturales y los conocimientos tradicionales del sector femenino indígena, y favorecen la privatización, toda vez que otorgan supremacía a las ganancias de las grandes transnacionales.

En efecto, Gómez y Villar (2009) afirman que los pueblos indígenas deben participar en la formulación de leyes, políticas y acuerdos que traerán consecuencias a sus condiciones de vida y dañarán su patrimonio —incluso su propiedad intelectual—. Con respecto a lo anterior, la CNDH, en su Recomendación General n.º 27/2016, retoma la responsabilidad de consultar a los pueblos y las comunidades indígenas, con el objetivo de procurar el ejercicio de sus derechos, entre otros, el de la identidad y la protección al patrimonio colectivo (CNDH, 2019).

En el ámbito de cada entidad federativa resaltan los Estados que han reconocido el derecho a la propiedad intelectual en sus ordenamientos locales[13]:

12 Entre ellos están Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, España, Irlanda, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Corea, México, Mongolia, Palestina, Paraguay, Perú, Senegal, Suiza, Suráfrica, Tailandia, Turquía, Uganda y Venezuela.

13 Hay que considerar que México es un Estado federal y cuenta con tres niveles de gobierno: federal, estatal y municipal.

Estado	Legislación	Artículo
Baja California	Ley de derechos y cultura indígena del Estado de Baja California	Artículo 19. Los pueblos y las comunidades indígenas tienen derecho al respeto pleno de la propiedad, control y protección de su patrimonio cultural y científico. El Estado, por medio de sus instituciones competentes, dictará las medidas idóneas para la eficaz protección de sus ciencias y manifestaciones culturales, comprendidos los recursos biológicos, así como el conocimiento de las propiedades de la flora, fauna y las tradiciones orales.
Campeche	Ley de derechos, cultura y organización de los pueblos y comunidades indígenas del Estado de Campeche	Artículo 16. Los pueblos y las comunidades indígenas tienen derecho al respeto pleno de la propiedad, control y protección de su patrimonio cultural y científico. El Estado, por medio de sus instituciones competentes, dictará las medidas idóneas para la eficaz protección de sus ciencias y manifestaciones culturales, comprendidos los recursos humanos y biológicos, así como el conocimiento de las propiedades de la fauna y flora, y las tradiciones orales. Artículo 18. En los términos del artículo anterior, El Estado, a través de sus instituciones competentes, vigilará y en su caso ejercitará las acciones tendientes a la preservación del patrimonio cultural y científico de las comunidades indígenas.
Chiapas	Ley de Derechos y Cultura Indígenas del Estado de Chiapas	Artículo 39. Las comunidades indígenas, con las limitaciones que establecen las leyes de la materia, tienen derecho de conservar, proteger y desarrollar todas sus manifestaciones culturales, incluidos los sitios arqueológicos y sagrados, centros ceremoniales y monumentos históricos, además de sus artesanías, vestidos regionales y expresiones musicales.
Durango	Ley General de los pueblos indígenas del Estado de Durango	Artículo 24. Los pueblos y las comunidades indígenas tienen derecho al respeto pleno de la propiedad, control y protección de su patrimonio cultural, intelectual y científico. El Estado, previa consulta a dichos pueblos y comunidades, dictará las medidas idóneas para garantizar que sea efectivo este derecho. El Estado determinará las acciones

		y medidas necesarias tendientes a la restitución de los bienes culturales, intelectuales y científicos que les hayan sido privados a las comunidades y pueblos indígenas; asimismo, establecerá las medidas necesarias a fin de garantizar la participación de los jóvenes indígenas en programas artísticos y culturales, respetando e impulsando el arte y cultura tradicionales de los pueblos y comunidades.
Estado de México	Ley de derechos y cultura indígena del Estado de México	Artículo 41. Corresponde a la Secretaría de Educación: II. Promover ante las autoridades competentes para que estas provean lo necesario, a fin de restituir los bienes culturales e intelectuales que les hayan sido privados a los pueblos y comunidades indígenas sin su consentimiento o aprovechándose de su desconocimiento de las leyes; III. Dictar las medidas idóneas para la eficaz protección de las ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales, así como el conocimiento de las propiedades de la fauna, la flora y minerales; tradiciones orales, literaturas, diseños y artes visuales y dramáticas de los pueblos y comunidades indígenas, garantizando su derecho al respeto pleno de la propiedad, el control y la protección de su patrimonio cultural e intelectual.
Hidalgo	Ley de derechos de cultura indígena para el Estado de Hidalgo	Artículo 24. El Estado y los municipios crearán la instancia para la atención y el desarrollo integral de los pueblos y comunidades indígenas según corresponda, que será el vínculo para la gestión y el seguimiento de los programas gubernamentales y que, a su vez, tendrán las siguientes facultades y obligaciones. IX. Asesorar y en su caso, realizar los trámites jurídicos correspondientes, para resguardar la propiedad intelectual, la creación de marcas y el registro de artesanías, productos, literatura, herbolaria, que se distingan y sean elaborados por los pueblos y comunidades indígenas de nuestro Estado.

Morelos	Ley de fomento y desarrollo de los derechos y cultura de las comunidades y pueblos indígenas del Estado de Morelos	Artículo 45. Los pueblos y las comunidades indígenas tienen derecho al respeto pleno de la propiedad, el control y la protección de su patrimonio cultural, intelectual y científico. El Estado, previa consulta a dichos pueblos y comunidades, dictará las medidas idóneas para garantizar que sea efectivo este derecho. El Estado determinará las acciones y medidas necesarias tendientes a la restitución de los bienes culturales, intelectuales y científicos que les hayan sido privados a las comunidades y los pueblos indígenas; asimismo, establecerá las medidas necesarias a fin de garantizar la participación de los jóvenes indígenas en programas artísticos y culturales, respetando e impulsando el arte y cultura tradicionales de los pueblos y comunidades. Artículo 48. Los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho al respeto pleno, control y protección de su patrimonio cultural e intelectual. El Estado, por medio de sus instituciones competentes y en consenso con los pueblos y las comunidades indígenas, dictará las medidas idóneas para la eficaz protección de sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales, comprendidos los recursos humanos y biológicos, así como el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, minerales, tradiciones orales, literaturas, diseños, artes visuales y dramáticas.
Nayarit	Ley de derechos y cultura indígena del Estado de Nayarit	Artículo 51. Las comunidades indígenas, con las reservas que establecen las leyes de la materia, tiene derecho a conservar, proteger y desarrollar todas sus manifestaciones culturales, incluidos los sitios arqueológicos y sagrados, centros ceremoniales y monumentos históricos, además de sus artesanías, vestidos regionales y expresiones musicales. Artículo 55. El Estado con el auxilio de los municipios, a través de sus instituciones competentes, vigilará y en su caso ejercerá las acciones tendientes a la restitución de los bienes culturales intelectuales de que

		hayan sido privados los pueblos y comunidades indígenas por medios fraudulentos.
Oaxaca	Ley de derechos de los pueblos y comunidades indígenas del Estado de Oaxaca	Artículo 20. Los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho social a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres. El Estado, a través de sus Instituciones competentes y sus programas culturales, en el ámbito de sus atribuciones y presupuestos apoyará a los pueblos y comunidades indígenas en el mantenimiento, protección y desarrollo de sus manifestaciones culturales actuales y en el cuidado de las de sus ancestros que aún se conservan, incluyendo sitios arqueológicos, centros ceremoniales, monumentos históricos, tecnologías, artes, artesanías, expresiones musicales, literatura oral y escrita. Artículo 21. El Estado, a través de sus Instituciones competentes, vigilará y en su caso ejercitará las acciones tendientes a la restitución de los bienes culturales e intelectuales que les hayan sido privados a los pueblos y comunidades indígenas sin su consentimiento. Artículo 22. Los pueblos y las comunidades indígenas tienen derecho al respeto pleno de la propiedad, control y protección de su patrimonio cultural e intelectual. El Estado, por medio de sus instituciones competentes y en consenso con los pueblos y comunidades indígenas, dictará las medidas idóneas para la eficaz protección de sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales, comprendidos los recursos humanos y biológicos, así como el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, minerales, tradiciones orales, literaturas, diseños y artes visuales y dramáticas.
Querétaro	Ley de derechos y cultura de los pueblos indígenas del Estado de Querétaro	Artículo 31. Los pueblos y las comunidades indígenas tienen derecho a la propiedad, control y protección de su patrimonio cultural intangible. El Poder Ejecutivo del Estado y los Ayuntamientos de los municipios, por medio de las instituciones competentes y con la participación y

		consenso con los pueblos y comunidades indígenas, dictarán las medidas idóneas para la eficaz protección de sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales, así como del conocimiento de las propiedades de la fauna, la flora y los minerales, tradiciones orales, diseños y artes visuales, artes dramáticas, artesanías, expresiones musicales, vestimenta, literatura oral y escrita, danzas y bailes. Artículo 32. El gobernador del Estado, a través de las dependencias correspondientes, vigilará y, en su caso, ejercitará las acciones tendientes a la restitución de los bienes culturales e intelectuales de los que hayan sido privados los pueblos y comunidades indígenas.
Quintana Roo	Ley de derechos, cultura y organización indígena del Estado de Quintana Roo	Artículo 18. El pueblo maya y las comunidades indígenas tienen derecho al respeto pleno de la propiedad, control y protección de su patrimonio cultural y científico. El Estado, por medio de sus instituciones competentes y previa opinión del órgano máximo de representación del pueblo maya y las comunidades indígenas, dictará las medidas idóneas para la eficaz protección de sus ciencias, técnicas y manifestaciones culturales, comprendidos los recursos humanos y biológicos, así como el conocimiento de las propiedades de la fauna y flora, tradiciones orales, literatura, diseños y artes visuales o dramáticas. El Estado, conforme a la normatividad aplicable en el ámbito estatal y tomando en cuenta previamente el parecer del órgano máximo de representación del pueblo maya y las comunidades indígenas, determinará las acciones y medidas necesarias tendientes a la conservación de su medio ambiente y a otras formas de protección de los recursos naturales, de tal modo que estas sean ecológicamente sustentables y técnicamente apropiadas, así como compatibles con la libre determinación de las comunidades indígenas para la preservación de sus recursos naturales. El Estado, por medio del Instituto y las Dependencias y Entidades,

		previa opinión del Gran Consejo Maya, dictará las medidas idóneas para la eficaz protección de sus ciencias, técnicas y manifestaciones culturales, comprendidos los recursos humanos y biológicos, así como el conocimiento de las propiedades de la fauna y flora, tradiciones orales, literatura, diseños y artes visuales o dramáticas. Artículo 19. En los términos del artículo anterior, el Estado, a través de sus instituciones competentes vigilará y en su caso ejercitará las acciones tendientes a la restitución de los bienes culturales y científicos que les hayan sido privados a las comunidades indígenas sin su consentimiento.
Sinaloa	Ley de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas para el Estado de Sinaloa	Artículo 36. El Ejecutivo del Estado a través de la Secretaría de Desarrollo Social, creará el Registro Estatal del Patrimonio Cultural e Intelectual de los Pueblos y Comunidades Indígenas, con el objeto de promover la identificación, protección y preservación del patrimonio cultural natural de estos, el cual deberá contener, a saber: a) Su lengua; b) Cosmovisión; c) Patrimonio étnico y artesanal; d) Usos y costumbres; e) Representaciones; f) Creencias intangibles; g) Conocimientos y técnicas; h) Objetos, artefactos, vestimentas, ajuares, cantos y sones; i) Espacios culturales inherentes a la comunidad indígena.
Sonora	Ley de derechos de los pueblos y comunidades indígenas de Sonora	Artículo 27. Los pueblos y las comunidades indígenas tienen derecho al respeto pleno de la propiedad, control, cuidado y protección de su patrimonio cultural e intelectual. El Estado y los municipios por medio de sus instituciones competentes, en consenso con los pueblos y las comunidades indígenas y en el ámbito de sus atribuciones y presupuestos, apoyará a los pueblos y comunidades indígenas en la preservación de dicho patrimonio. Además, el Estado y los municipios promoverán y fomentarán el registro del patrimonio cultural e intelectual de los pueblos y comunidades indígenas ante las instancias correspondientes.

		Artículo 28. El Estado y los municipios, a través de sus instituciones competentes, vigilarán y, en su caso, ejercitarán las acciones tendientes a la restitución de los bienes culturales e intelectuales que les hayan sido privados a los pueblos y comunidades indígenas sin su consentimiento.
Veracruz	Ley de derechos y culturas indígenas para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave	Artículo 53. Los pueblos y las comunidades de indígenas tienen derecho a mantener, desarrollar, recuperar y difundir sus identidades, su patrimonio cultural tangible e intangible; así como al respeto pleno de la propiedad, control y protección de este patrimonio cultural, en un marco de libertad, paz y seguridad. Artículo 54. El Estado, a través de las autoridades e instituciones competentes, en coordinación con el Consejo Consultivo Estatal, promoverá y, en su caso, establecerá los compromisos, convenios y acciones necesarias con las autoridades y los organismos de la Federación competentes en la materia para lograr la restitución y la conservación de los bienes culturales, artísticos e intelectuales que les hayan sido privados a los pueblos y las comunidades de indígenas sin su consentimiento. Para este efecto, se considerará patrimonio cultural escrito los códices de las culturas y los pueblos indígenas del Estado de Veracruz, a que se refiere el artículo 6 de esta ley, privilegiando su conservación y la gestión de los procedimientos necesarios para obtener la declaratoria de patrimonio cultural nacional de estos.

Fuente: Elaboración propia.

En esta óptica, solo 14 entidades federativas, de los 31 Estados, reconocen el derecho a la propiedad intelectual indígena: Baja California, Campeche, Chiapas, Durango, Estado de México, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora y Veracruz, que, por medio de sus instituciones competentes y consenso de los pueblos indígenas, dictarán las medidas idóneas para la eficaz

protección de sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales. De estas entidades, solo 9 —Estado de México, Durango, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sonora y Veracruz— precisan en su normativa que ejercerán las acciones tendientes a la restitución de los bienes culturales e intelectuales que les hayan sido privados a los pueblos sin su consentimiento.

Sin embargo, a fin de ejemplificar las acciones emprendidas para logar esa restitución, cobra aplicación el caso ocurrido en Oaxaca, en junio de 2015, donde la comunidad mixe de Santa María Tlahuitoltepec denunció públicamente el plagio de su blusa *Xaam nïxuy*, llevado a cabo por la diseñadora francesa Isabel Marant, quien registró la prenda en su colección Etoile primavera-verano 2015 (Matías, 2015).

La comunidad mixe consideró que hubo una apropiación de su patrimonio tradicional con fines comerciales, lo cual atenta claramente contra su identidad, su cultura y su idea de lo colectivo, pues los(as) integrantes saben que el verdadero dueño de la blusa es el pueblo mixe en su conjunto[14] (Fundación Alfredo Harp Helú Oaxaca, 2015).

Igualmente, el secretario de asuntos indígenas del Gobierno de Oaxaca advirtió que la diseñadora plagió elementos y patrones gráficos que componen la identidad mixe. Así también, diversas autoridades municipales manifestaron que con esa acción se pretendió despojar a las mujeres indígenas mixes de su patrimonio cultural e intelectual (Matías, 2015).

En esa perspectiva, desde junio de 2015, la comunidad mixe ha exigido al Estado nacional mexicano y a sus instituciones que respondan al compromiso y la deuda histórica pendiente con los pueblos indígenas de Oaxaca y el país, en materia de protección de los derechos colectivos y de su propiedad intelectual (Comunidad de Santa María Tlahuitoltepec mixe Oaxaca, 2015).

En julio de 2016, el pueblo mixe reiteró su denuncia pública contra Isabel Marant, y la amplió también contra la empresa Antik Batik (aunque muchos medios la han nombrado Antiquité Vatic). Pero sigue sin lograr la restitución de la propiedad intelectual que les fue

14 Se recoge lo referido por el presidente municipal de Santa María Tlahuitoltepec, Oaxaca. Véase Comunidad de Santa María Tlahuitoltepec Mixe Oaxaca (2015).

despojada a las integrantes del pueblo mixe, pues las mujeres mixes no encontraron apoyo por parte de su Estado, debido a que el marco jurídico no las ampara; por el contrario, las segrega y excluye de su campo de protección; además, carece de mecanismos garantistas —preventivos y protectorios— en contra de la copia de cualquier tipo de creación tradicional (Torres, 2004).

Cabe señalar que Oaxaca cuenta con la Secretaría de Pueblos Indígenas y Afroamericanos, según la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Oaxaca, pero se limita a promover y realizar programas para proteger y desarrollar la propiedad intelectual[15], sin generar algún registro o incidencia a nivel federal, con la finalidad de evitar su aprovechamiento por personas ajenas a este sector.

Por otro lado, resaltan las legislaciones de los Estados de Sonora e Hidalgo, tras agregar las acciones correspondientes para resguardar la propiedad intelectual, mediante las asesorías y el fomento del registro cultural e intelectual de los pueblos indígenas ante las instancias correspondientes. Su objetivo es amparar la propiedad intelectual, la creación de marcas y el registro de artesanías, productos, literatura y herbolaria, que se distingan y sean elaborados por las comunidades indígenas.

La legislación de Sonora contempla la creación del Registro Estatal del Patrimonio Cultural e Intelectual de los Pueblos Indígenas, el cual incluirá conocimientos y técnicas, así como objetos, artefactos, vestimentas, ajuares, cantos y sones; sin embargo, este registro estatal debería tener una incidencia nacional e internacional que impida la apropiación de terceros.

Ahora bien, a pesar de que existe una normativa en el plano interno, la facultad para legislar en materia de derechos de autor y otras figuras de la propiedad intelectual está reservada exclusivamente al Congreso de la Unión. Por ello, su función se excluye de la esfera competencial de las entidades federativas, porque no es una capacidad concurrente ni mucho menos residual para estas. En ese orden de

15 El artículo 43 establece lo siguiente: «promover, adoptar y ejecutar las medidas y programas correspondientes para preservar y desarrollar la propiedad intelectual, colectiva e individual, con relación al patrimonio cultural, material e inmaterial de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas».

ideas, la regulación local está orientada a reconocer el derecho a la propiedad intelectual de los pueblos originarios en algunos Estados, mas no en México. Por ese motivo, privilegia los derechos de autor, sobre los de los conocimientos tradicionales en el campo de las invenciones —propiedad industrial—.

Con el objetivo de lograr el respeto y la garantía del derecho humano a la propiedad intelectual indígena, las políticas públicas son ausentes. Por ello, se sostiene que:

> el principio de efectividad, aunado con el principio de progresividad, viene a derrumbar esta teoría de que los DESC son de carácter programático […] porque su disfrute no puede quedar condicionado a la posterior creación de ordenamientos jurídicos o administrativos por parte de las autoridades competentes (Calderón, 2016, párr. 2).

Por tanto, ese derecho sería ejercido efectivamente por sus titulares. De igual manera, se podría recurrir a la figura de *self executing* de los tratados, cuyo significado es más que un instrumento internacional, y ha sido ratificado por un Estado. Es decir, ya forma parte de su derecho interno y, en consecuencia, debe ser aplicado en forma directa, sin que sea necesario algún proceso de reforma en el ordenamiento interno (Segares, 2005). No obstante, para que dicha figura tenga aplicación, se requiere un compromiso firme de los Estados con los derechos humanos, así como también expresar su voluntad y, sobre todo, una amplia capacitación a los servidores públicos encargados del marco jurídico, aspecto del que —actualmente— adolece México.

Pero entendemos que no basta con proclamar un derecho en un tratado internacional, sino que es necesario disponer de mecanismos adecuados para su protección interna (Guastini, 1994). Por ese motivo, se deriva la responsabilidad jurídica de incorporar todas las medidas necesarias, ya sean legislativas o de otra índole, para efectuar las obligaciones contraídas por los Gobiernos. Según Mejía (2010), solo se consideran verdaderos derechos aquellos cuyo cumplimiento se exige a un órgano judicial o cuasijudicial, el cual también solicita al sujeto que modifique su conducta e indemnice al titular por los perjuicios causados.

En ese panorama, el no contar con un registro nacional de propiedad intelectual indígena y de acciones tendientes a la materialización de este derecho en el plano nacional, provoca una continua discriminación y transgresión de los derechos de propiedad intelectual, identidad, cultura, integridad personal —desde la vertiente psicológica— y a la dignidad humana. Igualmente, los individuos están en una constante desprotección frente a los demás sujetos, quienes en cualquier momento pueden arrebatar su conocimiento tradicional e inscribirlo como propio.

Cabe resaltar que existe un decreto para expedir la Ley General de Salvaguardia de los Elementos de la Cultura e Identidad de los Pueblos y Comunidades Indígenas, Afromexicanas y Equiparables, que ha sido aprobado por el Senado de la República (2018). Actualmente, como proyecto en la Cámara de Senadores, tendrá como propósito garantizar el derecho a la titularidad de los pueblos indígenas, los elementos de su cultura y su identidad, la creación de un sistema nacional para un eficaz control entre los tres niveles de gobierno, así como las sanciones correspondientes del uso indebido de la identidad cultural, remitiéndolos a la autodeterminación de los pueblos; además, si el caso es necesario, interpondrán una queja ante la institución que corresponda[16].

A partir de lo anterior, se desprende que su función principal es registrar, catalogar, documentar y generar un inventario nacional, lo cual se requiere a nivel nacional. También se agrega la tipificación de delitos específicos para la materia e incluso infracciones administrativas, con el objetivo de que se respete y asegure el derecho a la propiedad intelectual de las comunidades indígenas.

6. Conclusiones

A nivel internacional se cuenta con instrumentos normativos sobre la propiedad intelectual en general, así como de la propiedad intelectual

16 Véase Cámara de Senadores (2018).

colectiva indígena. Ambos derechos se distinguen por su naturaleza, su proceso de creación en conjunto, su acumulación temporal y su transmisión empírica y oral.

En esa línea, se llevará a cabo una interpretación armónica del Convenio 169 de la OIT, de acuerdo con las declaraciones específicas sobre derechos de los pueblos indígenas dadas en el marco de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos. Los países partes están obligados a admitir las medidas necesarias para el efectivo ejercicio del derecho a la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas.

No debe olvidarse que la armonización de las leyes nacionales sigue el espíritu de la UNDRIP y la DADPI en consulta con los pueblos indígenas. De esa manera, reconoce su derecho a preservar y difundir la cultura, las tradiciones y las costumbres en un entorno de igualdad y no discriminación. Los pueblos indígenas tienen que participar efectivamente en la formulación de leyes, políticas y acuerdos que traerán consecuencias a sus condiciones de vida y que afectarán su patrimonio e incluso su propiedad intelectual.

El prototipo de Gobierno es Bolivia, ya que es el único que cuenta con una adecuada recepción del derecho internacional en su normativa nacional. De otro lado, se observa que la gran mayoría de los Estados partes han firmado y ratificado el Convenio 169 de la OIT —excepto Panamá—; también aprobaron y aplaudieron la vigencia de las declaraciones sobre derechos humanos de los pueblos indígenas de los sistemas universal e interamericano, donde los representantes estatales mostraron públicamente su compromiso permanente en la protección de los derechos indígenas, así como en el combate a la discriminación que enfrentan.

Se vislumbra, entonces, que el tema de la protección del patrimonio intelectual de los pueblos originarios presenta una falta de interés político y jurídico, debido a la ausencia de un tratado internacional vinculante. Así, tras no ser reconocido, tampoco protegido el derecho a la propiedad intelectual colectiva en algunos de los sistemas jurídicos internos, desencadena una falta de procedimientos y mecanismos idóneos para cumplir con dicho derecho. En consecuencia, existe una inadecuada protección al patrimonio cultural y la incertidumbre para

las comunidades indígenas. Por ello, se buscarán caminos alternativos en el derecho internacional para salvaguardar los derechos fundamentales de este colectivo. Lo anterior propicia la discrecionalidad de las autoridades al negarles un registro nacional y, en consecuencia, no acceder a la justicia para restablecer sus derechos y lograr la reparación integral en la temática.

En México, existe una discriminación constante, principalmente hacia las mujeres indígenas de la comunidad mixe, pues sus saberes ancestrales son desplazados a un lugar subalterno de la sociedad capitalista, y se abandona a las verdaderas portadoras de estos conocimientos. Se niega su reconocimiento moral, social y económico sobre su propiedad intelectual colectiva. Lo expuesto denota que la propiedad intelectual, de la manera que está prevista actualmente en el derecho interno mexicano, es un producto discursivo de un breve campo epistémico, puesto que está situada en la órbita de lo privado y lo comercial, sin tener en cuenta la vinculación entre lo colectivo, la identidad cultural, la etnia y el género.

Finalmente, con base en el análisis efectuado acerca del derecho humano a la propiedad intelectual colectiva indígena, sostenemos las siguientes recomendaciones:

a) Los Estados adoptarán medidas afirmativas para garantizar sus derechos individuales y colectivos, considerando la UNDRIP y la DADPI en consulta efectiva con los pueblos indígenas. Estas disposiciones incluyen la armonización legislativa y las políticas públicas efectivas.

b) Implementar un registro nacional e internacional de conocimientos tradicionales, a fin de evitar el plagio y la apropiación por terceros, que transgreden la esfera jurídica de los pueblos indígenas.

c) Los(as) integrantes de las comunidades indígenas exigen ante los órganos jurisdiccionales el restablecimiento de su derecho humano a la propiedad intelectual colectiva indígena, según el Convenio 169, la UNDRIP y la DADPI en un sentido propersona, y la Opinión Consultiva n.º 10/89, emitida por la CIDH. Los fallos respectivos procuran el restablecimiento del derecho fundamental, favorecer la dignificación y dotar de una reparación integral, conforme a los más altos estándares internacionales.

Referencias

Asamblea Legislativa de Panamá (2000). Ley n.º 20. Del régimen especial de propiedad privada de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Ciudad de Panamá: 26 de junio de 2000. Recuperado de http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/pan41465.pdf

_____ (2019). Ley n.º 90. Ciudad de Panamá: 15 de agosto de 2019.

Busaniche, B. (2016). *Propiedad intelectual y derechos humanos. Hacia un sistema de derechos de autor que promueva los derechos culturales.* Temperley: Tren en movimiento. Recuperado de https://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2016/04/piydh_busaniche.pdf

Calderón, J. (2016). El principio de progresividad y su aplicación en los programas de salud. Recuperado de http://derechoenaccion.cide.edu/el-principio-de-progresividad-y-su-aplicacion-en-los-programas-de-salud/

Cámara de Senadores de México (2018). Proyecto de decreto por el que se expide la Ley de Salvaguardia de los Conocimientos, Cultura e Identidad de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanos. Recuperado de https://www.senado.gob.mx/64/emergente/fichaTecnica/index.php?tipo=iniciativa&idFicha=8075

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2014). *Los pueblos indígenas en América Latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos.* Santiago de Chile: CEPAL. Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37222/1/S1420521_es.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2018). Informe anual 2018. Recuperado de https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/indice.asp

Comisión Nacional de Derechos Humanos (2016). Recomendación General n.º 27/2016. Ciudad de México: 11 de julio de 2016. Recuperado de https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/generales/RecGral_027.pdf

_____ (2019a). Recomendación General n.º 35. Ciudad de México: 28 de enero de 2019. Recuperado de https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-02/RecGral_035.pdf
_____ (2019b). Recomendación General n.º 37. Ciudad de México: 21 de mayo de 2019. Recuperado de cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-07/RecGral_037.pdf

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000). Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/C. 12/2000/15). Ginebra: 13 de noviembre a 1 de diciembre de 2000.

Comunidad de Santa María Tlahuitoltepec mixe Oaxaca (2015). Pronunciamiento de la comunidad. Recuperado de http://www.viveoaxaca.org/2015/06/PronunciamientoTlahuitoltepecPlagio2015.html

Congreso de Baja California (2007). Ley de derechos y cultura indígena del Estado de Baja California. Mexicali: 5 de octubre de 2007. Recuperado de https://docs.mexico.justia.com/estatales/baja-california/ley-de-derechos-y-cultura-indigena-del-estado-de-baja-california.pdf

Congreso de Bolivia (2007). Ley n.º 3760. La Paz: 7 de noviembre de 2007. Recuperado de http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/bol145617.pdf

Congreso de Guatemala (2017). Iniciativa de Ley n.º 5247. Ciudad de Guatemala: 5 de abril de 2017. Recuperado de https://www.congreso.gob.gt/assets/uploads/info_legislativo/dictamen/1659.pdf

Congreso de la República del Perú (2018). Ley n.º 27811. Lima: 8 de agosto de 2018. Recuperado http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/BAC83DB14E7BC9FD052578B0006BD7FF/$FILE/27811.pdf

Congreso de la Unión de México (2020). Ley federal de protección a la propiedad industrial. Lima: 5 de noviembre de 2020. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPPI_010720.pdf

Congreso del Estado de Chiapas (1999). Ley de Derechos y Cultura Indígenas del Estado de Chiapas. Tuxla Gutiérrez: 29 de julio de 1999. Recuperado de https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Indigenas/OtrasNormas/Estatal/Chiapas/Ley_DCIChis.pdf

Congreso del Estado de Durango (2015). Ley General de los Pueblos Indígenas del Estado de Durango. Victoria de Durango: 27 de febrero de 2015. Recuperado de https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Indigenas/OtrasNormas/Estatal/Durango/Ley_GPCI_Dgo.pdf

Congreso del Estado de Hidalgo (2010). Ley de derechos de cultura indígena para el Estado de Hidalgo. Pachuca de Soto: 31 de marzo de 2010. Recuperado de https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Indigenas/OtrasNormas/Estatal/Hidalgo/Ley_DCIHgo.pdf

Congreso del Estado de Nayarit (2013). Ley de fomento y desarrollo de los derechos y cultura de las comunidades y pueblos indígenas del Estado de Morelos. Tepic: 2 de mayo de 2013. Recuperado de https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Indigenas/OtrasNormas/Estatal/Nayarit/Ley_DCINay.pdf

Congreso del Estado de Sinaloa (2018). Decreto n.º 381. Ley de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas para el Estado de Sinaloa. Culiacán: 30 de enero de 2018. Recuperado de https://armonizacion.cndh.org.mx/Content/Files/Indigenas/Indigenas/22Ley_DPCIE_Sin.pdf

Congreso del Estado de Sonora (2010). Ley n.º 82. Ley de derechos de los pueblos y comunidades indígenas de Sonora. Hermosillo: 9 de diciembre de 2010. Recuperado de https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Indigenas/OtrasNormas/Estatal/Sonora/Ley_DPCISon.pdf

Congreso del Estado de Veracruz (2010). Ley de derechos y culturas indígenas para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. Xalapa-Enríquez: 30 de noviembre de 2010. Recuperado de https://www.legisver.gob.mx/leyes/LeyesPDF/CULTINDIGENA.pdf

Congreso del Estado de Querétaro (2016). Ley de derechos y cultura de los pueblos y comunidades indígenas del Estado de Querétaro. Santiago de Querétaro: 17 de agosto de 2016. Recuperado de https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Indigenas/OtrasNormas/Estatal/Queretaro/Ley_DCPCIQro.pdf

Congreso del Estado de Quintana Roo (2013). Decreto n.º 140. Ley de derechos, cultura y organización indígena del Estado de Quintana Roo. Chetumal: 13 de agosto de 2013. Recuperado de https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Indigenas/OtrasNormas/Estatal/QuintanaRoo/Ley_DCOIQRoo.pdf

Consejería Jurídica del Poder Ejecutivo del Estado de Morelos (2011). Ley de fomento y desarrollo de los derechos y cultura de las comunidades y pueblos indígenas del Estado de Morelos. Recuperado de http://marcojuridico.morelos.gob.mx/archivos/leyes/pdf/LINDIGENAEM.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1989). Opinión Consultiva n.º 10/89. San José: 14 de julio de 1989. Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1263.pdf

_____ (2008). Informe Anual 2018. Recuperado de wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/920/wipo_ pub_920.pdf

Endere, M. y Mariano, M. (2013). Los conocimientos tradicionales y los desafíos de su protección legal en Argentina. *Quinto Sol, 17.* Recuperado de https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/quintosol/article/view/763/808

Fundación Alfredo Harp Helú Oaxaca (2015). Pronunciamiento de Santa María Tlahuitoltepec Mixe contra plagio de su patrimonio cultural. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=DPsJ7qSVKQI

Gómez, M. y Villar, M. del (2009). El concepto de propiedad y los conocimientos tradicionales indígenas. *En-claves del pensamiento, 3*(5), 115-135. Recuperado por http://www.scielo.org.mx/pdf/enclav/v3n5/v3n5a7.pdf

Guastini, R. (1994). Derechos: una contribución analítica. En Sauca, J. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales* (pp. 128-132). Madrid: Universidad Carlos III.

Matías, P. (19 de noviembre de 2015). Impugnarán juicio de firma francesa contra despojo a derechos mixes. *Proceso.* Recuperado de http://www.proceso.com.mx/421161/impugnaran-juicio-iniciado-por-firma-francesa-para-despojar-a-mixes-de-derechos-sobre-su-vestimenta

Mejía, J. (2010). Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista Instituto Interamericano Derechos Humanos,* (51), 55-112. Recuperado de https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-instituto-interamericano-dh/article/view/8387/7503

Ministerio de Cultura del Perú (2016). OEA aprueba declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. Recuperado de https://www.gob.pe/institucion/cultura/noticias/48776-oea-aprueba-declaracion-americana-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas

Mora, C. (2011). La importancia de las radios comunitarias indígenas de México en el proceso de revaloración y fortalecimiento de la lengua y la cultura propia: la experiencia del pueblo Ayuujk y la Radio Jën Poj: los vientos de fuego [Tesis de licenciatura en Ciencias de la Comunicación, Universidad Nacional Autónoma de México].

Olmos, A. (2015). Ética para la bio-ética, un ensayo. *Perfiles de las Ciencias Sociales*, (4), 62-70. Recuperado de http://ri.ujat.mx/bitstream/20.500.12107/2567/1/-863-723-A.pdf

Organización de los Estados Americanos (OEA) (15 de junio de 2016). Fin a 17 años de espera para los pueblos indígenas. Recuperado de https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-075/16

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (s. f.). Ratificación del C169. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (s. f.). *Propiedad intelectual y conocimientos tradicionale*s. Folleto n.º 2. Recuperado de https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf

_____ (2001). *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders.* Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Recuperado https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/768/wipo_pub_768.pdf

Poder Ejecutivo del Estado de Campeche (2011). Ley de derechos, cultura y organización de los pueblos y comunidades indígenas del Estado de Campeche. San Francisco: 29 de febrero de 2011. Recuperado de https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/ESTADO%20DE%20CAMPECHE%20(Mexico)_Ley%20pueblos%20y%20comunidades%20indigenas.pdf

Segares, E. (2005). El deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En Zerbini, R. (coord.), *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade* (t. VI) (317-341). Porto Alegre: Sergio Fabris.

Torres, G. (2004). *Mixes: pueblos indígenas del México contemporáneo*. Ciudad de México: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígena.

Unión Europea (1968). Proclamación de Teherán. Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1290.pdf

Regulación de la diversidad cultural en el Código Penal peruano. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del llamado error de comprensión culturalmente condicionado

Diego Araque
Universidad de Medellín, Colombia
daraque@udem.edu.co

1. Introducción

Como es conocido, el artículo 15 del Código Penal peruano consagra el denominado error de comprensión culturalmente condicionado. Dicha disposición señala que:

> El que por su *cultura* o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Sobre esta figura jurídica en particular, la doctrina peruana sostiene que «esta norma se engarza en el ámbito del reconocimiento del pluralismo jurídico y la jurisdicción especial, declarada en el artículo 149 de la Constitución Política de 1993. […] Además de la consagración del derecho de todo individuo a su identidad étnica y cultural» (Villavicencio, 2019, pp. 622-623)[1].

1 Villavicencio (2019) da cuenta sobre los antecedentes y el origen de esta figura en el contexto peruano.

En ese panorama, la institución jurídica aborda los casos en los cuales el individuo infringe la ley penal, y su explicación se encuentra en unos principios, valores o patrones culturales completamente distintos de la cultura predominante. Por ese motivo, cuando el autor lleva a cabo el hecho delictivo, no comprende en sí la ilicitud de su actuar o no está en condiciones de autodeterminarse conforme a la circunstancia.

El fenómeno en cuestión, como con meridiana claridad se aprecia, se presenta en sociedades que reconocen la existencia de la diversidad étnica y cultural; por ello, el tema no se trasunta en una problemática estrictamente jurídica, sino, antes bien, de cuño u origen completamente antropológico y sociológico.

La presente contribución, en consecuencia, procura establecer la naturaleza de dicha institución jurídica. Según he podido advertir, existe una discusión entre los distintos autores peruanos que se han ocupado de este tópico en particular; en efecto, algunos consideran que el artículo 15 del Código Penal peruano regula un simple caso de error (unos dicen que de tipo, los otros de prohibición). Otro sector, en contraposición, expone que se consagra una hipótesis de inimputabilidad penal. Entre estos dos extremos, hay quienes estiman que se trata de una norma permisiva (causa de justificación) que autoriza la realización del acto, incluso de un caso de inculpabilidad penal por ausencia de exigibilidad.

En ese orden de ideas, desde la perspectiva de un «observador extranjero», si se me permite la expresión, y de manera un poco osada por cierto, comentaré mi postura para establecer la naturaleza jurídica de la norma en cuestión. Mi hipótesis apunta a que el artículo 15 del Código Penal peruano es un típico caso de un error de prohibición.

Para cumplir con mi propósito, el artículo se dividirá en varios apartados con miras a seguir una ilación más o menos lógica de la discusión. En primer lugar, me ocuparé de delimitar la problemática desde una perspectiva estrictamente sistemática. Luego, procederé a ocuparme de la temática del error de prohibición como causa de exoneración de responsabilidad en materia penal. Por consiguiente, desarrollaré algunas ideas en relación con el tema de la inimputabilidad penal.

Después, me detendré de manera concreta y en estricto rigor en el objeto de estudio, es decir, la naturaleza jurídica del error de comprensión culturalmente condicionado. Finalmente, en un *excurso*, me centraré de manera crítica en la opción que entiende que estos supuestos se resuelven apelando a los tipos permisivos, que son propios de las causas de justificación dentro de la sistemática de la teoría del delito.

En ese sentido, y a partir de que la sistemática racional del delito es un conocimiento de carácter universal, el estudio de lo anterior procede a continuación, no sin antes repetir que la opinión aquí consignada puede devenir un poco «temeraria», pues la misma es abordada desde el enfoque y la lectura de un interlocutor ajeno a la doctrina peruana.

2. Cuestiones preliminares de orden sistemático

El segundo título del libro primero del Código Penal peruano expresa lo concerniente al llamado hecho punible, desarrollado, como se sabe, a partir de la elaboración conceptual con arreglo a la cual un delito se concreta en la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable[2]. Conforme a su artículo 11, los delitos y las faltas sancionados consisten en *conductas* activas u omisivas realizadas por la persona dolosa o culposa.

Por su parte, el artículo 14 regula las figuras del error de tipo y prohibición. Según se advierte en esta disposición, la primera clase comprende los casos en los que el agente se equivoca «sobre un elemento del tipo penal», mientras que la segunda modalidad abarca otros situaciones donde el autor yerra «sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal».

En otros términos, con respecto al error de tipo, el autor, tras desplegar su conducta, desconoce que lleva a cabo alguno de los elementos del denominado tipo penal objetivo, compuesto por un sujeto —activo y pasivo—, un verbo recto, un objeto —material y jurídico—, un

2 Algunos autores, además, entienden que la punibilidad es un carácter esencial del delito. Véase Polaino (2004, p. 85).

resultado —en algunos casos—, el nexo de imputación objetiva y las circunstancias de tiempo, modo y lugar —en los eventos en que así lo exige el legislador— (Araque, 2018). Por su parte, en el error de prohibición, el agente sabe plenamente que con su comportamiento está realizando todos y cada uno de los mencionados elementos del tipo penal objetivo. No obstante, no comprende en sí la ilicitud de dicha acción. La jurisprudencia alemana, que precisamente dio origen a esta clasificación, en el error de tipo, la intención o el querer no está dirigida a la realización, toda vez que el sujeto no sabe lo que está haciendo; por otro lado, en el error de prohibición, la persona sí tiene pleno conocimiento de los hechos, pero considera de manera errada que su actuar está plenamente permitido[3].

Lo anterior se expresa mejor con ejemplos de la casuística peruana: quien desconoce el contenido ilícito de un bulto (droga estupefaciente) que es hallado en su poder, obra bajo los efectos de un error de tipo. Por el contrario, quien cree comportarse por un estado de necesidad que no se configura, infringe la ley penal y actúa sobre la base del amparo de un error de prohibición.

Ahora bien, las anteriores dos medidas —de los artículos 11 y 14 del Código Penal peruano— permiten sostener que desde el punto de vista sistemático se acuña una teoría del delito acorde con la elaboración conceptual que, entre otros aspectos, entiende lo siguiente: (i) la base de todo el conocimiento racional se origina por la conducta o el comportamiento humano, independientemente de si se trata del despliegue de una actividad —delitos de acción—, o del incumplimiento de un deber legal —delitos de omisión, propia e impropia—[4]; (ii) el tipo penal, conforme a un concepto de tipo penal complejo, se compone de un tipo penal objetivo y uno subjetivo[5]; y (iii) el dolo

3 Véase Jurisprudencia Argentina (1952).

4 Sobre la conducta, como presupuesto o base de toda la sistemática del delito, véase Araque (2018).

5 El origen del tipo penal complejo se remonta a H. Von Weber (2008), quien sentó sus bases en el libro *Lineamientos del derecho penal alemán*.

y la culpa hacen parte de este último aspecto de la tipicidad, como he mencionado, el tipo penal subjetivo[6].

Las aseveraciones están fundamentadas en que, de acuerdo con el artículo 11, lo que es doloso o culposo son las acciones o las omisiones desplegadas o dejadas de realizar por el autor del hecho, las cuales son recogidas en los respectivos preceptos legales (tipo penal). Entonces, el dolo y la culpa no son parte de la categoría dogmática de la culpabilidad penal, como en otros tiempos se les consideró (esquemas causales del delito). Dichos elementos se integran a la llamada tipicidad subjetiva, como reflejo del aspecto interno de la conducta que se recoge en la correspondiente descripción normativa[7].

Pero, más todavía, la distinción del artículo 14 entre error de tipo y error de prohibición refuerza la postura o el enfoque sistemático que se viene desarrollando. En efecto, una de las consecuencias jurídicas es entender que el dolo se integra al tipo penal subjetivo. Por tanto, consiste precisamente en diferenciar entre estas dos clases de error: la primera afecta al presupuesto de imputación de responsabilidad penal de la tipicidad; la segunda, en cambio, repercute en la categoría dogmática de la culpabilidad[8].

Ahora bien, el sujeto que desconoce que dentro de su bolso hay una sustancia estupefaciente obra, según ya se precisó, bajo los efectos de un error de tipo. En ese caso, el autor lleva a cabo una conducta que, ciertamente, no es típica, dado que *desconoce* precisamente uno de los elementos del tipo penal objetivo (la naturaleza de la sustancia en sí misma considerada). De acuerdo con el artículo 14, si este desconocimiento fuese invencible, se excluye la responsabilidad penal, debido a la ausencia del componente del dolo, y con ello la tipicidad subjetiva. Por el contrario, si dicha equivocación era posible de ser superada (error vencible), subsiste en todo caso el castigo a título de

6 Esta postura fue desarrollada por H. Welzel (1997), y perdura hasta nuestros días, aunque se fundó en razones metodológicas distintas o diferentes a las desarrolladas en su momento por este autor.

7 Sobre estas precisiones sistemáticas, véase Schünemann (2012).

8 En relación con la evolución de la problemática del error, véase Fernández (2007).

culpa para aquellos casos en que el legislador hubiese contemplado este tipo de responsabilidad, ya que, de no ser así, quedaría completamente impune, como sucede exactamente en los delitos de tráfico ilícito de droga, regulados en los artículos 296 y siguientes del Código Penal peruano.

Ahora bien, en el segundo caso, el agente cree obrar bajo el amparo de un estado de necesidad que, en realidad, no se configura, como ya también se señaló, lo realiza amparado por un error de prohibición. Según el mismo precepto, si el error es invencible, se excluye igualmente la responsabilidad penal, pero por falta de la categoría dogmática de la culpabilidad, puesto que se trata de un caso sin conciencia sobre la ilicitud del acto. No obstante, si el error es vencible, el juzgador debe necesariamente atenuar la respectiva pena, con el objetivo de que luego asuma la responsabilidad penal por una conducta punible que fue llevada a cabo con dolo. Es relevante precisar que, para la mayoría de la doctrina, el componente de la conciencia de la ilicitud se examina en la culpabilidad penal, independientemente de cómo sea concebido este último peldaño o escalón dentro de la moderna sistemática racional del delito[9].

En definitiva, conforme al Código Penal peruano, el delito está en una conducta en relación con la cual se hace necesario verificar los presupuestos de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Asimismo, el dolo y la culpa serán analizados a nivel del tipo penal subjetivo. En suma, es posible diferenciar entre el error de tipo y el error de prohibición en los términos anteriormente señalados.

3. Análisis en concreto del error de prohibición

Como he expuesto, una de las modalidades del error, en materia penal, es la de prohibición. Este error recae en sí sobre la ilicitud de la conducta o del comportamiento. En palabras de Roxin (1997), «concurre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe

9 Para saber más sobre la posibilidad de comprender el ilícito del acto como componente de la culpabilidad, véase Frister, H. (2016, pp. 379-ss.).

que su actuación no está permitida» (p. 861). Por ejemplo, un extranjero en territorio peruano mantiene un acceso carnal con una niña de 12 años. El sujeto, de forma completamente equivocada, considera que su conducta no es ilícita, puesto que en su país de origen es legal sostener este tipo de actos con menores, de manera plenamente autorizada por el respectivo ordenamiento jurídico. En ese caso, en efecto, se está en presencia de un error de prohibición. Para ilustrarlo mejor, veamos un evento de la jurisprudencia peruana del cual nos da cuenta Villavicencio (2019): «El miembro de una comunidad nativa de la Amazonía que practica actos sexuales con una menor de 14 años, pues en su comunidad es costumbre la convivencia incluso con menores de 12 años» (p. 624).

Con respecto al error de prohibición, se suele elaborar una clasificación. Por un lado, se describe el error de prohibición directo; igualmente, por otra parte, el error de prohibición indirecto. El primero recae sobre normas que en principio prohíben una conducta; es decir, disposiciones de naturaleza prohibitiva. El segundo se concreta, en cambio, en preceptos que autorizan un comportamiento que estaba impedido por el respectivo orden jurídico; en otras palabras, normas de naturaleza permisiva[10].

A su turno, el error de prohibición directo se clasifica de la siguiente forma: (i) el error de prohibición directo sobre la *existencia* de una norma prohibitiva (el extranjero que desconoce que, en la legislación peruana, está prohibido el vínculo carnal con una menor de edad, según el artículo 173 del Código Penal); (ii) el error de prohibición directo sobre la *vigencia* de una medida de naturaleza prohibitiva (un sujeto, completamente equivocado, considera que la prohibición de sostener acceso carnal con una menor de edad en el territorio peruano ha dejado de producir efectos jurídicos, por derogatoria, por ejemplo); y (iii) el error de prohibición directo sobre la *interpretación* de un precepto que impide la realización de la conducta (un individuo cree, de manera desacertada, que como la menor de edad es una «modelo webcam» no opera en este caso la prohibición).

Una clasificación similar es oportuna para la otra clase de error de prohibición, a saber, el indirecto. En primer lugar, (i) existe el error

10 Con respecto a las distintas clases de error, véase Velásquez (2017, pp. 539-ss.).

de prohibición indirecto sobre la existencia de una norma permisiva (el sujeto cree que en su caso le está permitido la relación carnal con la menor de edad, debido a una supuesta autorización para los extranjeros que adquieren un «paquete turístico»). En segundo lugar, (ii) tenemos el error de prohibición indirecto sobre los límites de una normativa permisiva (el sujeto que, con base en lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 20 del Código Penal peruano, se defiende de una agresión ilegítima y piensa erradamente que en este caso no rige la necesidad racional del medio). Finalmente, (iii) el error de prohibición indirecto sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (el agente considera que se está defendiendo de una agresión ilegítima, cuando en realidad esta última no existe, así, son supuestos que otrora eran denominados como casos de defensa putativa[11]). Todos los anteriores aplican como hipótesis de error de prohibición.

Ahora, dependiendo de la solución que se acoja en relación con esta temática, se suele hablar en materia de error de las teorías estricta y limitada de la culpabilidad[12]. En el primer caso, la solución a los distintos supuestos de error de prohibición opera de la siguiente forma: si el error fue invencible (insuperable para el autor en sus condiciones concretas y específicas), se exime de responsabilidad penal (absolución); pero si el error fue vencible (superable en el caso específico, según las circunstancias de tiempo, modo y lugar), se *faculta* al juez de conocimiento para rebajar una sanción consagrada en la correspondiente norma penal.

Entonces, ¿cómo se soluciona el error de prohibición según la teoría limitada? La respuesta es la absolución si el error fue invencible; sin embargo, si fue vencible, se propone una rebaja *obligatoria* de la pena por parte del juez.

Por tanto, el Código Penal peruano se acoge a la teoría de la culpabilidad limitada en materia de error. De ese modo, el inciso final del artículo 14 señala que «El error invencible sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena».

---

11 Véase Agudelo Betancur (2001).

12 Véase, entre otros, Roxin (1997, pp. 861-866).

4. Diferencias entre el error de prohibición y la inimputabilidad en materia penal

Tras esclarecer el llamado error de prohibición, me centraré en diferenciar esta figura o institución jurídica de la inimputabilidad penal. En esa línea, se ha considerado que esta última radica en la capacidad de culpabilidad que presenta cada uno de nosotros en un caso específico, como seres libres, autónomos y responsables que obramos en el día a día con respecto a nuestras distintas actividades.

En principio se estimó que esa imputabilidad era un presupuesto de la categoría dogmática de la culpabilidad penal. Con posterioridad, e incluso hasta la actualidad, se afirma que la imputabilidad es un componente que se debe examinar dentro del presupuesto de la culpabilidad, junto con otros requisitos que configuran y estructuran este último presupuesto de imputación de responsabilidad. Según Wessels, Beulke y Satzger (2018): «un componente culpable requiere, como elemento positivo de la culpabilidad, que el autor sea imputable en el momento de la comisión del hecho» (p. 279); es decir, «la imputabilidad penal se sustenta en la capacidad de una persona para poder responder jurídicamente por sus acciones y, por lo tanto, recibir imputaciones penales» (García, 2019, p. 675).

A partir de lo anterior, sea lo que fuere —un presupuesto o un ingrediente de la culpabilidad—, lo cierto es que el aspecto contrario, que vendría dado por la inimputabilidad penal, consistiría justamente en esa falta de capacidad para que una persona sea culpable. El factor se explica perfectamente por varias razones. Entre ellas figuran las alteraciones de tipo mental (trastornos mentales), las situaciones de ausencia de un desarrollo adecuado de las esferas de la personalidad (inmadurez psicológica) y, según algunos, los aspectos culturales relacionados a cómo las personas conciben su vínculo con el mundo circundante (diversidad cultural). En cualquiera de estos casos, ciertamente, puede sobrevenir la realización de un hecho dispuesto como punible, pero el autor no tuvo esa capacidad concreta de culpabilidad de la que se habla. Es decir, por ejemplo, un individuo, que sufre paranoia o esquizofrenia, atenta contra la vida de otra

persona, determinado por su correspondiente patología, que influye en el acto, cuya ilicitud no fue objeto de comprensión.

En ese panorama, generalmente, se sustenta que las circunstancias anteriores serían las causas que originan la inimputabilidad de una persona, conforme a las concepciones del tipo biológico. En la actualidad, predominan otros enfoques que entienden que la inimputabilidad en materia penal no solo se determina con fundamento en las causas, sino que estas generan algunos efectos: (i) la incomprensión de la ilicitud del acto y (ii) la falta de autocontrol sobre su comportamiento. En consecuencia, ambas perspectivas consideran de naturaleza mixta la determinación de la inimputabilidad penal en vínculo con la causa respectiva y, a su vez, con el efecto que esta originó, en el caso concreto, en el autor[13].

Con respecto a la inimputabilidad, el Código Penal peruano dispone lo siguiente:

> Está exento de responsabilidad penal: 1. El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión. 2. El menor de 18 años (art. 20, nums. 1-2) [14].

Por lo tanto, resulta sencillo colegir que la inimputabilidad penal es un fenómeno completamente distinto del error, ya que este último, llámese de tipo o prohibición, se explica por un yerro, una discrepancia o una ausencia de conocimiento en el autor. Cierto es que la equivocación y el desconocimiento son dos fenómenos intelectivos completamente distintos entre sí; sin embargo, para efectos jurídicos, ambos se agrupan bajo la figura del error.

Por el contrario, la inimputabilidad es la afectación del intelecto o de la capacidad de autodeterminación, que no se manifiesta por el

13 Sobre las fórmulas legales de la inimputabilidad penal, véase Velásquez (2017, pp. 552-553).

14 Para mayor información sobre este tema en el Código Penal peruano, consúltese García (2019, pp. 675-ss.).

desacierto o la carencia de saberes, sino más bien por aspectos de otra naturaleza; verbigracia, las afectaciones de las facultades mentales de orden patológico, la indebida maduración de las esferas intelectiva, volitiva o afectiva que definen la personalidad e individualidad, y la cosmovisión del individuo.

En ese sentido, importa diferenciar los casos de error de los supuestos de inimputabilidad penal, porque en el primer evento hay lugar a la exoneración de responsabilidad (si el error es invencible, por ejemplo), mientras que, en el segundo caso, la inimputabilidad, subsiste la responsabilidad penal. En esa línea, es cierto que la respuesta punitiva no sigue la lógica que explica el sentido y los fines de la pena estatal (imposición de medidas de seguridad, en los términos establecidos en los artículos 71 y siguientes del Código Penal peruano).

5. Naturaleza del error de comprensión culturalmente condicionado: ¿caso de error o inimputabilidad penal?

Es necesario establecer la naturaleza jurídica del denominado por el Código Penal peruano como error de comprensión culturalmente condicionado, toda vez que, según se colige, no existe consenso entre los autores sobre este aspecto en particular.

Para ilustrarlo de nuevo, ¿cómo solucionar el caso del integrante de la comunidad nativa del Amazonas —donde es costumbre la convivencia desde edades muy tempranas— que mantiene actos sexuales con una menor de 14 años?

Villavicencio (2019) entiende que el artículo 15 del Código Penal peruano regula «casos de inexigibilidad, originadas por el condicionamiento cultural. Primera: por error de comprensión culturalmente condicionado (art. 15, Código Penal). Segunda: inexigibilidad por el condicionamiento cultural del sujeto no originada por error» (pp. 631-632). Es decir, interpreta el precepto como eventos que permiten excluir la responsabilidad penal por falta de exigibilidad, uno de ellos, precisamente, por razones de error provocado en motivos de una cultura diferente a la de las «mayorías» o de tipo simplemente

«predominante», en tanto que el otro supuesto comprendería los casos de inexigibilidad por el condicionamiento cultural en sí mismo.

Cabe recordar que, en el primer caso, la equivocación en el autor surge por razones de orden cultural, y depende de la propia visión del el mundo que lo rodea, como el caso del integrante de la comunidad. Asimismo, según Villavicencio (2019), no es posible exigirle al sujeto el respeto por la norma penal que prohíbe esas conductas, pues, lisa y llanamente, no estaría en condiciones de comprender el mensaje normativo.

Por su parte, García Cavero (2019) estima que la normativa es un caso de error que, dependiendo de las circunstancias, puede ser tratado como error de tipo o prohibición. Así, afirma que:

> Si los condicionamientos culturales impiden el acceso al conocimiento de las prohibiciones penales […], entonces el error culturalmente condicionado será un error de prohibición en sentido estricto. Si, por el contrario, los condicionamientos culturales no impiden el acceso a la prohibición penal, sino que influyen en la comprensión del hecho como antijurídico o en la capacidad de asumir dicha comprensión en el proceder concreto, entonces el error será de tipo (p. 700).

Con respecto a una solución de la inimputabilidad, Hurtado Pozo (2018) es categórico al manifestar que:

> nuestra crítica a la interpretación conforme a la cual el artículo 15 prevé el denominado error culturalmente condicionado considera, entre otros puntos, el hecho que el artículo 15 es interpretado de manera aislada, sin ponerlo en relación con otras disposiciones, en particular con el artículo 20 inciso 1, que regula la capacidad de culpabilidad. En relación con esta disposición, hay que destacar que el legislador ha utilizado la misma técnica legislativa para redactar el artículo 15. En ambos se utiliza una fórmula mixta consistente en señalar las causas que conducen a eliminar la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o la capacidad de determinarse según esta apreciación. Si en el artículo 20 inciso 1 dichas causas son la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia o las alteraciones de la percepción, en el artículo 15 son la cultura o las costumbres del autor del hecho

> punible. Aun cuando en esta norma legal se dice «sin poder» en lugar de mencionar directamente las capacidades en cuestión, hay que afirmar que en ambas normas se trata de la facultad de comprender y de determinarse. Poder, facultad y capacidad se refieren al potencial psíquico para hacer algo, por ejemplo, comprender el carácter delictuoso de un acto (p. 71).

A partir de ello, considero que el artículo 15 efectivamente es el reconocimiento de un típico error de prohibición, concretamente, directo. En efecto, fue la respuesta acuñada en su época por Zaffaroni, quien al día de hoy sostiene que:

> Tal sucede cuando el esfuerzo que hubiese debido realizar el autor fuese de magnitud tal que surja claramente su inexigibilidad jurídica y, por lo tanto, quede excluida la reprochabilidad, o sea, cuando el error de comprensión sea un invencible error de prohibición. Cabe entender que este supuesto tiene lugar principalmente cuando la dificultad para la comprensión está condicionada culturalmente (Zaffaroni et al., 2000, p. 705)[15].

15 Esta solución ha sido acogida en Colombia por autores como Benítez Naranjo (1988) y Fernández (2016). Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha reconocido la posibilidad del error de prohibición en este tipo de casos. Así, en la Sentencia n.º C-370 de 2002, se manifestó que «Para responder la anterior interrogante, la Corte considera que es muy ilustrativo realizar el siguiente experimento mental: supongamos que hay una persona, que no es indígena ni hace parte de un grupo cultural con autoridad propia reconocida por el Estado; pensemos que ese individuo comete una conducta típica y antijurídica. La pregunta que surge, entonces, es la siguiente: ¿qué podría sucederle, en nuestro ordenamiento constitucional y legal, a ese individuo, si al momento de realizar ese hecho no tenía la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o de determinarse con base en esa comprensión, debido precisamente a su diversidad cultural? Ahora bien, esa persona no podría ser considerada inimputable, conforme a la regulación prevista en las normas acusadas, puesto que, en caso de ser encontrada responsable, no podría aplicársele la medida de seguridad prevista por la ley. La razón es muy simple: ese individuo no podría ser reintegrado a su medio cultural con la previa coordinación con la autoridad de su cultura, puesto que, como se dijo, su cultura no tiene una autoridad reconocida ni un medio cultural definido. Esto significa que a una persona en esas circunstancias las normas acusadas no le son aplicables, como ya se explicó anteriormente en esta sentencia. En efecto, en los fundamentos 6 y ss. de esta providencia, la Corte anotó que las disposiciones acusadas no se aplican a todas

La ventaja de esta solución es que (i) reconoce la pluralidad cultural y la diversidad étnica de pueblos como el peruano, donde no es posible hablar de la existencia de una única cultura o la supremacía de algún grupo de individuos en particular; (ii) tiene en cuenta que no hay culturas «superiores» a otras, por lo que no es posible que se imponga una sobre las demás; (iii) en el plano penal, parte de un concepto antropológico en el que predomina el individuo de carne y hueso, con todas sus facetas y rasgos de todo tipo que permiten su caracterización y el reconocimiento de su individualidad como ser viviente en el mundo físico y social; (iv) conforme al anterior, presupone el principio de la dignidad humana como eje central de la responsabilidad penal, personal e individual, de acuerdo con el principio de culpabilidad subjetiva que rige en materia punitiva.

En consecuencia, (v) considera que el sujeto que infringe la ley penal ordinaria por razones de orden cultural no es un ser inferior, anormal o «defectuoso»; (vi) según el principio de culpabilidad penal, que exige la culpabilidad subjetiva, el control y la comprensión plena en cada caso en particular, reconoce que en este tipo de hipótesis no hay responsabilidad penal; (vii) por lo tanto, y si ello es así, no es posible

---

las personas, sino únicamente a los indígenas y a quienes hagan parte del grupo cultural que (i) posea un medio cultural propio definido, y (ii) tenga autoridades propias reconocidas por el Estado. Ahora bien: ¿significa lo anterior que esa persona, que no hace parte de un grupo cultural con esas características, y realiza una conducta típica y antijurídica, pero no comprende la ilicitud debido a su particular cosmovisión, debe entonces ser declarada culpable y ser condenada a la pena respectiva? Todo indica que la respuesta, desde el punto de vista de la dogmática penal, es negativa. En efecto, en ese evento la persona ha incurrido en un error de prohibición, puesto que su diversidad cultural le impide comprender la ilicitud de esa conducta, o determinarse con base en esa comprensión. Y en principio es razonable concluir que ese error era invencible, pues la persona, debido a su diversidad cultural, carecía en ese momento de la posibilidad de comprender la ilicitud de esa conducta. En tales condiciones, no resultaría compatible con un derecho penal culpabilista imponerle una sanción, puesto que a ella, en sus circunstancias específicas, no podía exigírsele que dejara de realizar un comportamiento, cuya ilicitud no comprendía. Una conclusión parece imponerse, teniendo en cuenta la naturaleza de la culpabilidad, y que el nuevo estatuto penal eliminó el mandato según el cual la ignorancia de la ley no excusa, y que el ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando *se obre con error invencible de la licitud de la conducta*, esa persona debería ser absuelta» (párr. 17).

imponer ningún tipo de sanción en estos supuestos, ni siquiera por una imputabilidad disminuida o un menor reproche de culpabilidad. En ese sentido, (viii) no son aplicables las penas para imputables, tampoco las medidas de seguridad; (ix) entonces, lo contrario sería entender que los sujetos que infringen las leyes penales por razones de orden cultural (falta de comprensión) no tendrían derecho a los efectos de exoneración de responsabilidad penal, bajo el amparo de la figura del error de prohibición invencible, solución que abriría la compuerta a no pocos casos de injusticia, más todavía si de por medio se encuentra una herramienta supremamente selectiva, como sin hesitación alguna lo es el sistema penal. Finalmente, (x) se reconoce que la inimputabilidad penal es un fenómeno *residual* que, por lo tanto, obliga a examinar previamente que no exista alguna causa de ausencia de responsabilidad penal (causas de inacción, atipicidad, justificación o inculpabilidad)[16].

6. *Excurso.* La solución de la justificante

Antes de finalizar, es importante examinar, en último lugar, la opción que en este tipo de casos, esto es, la comisión de conductas punibles como consecuencia de una diversidad sociocultural explicada por un defecto en la comprensión del ilícito, elige la solución del reconocimiento de una causa de justificación.

Esa perspectiva ha sido revisada por García Vítor (2005), quien, en términos generales, estima que en los eventos de comisión de comportamientos delictivos, fruto de unos valores culturales distintos, hay una colisión de responsabilidades. Así, cuando ello suceda prevalecerá la obligación que estaría orientada a la preservación de la cultura del sujeto, y a ampararlo bajo una causal de justificación del hecho. Concretamente, en el contexto argentino, el autor sostiene que:

16 Sobre este tema, Agudelo Betancur (1999) precisa que «a partir de lo anterior, sostuve dos postulados: la inimputabilidad es un fenómeno derivado y residual; es un fenómeno derivado, pues se deriva de la enajenación mental o de la inmadurez psicológica; es un fenómeno residual porque se entra a discutir cuando se han descartado causales de justificación y de inculpabilidad» (p. 98).

> [una] vinculación estrecha guarda la reciente reforma constitucional argentina que ha incluido dentro de las atribuciones del Congreso (art. 75) una norma por la que dispone reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizando el respeto a su identidad. La disposición constitucional aporta a la discusión, en el ámbito nacional, un importante elemento que nos permitiría solucionar el problema de la diversidad —cuando se sustenta en las culturas abarcadas—, construyendo una causa de justificación, marginada de su solo asentamiento en la actuación por conciencia. Es indudable que en la disyuntiva de cumplir con un deber que surge de la propia cultura y otro impuesto por una norma de la cultura hegemónica, si se opta por el primero, el actuar que incumple el segundo, estará justificado (p. 157).

Esta solución resulta atractiva, sugestiva y verdaderamente novedosa. Empero, considero que no se compadece con las reglas que regulan la sistemática del delito. Por ello, esta postura terminaría reconociendo que la persona que infringe la ley penal, como consecuencia de una visión distinta del mundo explicado en razones de orden cultural, lleva a cabo una conducta plenamente establecida dentro del respectivo ordenamiento jurídico. Cabe recordar que las causas de justificación son consideradas como normas que autorizan la realización de un hecho que en principio está proscrito por las normas penales (Araque, 2018). Según esta opinión, el integrante de la comunidad de la Amazonía, quien mantiene relaciones sexuales con una menor, ejecuta una conducta que en su caso estaría plenamente permitida.

Más allá de las discusiones sobre los vínculos entre tipicidad y antijuridicidad penales[17] (teoría de la regla-excepción, teoría de la *ratio essendi*, teoría de la tipicidad conglobante, etc.), lo cierto es que quien efectúa dicho acto, desde el amparo de una causa de justificación, desempeña un comportamiento plenamente admitido por el orden jurídico, no es desde luego el escenario en los casos que ocupan nuestra atención.

17 Sobre las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad, véase Roxin (1997, pp. 283-ss-).

Entonces, si las conductas de los integrantes de las comunidades indígenas son llevadas a cabo dentro de sus respectivos territorios, no opera en dicho caso la aplicación del derecho penal ordinario. En consecuencia, son simplemente eventos en los cuales rige el reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales de los pueblos indígenas, en cuyo caso los hechos cometidos se juzgarán por las propias costumbres ancestrales de este sector. Pero si esta no es considerada como delictiva, simplemente no es ilícita. Por tanto, no existe ningún tipo de colisión o conflicto cultural.

7. Conclusiones

En suma, el problema se suscita cuando el hecho es cometido fuera de los límites de los respectivos territorios de los integrantes que pertenecen a poblaciones originarias; en particular, es en estos casos donde justamente se aplica el derecho penal ordinario o el Código Penal peruano. En este contexto, no creo que sea sostenible, desde el punto de vista dogmático, que los comportamientos materializados por una persona que no comprende o interioriza su ilicitud, debido a razones de orden cultural, sea la solución del reconocimiento de una causa de justificación, y se trataría de una conducta que supuestamente estaría plenamente permitida.

En ese panorama, me parecería bastante «fuerte», por decir lo menos. Por ese motivo, en este otro contexto, la medida correcta no se remonta al presupuesto de la categoría dogmática de la antijuridicidad, sino a la de la culpabilidad penal; en adición, el error de prohibición es la solución que permite resolver estos eventos, tras reconocer que la persona no comprendió la ilicitud de su comportamiento, por cultura. En función de ello, se garantiza la diversidad étnica de nuestras regiones, sin tomar en cuenta, de forma equivocada, la prevalencia de algún tipo de cultura sobre las demás.

Referencias

Agudelo, N. (1999). *Documentos para la reforma penal.* Medellín: Ediciones Nuevo Foro.

_____ (2001). *La defensa putativa en el Código Penal.* Medellín: Ediciones Nuevo Foro.

Araque, D. (2018). *Derecho penal. Introducción y fundamentos de imputación de responsabilidad penal*. Bogotá: Ibáñez.

Benítez, H. (1988). *Tratamiento jurídicopenal del indígena colombiano*. *¿Inimputabilidad o inculpabilidad?* Bogotá: Temis. Recuperado de https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TABLAS%20DE%20CONTENIDO%20Y%20TEXTOS%20COMPLETOS/345%20-%20DERECHO%20PROCESAL%20PENAL%20Y%20PROCESAL%20CIVIL/BELM-14622(Tratamiento%20jur%C3%ADdicopenal%20del%20ind%C3%ADgena%20-Ben%C3%ADtez).pdf

Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencia n.º C-370/02. Bogotá: 14 de mayo de 2002. Recuperado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-370-02.htm

Fernández, J. (2007). *Delito y error. Perspectiva político-criminal y esquema dogmático*. Bogotá: Leyer.

_____ (2016). *Derecho penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas*. Lima: Idemsa.

Frister, H. (2016). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi.

García Cavero, P. (2019). *Derecho penal. Parte general.* Lima: Idea.

García Vítor, E. (2005). Culturas diversas y sistema penal. En García, S. (coord.), *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados* (pp. 117-177). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/23806

Hurtado, J. (2018). Derecho penal y diferencias culturales: el caso peruano. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, *29*(86-87), 59-94. Recuperado de https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/617/582

Polaino, M. (2004). *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas.* Lima: Grijley.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.

Schünemann, B. (2012). Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. En Schünemann, B. y Silva, M. (coords.), *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales* (pp. 31-96). Montevideo: B de F.

Velásquez, V. (2017). *Fundamentos de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda y Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Villavicencio, F. (2019). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.

Von, H. (2008). *Lineamientos del derecho penal alemán*. Buenos Aires: Ediar.

Wessels, J., Beulke, W. y Satzger, H. (2018). *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*. Lima: Instituto Pacífico.

Welzel, H. (1997). *Derecho penal alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.

El trabajador social en el peritaje social: una especial atención a los colectivos vulnerables en el contexto de la administración judicial española[1]

Mario Millán-Franco
Universidad de Málaga, España
mmillan@uma.es

Laura Domínguez de la Rosa
Universidad de Málaga, España
ldominguez@uma.es

Sofía Louise Martínez Martínez
Universidad de Málaga, España
sofia.martinez@uma.es

1. Introducción

En palabras de Caravaca (2016), en los últimos años, en el contexto español, surgieron nuevos ámbitos de intervención para la carrera de Trabajo Social, que incluyen grandes dosis de innovación y emprendimiento, en algunas ocasiones desde el ejercicio libre de la profesión, y en otras desde entidades públicas y privadas. De esa forma, entre los nuevos escenarios donde los(as) trabajadores(as) sociales poseen competencias académicas y profesionales, se encuentran el *marketing* social, la planificación estratégica de servicios de bienestar, la mediación, la gestión y dirección de servicios y equipamientos o el peritaje sociales.

1 Este trabajo es fruto de una estancia de investigación posdoctoral realizada en la Universidad Nacional de Irlanda (Maynooth, Irlanda) en 2019, y financiada por el Plan Propio de Investigación y Transferencia de la Universidad de Málaga (España).

En ese sentido, según Moneo-Estany y Anaut-Bravo (2018), en el propio Libro Blanco de la ANECA[2], de 2004, se reconocen nuevos ámbitos de intervención para el área de trabajo social, entre ellos, el peritaje social, que manifiesta los vínculos de la disciplina con el emprendimiento, el contexto empresarial y los derechos humanos (Raya y Caparrós, 2013). Al igual que en otros países, paulatinamente la disciplina se ha asociado al sistema judicial, a través de la práctica pericial (Gómez y Roldán, 2019). La vinculación entre el sistema judicial y las ciencias sociales se originó por medio de la prueba pericial, y su ayuda en la edición y la ejecución de sentencias favoreció a la justicia de la sociedad en su conjunto (Soto, 2016). Así, se considera que:

> en las rutas conceptuales, metodológicas y técnico-instrumentales del Trabajo Social contemporáneo, sobresale una figura sociojurídica, el Peritaje Social [...], con destacada acción profesional desde hace varias décadas, pero solo recientemente es considerada de su fuero doctrinal (Quintero, 2014, p. 71).

El objetivo del presente estudio es analizar el estado de la cuestión sobre el protagonismo de la carrera de trabajo social, mediante el peritaje social en la administración judicial española, primordialmente en colectivos vulnerables. Para ello se ha realizado una revisión bibliográfica de corte cualitativo con bases de datos electrónicas (Social Services Abstracts, Scopus, Dialnet y Google Académico).

En los siguientes apartados, presentaremos de manera sistematizada las diferentes líneas temáticas emergidas de la investigación sobre el objeto de estudio: «el trabajo social en la administración de

2 De acuerdo con el Gobierno de España (s. f.): «La Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) es un Organismo Autónomo, adscrito al Ministerio de Universidades, que ha sido creado por el artículo 8 de la Ley n.º 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, procedente de la conversión de la Fundación Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación en organismo público, que tiene como objetivo contribuir a la mejora de la calidad del sistema de educación superior mediante la evaluación, certificación y acreditación de enseñanzas, profesorado e instituciones» (s. p.).

justicia: una singular mirada al contexto español», «el perito social en la administración judicial española» y «el informe pericial: una especial atención a los colectivos vulnerables».

2. El trabajo social en la administración de justicia: una singular mirada al contexto español

En el panorama actual, la intervención profesional de los(as) trabajadores(as) sociales requiere su inclusión en el derecho, ya que no es posible una intervención integral que no contemple el acceso a la justicia, el ejercicio de derechos y la igualdad (Arroyo, Santos y Mendoza, 2019). Conforme al Colegio Profesional[3] de Trabajo Social de Málaga (2020), el trabajo social forense es aquella actividad profesional que en calidad de peritos(as) llevan a cabo desde la administración de justicia, cuyo propósito es realizar una investigación con finalidad jurídica. En este ámbito de actuación, el(la) trabajador(a) social se denomina trabajador(a) social forense o trabajador(a) social en el campo socio-jurídico (Honores y Quizhpe, 2019). En esa línea, Reyes (2015) sostiene que:

> el peritaje social no es un instrumento como se ha aseverado, sino que es un proceso que se materializa en un informe como corolario al transcurso de la investigación, entregándose a modo de testimonio con miras a constituirse en un medio de prueba para la toma de decisiones de la judicatura (p. 68).

Así, el desarrollo de una pericia social demanda un diagnóstico que encuadre con objetividad, ética profesional y cientificidad

3 Según el Colegio Profesional de Trabajo Social (s. f.): «Los colegios profesionales son instituciones reconocidas por la Constitución Española (art. 36) diferentes en naturaleza y funciones a todas las demás. Por tanto, no son ni asociaciones (art. 22), ni sindicatos (art. 28), ni asociaciones empresariales (art. 7), ni fundaciones (art. 34), ni organizaciones profesionales (art. 52), ni nada parecido [...]. Son eso, corporaciones de derecho público con unas funciones muy específicas y necesarias en su papel de entidades de vertebración social» (s. p.).

los aspectos que favorezcan el resarcimiento de un derecho humano (Valdivieso, Espín y Buenaño, 2017). Con respecto al informe pericial, Zarco (2014) manifiesta que:

> [es un] documento en el que un experto en determinada materia expone sus conclusiones tras haber realizado una investigación exhaustiva sobre algún asunto relacionado con su formación y experiencia, aportando información útil a los órganos judiciales para la toma de decisiones al resolver sobre un procedimiento judicial. Constituye un medio de prueba (p. 5).

De acuerdo con Gómez y Soto (2015), desde 1982, en el ámbito de la justicia española, los(as) trabajadores(as) sociales emiten informes que contribuyen en las decisiones judiciales y en la vida de las familias. Su intervención a veces se desarrolla de manera individual, con el empleo de técnicas de evaluación inherentes a la disciplina y la elaboración de textos sociofamiliares; en otras situaciones, se coordina con los(as) psicólogos(as) un informe psicosocial. En ese sentido, la aplicación del derecho de familia, la actuación del(la) trabajador(a) social judicial o de los equipos psicosociales[4] y el propio proceso de las familias en crisis son situaciones notablemente complejas que deben abordarse con extrema sensibilidad.

Así, en relación con la legislación española sobre la materia, destacan el Real Decreto n.º 1322/81, de 3 de julio, por el que se crean los Juzgados de Familia; la Ley n.º 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, que determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio; la Ley n.º 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; la Ley Orgánica n.º 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del

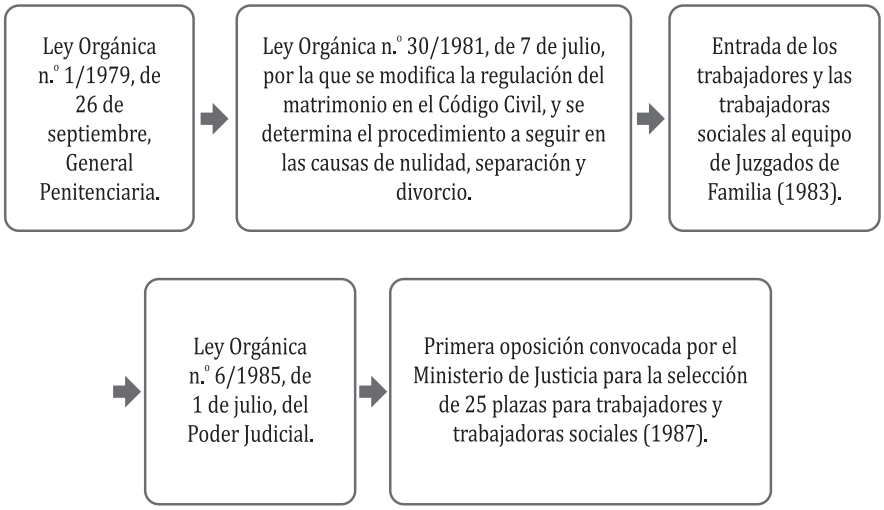
4 «Los Equipos Psicosociales de la Administración de Justicia en Andalucía son elementos de apoyo técnico, especializado en las disciplinas del Trabajo Social y la Psicología, que ofrecen sus criterios a los órganos judiciales encargados de resolver los asuntos judiciales con menores implicados en materia de derecho de familia. Su principal función es aportar información al órgano judicial sobre la idoneidad de los dos progenitores para ostentar la guarda y custodia de los hijos menores y cuál debe ser el régimen de visitas, siempre velando por el interés superior de los menores» (Defensoría del Pueblo Andaluz, 2019, s. p.).

menor; la Ley n.º 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio; y la Ley n.º 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Las funciones del Ts[5] son las de informar y asesorar sobre la realidad estudiada e investigada, definiéndose la figura del trabajador social en la administración de justicia, conforme se recoge en el Convenio Único para el personal laboral de la administración del Estado. En el que es catalogado como profesional en el área sanitario-asistencial (Berrocal, 2014, p. 41).

La inclusión del trabajo social dentro de los órganos de la administración judicial española estuvo marcada, según Cabrera (2019), por una serie de acontecimientos legislativos cronológicos, que se especifican a continuación.

Figura 1. Acontecimientos legislativos de la inclusión del trabajo social en la administración judicial española



Fuente: Elaboración propia con información de Cabrera (2019).

En suma, según Zarco (2014), en España existen cuatro formas diferentes de relación entre el trabajo social y la administración de justicia. En primer lugar, el(la) trabajador(a) social desempeña su labor

5 Ts se refiere, en este contexto, a los(las) trabajadores(as) sociales.

profesional en empresas públicas o privadas. En ese caso, se constituye como un(a) profesional externo(a) de la institución judicial, ya que se le notifica realidades de privación de derechos o constitutivas de delitos, y se insta a intervenir a los órganos judiciales. En esta casuística, el informe social es el instrumento utilizado, y durante el procedimiento judicial el(la) trabajador(a) social puede ser citado(a) en calidad de testigo. En segundo término, el(la) empleada(do) social ejerce su labor en recursos de la Consejería de Justicia, que se gestionan con contratos administrativos. Son los(as) trabajadores(as) sociales quienes forman parte de los equipos técnicos que componen el Servicio de Asistencia a Víctimas en Andalucía (SAVA)[6], Centros de Internamientos de Menores, Puntos de Encuentro Familiar[7], entre otros. Sus herramientas documentales son los proyectos de intervención y los informes sociales que emiten a los órganos judiciales y los Equipos Técnicos de Menores. En tercera instancia, el(la) trabajador(a) social cumple tareas como profesional libre, inscrito en el Registro de Peritos Judiciales del Colegio Oficial de Trabajadores Sociales de la respectiva localidad donde lleve a cabo su actividad pericial. Elabora también como perito(a) judicial un dictamen pericial sobre algún aspecto importante en el procedimiento judicial. Asimismo, el informe pericial se solicita a instancia de partes, o por el Ministerio Fiscal, aunque siempre con el visto bueno del(la) juez(a). Por último, los(as) trabajadores(as) sociales son personal laboral de la Conserjería de Justicia, como parte del personal de Servicios de Apoyo a la Administración Judicial. En adición, se integra

6 El Servicio de Asistencia a Víctimas en Andalucía «es un servicio de carácter público, de ámbito andaluz, universal y gratuito, integrado por recursos, funciones y actividades [...], dirigido a informar, asesorar, proteger y apoyar a las víctimas de delitos, así como a reducir y evitar los efectos de la victimización secundaria, acercando la justicia a la ciudadanía» (Junta de Andalucía, s. f.).

7 El Punto de Encuentro Familiar «es un servicio gratuito de la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local que tiene por objetivo servir de espacio neutral para garantizar el derecho de los y las menores a relacionarse con sus progenitores y familiares durante los procesos y situaciones de separación, divorcio u otros supuestos de interrupción de la convivencia familiar, cuando las relaciones familiares son de difícil cumplimiento o se desenvuelven en un ambiente de alta conflictividad, con el fin de cumplir con el régimen de visitas acordado y establecido por resolución judicial, prevaleciendo siempre el interés superior del menor» (Junta de Andalucía, s. f.).

en los Equipos Técnicos de Familia, los Equipos Técnicos de Menores o las Unidades de Valoración Integral de Violencia de Género. En este contexto, colabora con el conjunto de profesionales que conforman estos equipos y asesora a los(as) magistrados(as).

En la línea de Soto (2016), las técnicas habituales son la entrevista sistémica, la visita domiciliaria, las técnicas de coordinación, la asistencia a juicio y el informe pericial (Illescas, 2016). Este último se constituye como la síntesis explicativa de la situación familiar, puesto que recoge la información aportada por los miembros de un hogar y se describe la realidad familiar, con la finalidad de interpretar la circunstancia y analizarla en función de la pregunta objeto de la pericia. La asistencia a juicio permite ratificar el documento pericial y defenderlo sobre la base de las cuestiones planteadas por el(la) juez(a), el(la) fiscal o los(as) abogados(as).

3. El perito social en la administración judicial española

En palabras de Berrocal (2014), en España, la práctica pericial en la administración de justicia dispone de equipos técnicos multidisciplinares, tradicionalmente denominados equipos psicosociales, que orientan de manera individual o conjunta al magistrado(a) que lo requiera. Si bien habitualmente estos grupos están formados por un(a) trabajador(a) social y un(a) psicólogo(a), en los Juzgados de Menores también incluyen a un(a) educador(a). De la misma forma, en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, dichos profesionales se integran en las Unidades de Valoración Forense Integral de la Violencia de género[8], integradas por un(a) trabajador(a) social, un(a) psicólogo(a)

8 En las Unidades de Valoración Integral de Violencia de Género «son los Institutos de Medicina Legal los encargados de desarrollar las actuaciones médicos forenses en aquellos casos en que sea necesario llevar a cabo una valoración de las consecuencias médico-psicológicas de una acción presuntamente delictiva. Dentro de los Institutos de Medicina Legal se crean, en virtud de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica n.º 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, las Unidades de Valoración Integral de Violencia de Género como unidades de actuación especializada para dar una respuesta global a este tipo de violencia. La valoración integral que se

y un(a) médico(a) forense. El propósito de la interacción entre los componentes del equipo es formular un dictamen pericial en respuesta a la solicitud realizada por el(la) juez(a) o una de las partes implicadas. En ese aspecto, el equipo técnico señala que:

> [es un] equipo de apoyo y asesoramiento a tribunales y jueces integrados por profesionales de distintas disciplinas. En la Administración de Justicia, conformados por trabajador(a) social y psicólogos en el caso de equipos técnicos de familia; integrados por trabajador(a) social, educador(a) y psicólogo(a) en equipos técnicos de menores e integrados por trabajador(a) social, psicólogo(a) y médico(a) forense en el caso de Unidades de Valoración Integral de Violencia de Género (Zarco, 2014, pp. 5-6).

Según Quintero (2010b), el modelo de evaluación pericial en asuntos relacionados con las familias —por ejemplo, custodia de menores, por medio de una perspectiva sistémica que incluye abogados(as), psicólogos(as), trabajadores(as) sociales, etc.— evalúa la dinámica familiar, las características de sus miembros y su interacción en el contexto social. Así, los(as) trabajadores(as) sociales que ejercen como peritos(as) están encargados(as) de desarrollar los dictámenes periciales vinculados con la situación de las personas, sus redes sociales y su entorno, con la finalidad de informar a los(as) jueces(as) u otros(as) que soliciten su actuación.

Por ejemplo, como expresa Marcus (2019), en Israel existe una unidad de servicios sociales en los Juzgados de Familia, que se ocupa de asuntos familiares y religiosos. El organismo está integrado por trabajadores(as) sociales y abogados(as) en colaboración con psicólogos(as) y psiquiatras. A partir de ello, proporcionan asistencia a los tribunales, participan en las conversaciones con los(as) niños(as), y sugieren

---

realiza incluye un estudio de la víctima, del agresor y de los menores expuestos a la violencia, extendiéndose más allá de las agresiones físicas o psíquicas. Con frecuencia, la valoración médico-forense requiere de forma complementaria una valoración psicológica de las víctimas, así como la elaboración de informes sociales sobre los aspectos relacionados directamente bien con la violencia, bien con otras cuestiones de interés judicial para la adopción de medidas» (Junta de Andalucía, s. f.).

a los(las) juristas que aborden cuestiones que requieren atención. El(la) perito(a) social se describe de la siguiente manera:

> Persona física o jurídica que interviene en el proceso judicial, a petición de alguna de las partes del mismo, del ministerio fiscal o del juez para aportar su conocimiento técnico-científico sobre la realidad social de algún hecho relevante en el proceso. Su aportación será a través de informe pericial y los trabajadores sociales los profesionales capacitados para realizarlos (Zarco, 2014, p. 5).

En base a Cabrera (2019), en el contexto español hay diferentes tipos de peritos(as) dentro de la administración de justicia. En primer lugar, la persona que ya trabaja para la institución por medio de una oposición. En segundo lugar, aquel(la) que fue designado(a) judicialmente. En este caso, el(la) magistrada(a) o el tribunal son los(as) encargados(as) de designar al(la) perito(a), a fin de que las partes accedan a esta designación judicial. Esta opción está en la Ley n.º 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que afirma que las partes pueden solicitar que se proceda a la designación judicial de un(a) perito(a). Por último, se presenta el(la) perito(a) de partes, que es designado(a) a instancia de partes; es decir, el(la) letrado(a) de una de las partes pide el servicio de un(a) perito(a) para incluir al proceso el dictamen pericial.

Ahora bien, la Ley de Enjuiciamiento Civil especifica que el(la) perito(a) de partes no debe intervenir en una mediación o un proceso arbitral sobre el mismo asunto. En resumen, el(la) trabajador(a) social desarrollará pericias sociales en los siguientes casos: cuando parte de la organización judicial por medio de una oposición; actúe en calidad de profesional libre como perito(a) asignado(a) judicialmente, en función de su pertenencia a la lista del Colegio Oficial de Trabajo Social de su provincia; y como profesional libre a instancia de parte.

> El(la) trabajador(a) social a partir de una pericia social forense elabora un informe social pericial cuyas conclusiones forman parte de un dictamen pericial a partir del cual se ejerce una función de asesor para

> el magistrado o juez que solicita su intervención, no para resolverlo directamente, pero sí para orientarlo para una toma de solución más adecuada (Donate, 2016, p. 15).

Por tanto, el diagnóstico social evidencia el daño y la situación de riesgo que sufren los colectivos especialmente vulnerables (Valdivieso et al., 2017).

Desde otra perspectiva, Reyes (2014) manifiesta que las pericias de los(as) trabajadores(as) sociales se estructuran en dos momentos. Por un lado, el indagatorio-analítico expone la búsqueda y el enlace de las evidencias en función de los elementos del hecho punible. La finalidad es reconstruir y demostrar actos que no han sido presenciados directamente por medio de las objetivaciones. Por otro lado, el instrumental prepositivo en el que, en calidad de testimonio, el(la) profesional sistematiza sus saberes, haceres y propuestas con un informe especializado para materializarse como un medio de prueba jurídica.

4. El informe pericial: una especial atención a los colectivos vulnerables

En ese orden de ideas, Zarco (2014) expresa lo siguiente:

> El dictamen pericial es la explicación sobre un determinado asunto que emite, tras un estudio riguroso, una persona experta (perito) en base a su conocimiento, formación y experiencia y que traslada al tribunal concretándose en el documento denominado informe pericial […] Los informes periciales no son vinculantes para la toma de decisiones del juez o el tribunal pero sí que aclaran y aportan información que facilita esta toma de decisión respecto al asunto objeto del proceso judicial (p. 12).

De esa manera, el dictamen pericial es un medio de prueba que posibilita al(la) magistrado(a) estar seguro(a) de unos asuntos concretos, dado que no puede poseer conocimientos en todos los ámbitos (Quintero, 2010b). Por ello, demanda que los(as) jueces(as) y los(as) trabajadores(as) sociales compartan colaborativamente sus

conocimientos y competencias disciplinares, con el reconocimiento de sus contribuciones para el acuerdo de mecanismos de actuación. Entonces, es relevante sostener la figura de los(as) trabajadores(as) sociales como pericial y no exclusivamente de apoyo (Dickens y Masson, 2016; Gómez y Soto, 2016).

En palabras de Simón (2009), los procedimientos más comunes susceptibles del documento, elaborados por el(la) trabajador(a) social en el área de familia, son la capacidad, el matrimonio y los menores. En primer lugar, a los *procesos de capacidad* se les proporciona un diagnóstico de la situación sociocultural, económica, familiar y educativa de los sujetos insertos en procesos de incapacidad. En segundo lugar, en los *procesos de separación y divorcio y sobre el derecho de guarda y custodia* se determina la idoneidad de cada cónyuge para las facultades propias a este derecho. En este caso es oportuno valorar los elementos económicos, culturales, sociales, educativos y las dinámicas de relación familiar. En tercer lugar, en cuanto al *derecho de visitas de los menores habidos en la relación,* se evalúa su idoneidad en función del interés del(la) menor en términos sociales, culturales, económicos y familiares. Posteriormente, en referencia al *derecho de alimentos* con las pensiones para los(as) hijos(as) y el(la) cónyuge, se indaga en el estudio de los recursos materiales de los sujetos intervinientes. Por ese motivo, en los *procesos de protección de menores*, se realiza la confirmación de la valoración de riesgo y desamparo, y se solicita la oposición de los(as) titulares de patria potestad a resoluciones administrativas como, por ejemplo, acogimientos familiares o adopciones. Por último, se incorporan los asuntos relacionados con las declaraciones de paternidad, filiación, etc., debido a que la pericia social está capacitada para evidenciar los aspectos sociales, familiares, culturales y materiales que protagonizan estos conflictos.

De acuerdo con Martín (2005), a pesar de que el peritaje social es un medio de prueba insuficientemente utilizado, tiene un gran potencial, especialmente, para defender los derechos de los colectivos vulnerables —respecto a la protección de estos grupos, véase el trabajo de Gómez (2020)— en situaciones muy diversas que superan el ámbito familiar. En términos generales, un dictamen pericial social es de gran valía en

los procesos de familia, así como en las áreas penales, de menores, penitenciario, social, *mobbing*, médico-forense, violencia de género[9], indemnización por daños y dependencia. De ese modo, por ejemplo, se debe considerar una consciencia sobre la violencia de género, entendida como aquella que se ejerce sobre las mujeres por parte de los hombres que han sido sus cónyuges o estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad con o sin convivencia (Gómez-Salado, 2019). Entonces, no se entiende como un asunto exclusivamente familiar, sino que es un grave problema social que constituye un atentado contra los derechos de las mujeres, siendo el peritaje social un gran aliado para su erradicación (Tapia, 2019).

Continuando con Martín (2005), en relación con los procesos de familia, el dictamen pericial social es de gran valía en procedimientos de nulidad, separación, divorcio, filiación, paternidad, maternidad, alimentos entre parientes, patria potestad, acogimientos, incapacitación, tutela, curatela, defensor judicial, guarda de hecho y de parejas de hecho sobre cuestiones referentes a los(as) hijos(as) menores. En el campo penal, el dictamen pericial social es relevante en los informes para evaluar el grado de integración social y de responsabilidad penal del(la) acusado(a), principalmente en casos de abusos sexuales, abandono y maltrato a menores, ancianos(as) y violencia familiar.

El documento también es importante en informes sobre los condicionantes sociales que podrían determinar la pena sobre el posible establecimiento de medidas alternativas de carácter terapéutico de seguridad, así como también los factores sociales coincidentes para el potencial indulto y la situación sociofamiliar del(la) penado(a). En el ámbito de los menores, el texto aporta datos acerca de la efectividad de

9 «La Ley n.º 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género, establece en su artículo 3 el concepto de violencia de género, entendiendo como tal aquella que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por el mero hecho de serlo. Comprende cualquier acto de violencia basada en género que tenga como consecuencia, o que tenga posibilidades de tener como consecuencia, perjuicio o sufrimiento de la salud física, sexual o psicológica de la mujer, incluyendo amenazas de dichos actos, coerción o privaciones arbitrarias de su libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada» (Junta de Andalucía, s. f.).

las medidas preventivo-especiales destinadas a la reinserción del(la) menor, el comportamiento y el grado de integración social del(la) acusado(a) y la coordinación de la información de los distintos servicios intervinientes.

En el contexto penitenciario, según Martín (2015), los documentos brindan información para el seguimiento de alternativas a prisión, medidas terapéuticas, libertades vigiladas, etc. En el área social, ofrecen indagaciones acerca de los factores sociales pertinentes para una adecuada valoración de las secuelas derivadas de accidentes laborales y enfermedades. En el *mobbing*, las resoluciones complementan la documentación sobre la existencia de acoso escolar, *mobbing* inmobiliario, acoso moral en el trabajo, etc. En el ámbito médico-forense, agregan información sobre las realidades sociales, personales y familiares que influyen en las problemáticas de las personas intervinientes, interrupciones de embarazo, cambios de sexo, etc.

Con respecto a la violencia de género, incorporan datos para el diagnóstico, la asistencia y la rehabilitación de las mujeres en situación de violencia de género, para la asistencia social integral de la mujer y la de los(las) menores bajo su patria potestad. También en las materias competencia de los juzgados de violencia de género para la valoración de la concesión de permisos, libertad condicional, etc., a sujetos penados por violencia de género, así como en los informes sociales confirmatorios o contradictorios con la valoración que realicen las unidades de valoración integral.

En el panorama de la indemnización por daños, incorporan gran valía a los informes para fundamentar las indemnizaciones destinadas a sufragar las necesidades causadas por el daño producido, por ejemplo, ayuda a domicilio con independencia de la causa que produjo el daño. En última instancia, tienen una gran utilidad en el contexto de la dependencia, a través de los informes para la situación de dependencia[10].

10 Ley n.º 39/2006, de 14 de diciembre, «regula las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), en el que colaboran y participan todas aquellas Administraciones Públicas con competencias en la materia. [...] Reconocer un nuevo derecho subjetivo de ciudadanía en el ámbito estatal: el derecho a la

Según Simón (2009), en el área de los(as) trabajadores(as) sociales existen diversos modelos periciales de intervención social, si bien, en función de la experiencia, un modelo debe estar constituido por los siguientes elementos:

> a) identificación y ajuste de la demanda del/ de la juez/jueza, dado que ocasionalmente proceden de las solicitudes de los(as) abogados(as), siendo asiduamente imprecisas y demasiado enfocadas en los intereses de sus clientes; b) contextualización de la familia en el ámbito judicial; c) explicitación del modelo de trabajo ampliando el objetivo del dictamen pericial hacia la intervención; d) identificación de la demanda del(la) cliente y de las partes enfrentadas; e) redefinición de la demanda; f) evaluación integral de la situación, previa selección de la metodología a utilizar y puesta en práctica de todas las técnicas necesarias para ello; g) diagnóstico; h) devolución; i) establecimiento de un acuerdo verbal sobre el plan de intervención propuesto; j) coordinación con los servicios sociosanitarios para el establecimiento de objetivos de intervención; k) redacción del informe pericial implementando en el mismo el acuerdo y plan de intervención coordinado: juez-usuarios-servicios sociosanitarios (p. 203).

En ese orden de ideas, Zarco (2014) señala que, en España, el informe pericial incluye tres epígrafes fundamentales: el estudio social, la interpretación diagnóstica y la propuesta (tabla 1). En primer lugar, el estudio social se constituye como una etapa exploratoria en la que se obtienen datos objetivos, y presenta tres elementos: a) un genograma, que es la representación gráfica de un sistema familiar, que incluye información sobre sus miembros y las relaciones entre ellos; b) la historia y antecedentes socio-familiares, en donde se recoge información sobre la composición familiar, la existencia de hijos(as) de parejas anteriores, las relaciones con la familia extensa, etc. vinculada con el objeto del informe pericial; c) el informe social sobre la situación actual, que recoge la problemática que afecta a la persona o a la unidad familiar.

---

promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, mediante la creación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)» (Consejería de Familia y Asuntos Sociales, s. f., p. 1).

Este proveerá información sobre el sistema familiar, la relación de la familia y el individuo con el entorno, así como también información educativa, económica, laboral, sociosanitaria, de vivienda y el hábitat, y de nivel de integración y participación social.

Siguiendo los postulados de la autora, la interpretación diagnóstica es la etapa reflexiva, en donde el(la) perito(a) manifiesta su punto de vista sobre el asunto de la peritación. En esta fase se realiza a) un diagnóstico social, que es una síntesis explicativa técnico-científica en función de los datos emanados del estudio social; b) las conclusiones sobre las cuestiones del asunto objeto de la peritación. Estas ideas finales conforman el dictamen que debe contestar de manera clara a la cuestión pericial y trasladar la información importante en un formato comprensible y fundamentado. En última instancia, la propuesta, etapa que, a diferencia de las dos anteriores, no se lleva a cabo en todos los archivos. Es una recomendación por parte del(la) perito(a) judicial para la derivación a recursos o servicios existentes, sobre la base de su conocimiento, a la situación familiar o el entorno del(la) implicado(a).

Tabla 1. Epígrafes fundamentales, elementos e información del informe pericial

Epígrafes	**Elementos**	**Información proporcionada**
Estudio social	• Genograma	• Miembros familiares y relaciones
	• Historia y antecedentes sociofamiliares	• Composición familiar • Existencia de hijos de relaciones anteriores • Relaciones con la familia extensa
	• Informe Social	• Sistema familiar • Relación familiar e individual con el entorno • Educación • Situación económica • Situación laboral • Situación sociosanitaria • Vivienda y hábitat • Integración y participación social

Interpretación diagnóstica	• Diagnóstico social	• Síntesis explicativa técnico-científica del estudio social
	• Conclusiones	• Dictamen
Propuesta*		• Derivación a recursos y servicios

* No se realiza en todos los informes.
Fuente: Elaboración propia con información de Zarco (2014).

En la misma línea, según Berrocal (2014), el procedimiento de actuación profesional de los equipos técnicos para la elaboración del informe pericial se estructura en diversas etapas: el estudio o investigación, la evaluación o el diagnóstico, la emisión, la presentación y la ratificación (tabla 2). En la primera etapa, estudio o investigación, se establece i) la intervención profesional en función de la demanda judicial, esta se solicita al equipo a realizarse específicamente a uno(a) de sus componentes. En ese caso, el estudio social o psicológico será individual y propio de su disciplina; ii) el estudio documental del expediente enviado por el(la) juez(a) para la intervención del(la) perito(a); iii) la planificación del estudio con la citación de los sujetos intervinientes, a través de las técnicas adecuadas para el objeto de investigación, como visitas, entrevistas, etc. En la segunda etapa, la evaluación o el diagnóstico desarrolla el análisis de la cuestión objeto de investigación por medio de las técnicas afines a cada disciplina, por ejemplo, la observación o la entrevista. La tercera etapa, emisión del dictamen pericial, abarca la exposición del resultado de la evaluación por parte de los(as) profesionales que presentan el dictamen pericial al(la) juez(a). Esta resolución responderá al objeto de la prueba pericial requerida. La cuarta etapa, la presentación del dictamen pericial, hace alusión a la presentación ante la autoridad judicial del documento oficial, firmado y sellado. La conclusión da respuesta al órgano judicial. La quinta y última etapa comprende la ratificación. El dictamen emitido queda sujeto a ratificación. El tribunal lo traslada a las partes si entiende necesario que los(a) profesionales del equipo técnico asistan al juicio o para realizar las explicaciones necesarias.

Tabla 2. Etapas de actuación de los equipos técnicos en la elaboración del informe pericial

Etapas	Descripción
Estudio o investigación	Intervención profesional en función de la demanda judicial
	Estudio documental del expediente
	Planificación y citación de los sujetos intervinientes
Evaluación o diagnóstico	Análisis o interpretación de la cuestión objeto de investigación
Emisión	Exposición del resultado de la evaluación
Presentación	Presentación ante la autoridad judicial del documento oficial, firmado y sellado
Ratificación	Ratificación por el tribunal. Traslado a las partes si se requiere intervención del Equipo Técnico en el juicio o la vista

Fuente: Elaboración propia a partir de Berrocal (2014).

5. Conclusiones

A lo largo de este estudio, las líneas temáticas emergidas fueron «el trabajo social en la administración de justicia: una singular mirada al contexto español», «el perito social en la administración judicial española» y «el informe pericial: una especial atención a los colectivos vulnerables». De esa forma, asociados a estos tópicos, se evidenció un conjunto de aspectos de gran interés tanto para los(as) trabajadores(as) sociales como para el propio sistema judicial. A pesar de que esta profesión ha sido capaz de materializar un ámbito de acción profesional específico, todavía no cuenta con una metodología propia de acción (Salum-Alvarado y Salum-Alvarado, 2018).

Así, esta cuestión es notablemente importante, pues a pesar de que los jueces y las juezas deben resolver sobre cuestiones de muy diversa naturaleza, no disponen de conocimientos sobre todas las materias y necesitan el apoyo de especialistas, como trabajadores(as) sociales, psicólogos(as), médicos(as), etc., en calidad de peritos(as) (Berrocal,

2014). El(la) magistrado(a) se sitúa como *peritus peritorum*, es decir, perito(a) de peritos(as), ya que en última instancia provee de valor probatorio al dictamen pericial (Quintero, 2010b).

En esa línea, el(la) perito(a) forense optimiza su conocimiento teórico y técnico para poder, a través del diagnóstico social, evidenciar su contribución a la justicia en lo referente a la vulneración de un derecho humano o al seguimiento de una situación de riesgo especialmente en colectivos vulnerables (Valdivieso et al., 2017). La figura del(la) trabajador(a) social como perito(a) social, en el ámbito judicial, es una salida profesional insuficientemente conocida y escasamente expuesta por la ley; al mismo tiempo, urge una delimitación de las competencias y funciones del(la) trabajador(a) social como perito(a) para distinguirlo(a) de otras figuras (Turiel, 2016). Por tanto, la labor del(la) perito(a) demanda tantas competencias instrumentales como fundamentación teórica, metodológica y ética profesional, que respalden los derechos de los niños, de las víctimas de violencia de género, etc. (Chaparro y Urra, 2014; Millán, Martínez y Domínguez, 2019; Quintero, 2010b).

En ese panorama, se ha explicitado la relevancia de la labor de los(as) trabajadores(as) sociales judiciales de cara al bienestar y la defensa de los derechos de los colectivos vulnerables, a través del apoyo a los(as) jueces(zas) para que consideren la decisión más justa en función de las circunstancias concretas (Tapia, 2019). Entonces, es oportuna la defensa pública de la capacidad del trabajo social para mejorar la actividad de la administración de justicia, a la vez que se aboga por la formación de los(as) estudiantes del área profesional en el desarrollo del dictamen pericial social y su instrumento el informe pericial social (Martínez y Millán, 2019; Zarco, 2014). Así, los(as) empleadores(as) sociales participarán en la toma de decisiones jurídicas y determinarán la conexión con la realidad de los sujetos que precisen de una actuación judicial que garantice sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones (Arroyo et al., 2019).

De acuerdo con Simón (2009), una gran dificultad de la carrera de trabajo social pericial, en el ámbito judicial, es que parece ajena a la intervención integral, entendida como la puesta en práctica de un tratamiento social fundamentado en la acción. Por tanto, la intervención, en la inmensa mayoría de las ocasiones, es excluida del proceso de

peritaje, que se restringe al diagnóstico y la evaluación. Además, los(as) trabajadores(as) sociales no pueden «etiquetar» los casos, puesto que el mismo tipo de situación afecta más a unos individuos que a otros (Valdivieso et al., 2017).

En palabras de Reyes (2014), el avance del peritaje social se encuentra supeditado, a diferencia de otras disciplinas, a la insuficiente literatura académica que lo defina, direccione y amplíe. Esta carencia de contenido teórico se extiende a lo relacionado con los aspectos éticos de la práctica forense (Odiah, 2004). Se requiere desmitificar el erróneo imaginario que sugiere la reducida cientificidad de la profesión, mediante su instalación en el contexto académico y gremial, cuya importancia de la disciplina radica en elaborar mecanismos de investigación y de regulación de la pericia social (Morera, 2010; Reyes, 2014).

> No obstante, la posición crítica y el desconocimiento resaltan bajo el enfoque socio-jurídico, el crecimiento exponencial de [la carrera de] Trabajo Social Forense, que se posiciona de a poco, por las figuras jurídicas del dictamen pericial, peritaje o peritazgo social, pericias judiciales, pero que requieren enlaces psico-sociales, socio-jurídicos y psico-jurídicos, para validar la premisa de que el derecho es insuficiente por sí solo para estudiar, comprender e intervenir la complejidad de los tiempos (Quintero, 2014, p. 71).

Los procesos interdisciplinarios exigen una total consideración mutua entre las respectivas profesiones, aunque esto no ha ocurrido hasta la fecha. El vínculo puede ser la piedra angular para explorar modelos que fomenten el conocimiento, el saber ser y el saber hacer (Prescott, 2013).

Asimismo, se debe matizar que:

> Las nociones de derecho, justicia y equidad deben ser el eje de la actuación profesional del trabajo social. Para ello, se requiere de privilegiar «lo social» a fin de conocer a profundidad las circunstancias subjetivas y contextuales de los sujetos, incorporando el concepto de ciudadanía y dignidad de las personas con las que interviene (Arroyo et al., 2019, p. 39).

Por tanto, el empleo profesional se fundamenta en el cumplimiento del código deontológico que le concierna en función de su colegio profesional, cuyos principios éticos fundamentales son la imparcialidad y la objetividad (Berrocal, 2014). En España, el propio Código Deontológico del Trabajo Social, texto aprobado de forma unánime el día 9 de junio de 2012, sostiene que:

> En las peritaciones el(la) profesional del trabajo social mantendrá el más absoluto respeto personal al colega de la parte contraria o al(la) autor(a) del trabajo profesional al que se refiera la peritación, evitando cualquier tipo de descalificación subjetiva y ciñéndose a los aspectos técnicos de la cuestión controvertida. Deberá limitarse a emitir contenidos de estricta índole técnica-profesional (Consejo General del Trabajo Social de España[11], 2012).

Los términos justicia, equidad y derecho cobran un especial protagonismo en la práctica profesional de los(as) trabajadores(as) sociales. Por ello, es oportuno potenciar «lo social», e incorporar la noción de ciudadanía y dignidad de los sujetos con los que se interviene (Salum-Alvarado y Salum-Alvarado, 2018). Como se ha manifestado, «el peritaje social está vinculado directamente con la justicia, particularmente cuando se ha transgredido un derecho humano y este debe evidenciarse en su diagnóstico social» (Valdivieso et al., 2017, p. 143).

Según Tapia (2019), la profesión del trabajo social, desde hace relativamente poco, se encuentra inserta en la administración de justicia, y sus comienzos están vinculados con la creación de los Juzgados de Familia y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. La función de los egresados en esta área es auxiliar a los(as) jueces(zas), a través de los informes periciales, para que dispongan de la información precisa para tomar decisiones. De esa manera, se afirma que:

---

11 El Consejo General del Trabajo Social de España (s. f.) señala que «esta Junta de Gobierno está compuesta por trabajadoras y trabajadores sociales con la mejor dedicación y gran motivación para representar a cerca de 40.000 trabajadoras sociales en todo el territorio, y también a nivel europeo e internacional continuando, siendo miembros de la Federación Internacional del Trabajo Social (FITS)» (párr. 3).

> el trabajador social, desde su perspectiva profesional, observa en el ámbito judicial, en la mayoría de los casos, la realidad de personas en interacción que forman familias o grupos de diferente tipología, para lo que cuenta básicamente con formación específica como profesional (el profesional como recurso), y pertenencia a un Equipo interdisciplinar (Berrocal, 2014, p. 38).

Por ejemplo, la práctica profesional de los(as) trabajadores(as) sociales interacciona con la justicia juvenil de múltiples formas, mediante el desarrollo de informes previos a la sentencia, servicios de libertad condicional o evaluaciones de admisión (Curbelo, 2008; McCarter, 2009; Navarro, Botija y Uceda, 2016).

Conforme a las ideas de Simón (2009), debido al diferente establecimiento de los equipos de trabajo conformados para brindar respuestas periciales, en términos prácticos, se desarrollan diversos procedimientos de trabajo con modelos interdisciplinarios, multidisciplinarios e individuales. A partir de ello, los(as) trabajadores(as) sociales se desenvuelven ágilmente entre dominios y muestran competencias como el trabajo en equipo, la permeabilidad al cambio, la facilidad para la innovación y la comprensión de la realidad compleja (De Armas, Sabater y Cabezas, 2015; Millán y Domínguez, 2019; Quintero, 2010a). No obstante, es necesario que los(as) jueces(zas), los(as) abogados(as) y los(as) trabajadores(as) sociales promuevan nuevas competencias para satisfacer a los colectivos más desfavorecidos durante los procesos judiciales (Aguayo, 2007; Berrick, Dickens, Pösö y Skivenes, 2019; Gómez-Gómez, 2010; Pava, 2008). A pesar de que el enfoque de cada disciplina enriquece la labor pericial, esto supone un constante proceso de discusión y reflexión que debe ser controlado por la propia institución correspondiente (Simón, 2009).

En conclusión, se ha evidenciado la especial capacidad del peritaje social para defender los derechos y el acceso a la justicia de los colectivos vulnerables. Además, los(as) profesionales que trabajan con los colectivos en situaciones de vulnerabilidad tienen que ser capaces de diferenciar cuando son instados(as) como peritos(as) en un proceso judicial frente a una intervención como trabajadores(as) sociales,

psicólogos(as), etc. (Quintero, 2010b). Así, la carrera se exhibe en permanente evolución, y su finalidad instaura el respeto a los derechos humanos y el empoderamiento de la ciudadanía, especialmente de los grupos en riesgo de exclusión social (Salum-Alvarado y Salum-Alvarado, 2018).

Referencias

Aguayo, C. (2007). Profesión y profesionalización: hacia una perspectiva ética de las competencias en trabajo social. *Tendencias y Retos*, (12), 107-117. Recuperado de http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/revistas/co/rev-co-tendencias-0012-07.pdf

Arroyo, M., Santos, P. de los y Mendoza, G. (2019). La cuestión sociojurídica como escenario para el trabajo social. *Perspectivas Sociales*, *21*(2), 37-53. Recuperado de http://perspectivassociales.uanl.mx/index.php/pers/article/view/103

Berrick, J., Dickens, J., Pösö, T. y Skivenes, M. (2019). Children's and parents' involvement in care order proceedings: a cross-national comparison of judicial decision-makers' views and experiences. *Journal of Social Welfare and Family Law*, *41*(2), 188–204. Recuperado de https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09649069.2019.1590902?journalCode=rjsf20

Berrocal, L. (2014). El trabajador social como elemento del sistema de justicia: el peritaje judicial (Trabajo de fin de grado). Valladolid: Facultad de Educación y Trabajo Social de la Universidad de Valladolid. Recuperado de https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/7214/TFG-G695.pdf;jsessionid=95FF4155B7307D8D59DE771614D1E0B1?sequence=1

Cabrera, M. (2019). El trabajo social en la administración de justicia española: el peritaje social (Trabajo de fin de grado). Tenerife: Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación de la Universidad

de la Laguna. Recuperado de https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/16897/El%20trabajo%20social%20en%20la%20Administracion%20de%20Justicia%20Espanola%20el%20peritaje%20social.pdf?sequence=1

Caravaca, C. (2016). Los nuevos ámbitos de intervención desde el ejercicio libre en trabajo social. *La Razón Histórica*, (33), 181-202.

Chaparro, M. y Urra, M. (2014). Competencias específicas del trabajador social en la gestión del talento humano. *Tendencias y Retos*, *19*(2), 27-44.

Colegio Profesional de Trabajo Social de Málaga (2020). Listado de peritaje social. Recuperado de https://www.trabajosocialmalaga.org/https-www-trabajosocialmalaga-org-wp-content-uploads-2019-12-solicitud_peritaje_2020-doc/

Consejería de Familia y Asuntos Sociales (s. f.). La ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Recuperado de http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352811252196&ssbinary=true

Consejo General del Trabajo Social de España (s. f.). Presentación. Recuperado de https://www.cgtrabajosocial.es/informacion_institucional

_____ (2012). Código deontológico del trabajo social. Recuperado de https://www.cgtrabajosocial.es/codigo_deontologico

Cortes Generales (1979). Ley Orgánica n.º 1/1979. Madrid: 26 de septiembre de 1979. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/pdf/1979/BOE-A-1979-23708-consolidado.pdf

_____ (1981). Ley n.º 30/1981. Ley que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Madrid: 7 de julio de 1981. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/pdf/1981/BOE-A-1981-16216-consolidado.pdf

_____ (1985). Ley Orgánica n.º 6/1985. Madrid: 1 de julio de 1985. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12666-consolidado.pdf

_____ (2000). Ley n.º 1/2000. Ley de Enjuiciamiento Civil. Madrid: 7 de enero de 2001. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323

_____ (2001). Ley Orgánica n.º 5/2000. Madrid: 12 de enero de 2001. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641#:~:text=Ley%20Org%C3%A1nica%205%2F2000%2C%20de,de%2013%2F01%2F2000.

_____ (2005). Ley n.º 15/2005. Madrid: 8 de julio de 2005. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864#:~:text=Ley%2015%2F2005%2C%20de%208,a%2024461%20(4%20p%C3%A1gs.%20)

_____ (2006). Ley n.º 39/2006. Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Madrid: 14 de diciembre de 2006. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-21990

_____ (2010). Ley 25/2010. Madrid: 29 de julio de 2010. Recuperado de https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312

Curbelo, E. (2008). Trabajo social y mediación judicial. El trabajador social forense como mediador en el contexto de la mediación penal de menores. *Humanismo y Trabajo Social*, (7), 135-154. Recuperado de https://www.redalyc.org/pdf/678/67811462006.pdf

De Armas, D., Sabater, C. y Cabezas, P. (2015). Análisis de la adquisición de competencias por los trabajadores sociales en su formación y en el mercado laboral. *Trabajo Social Hoy,* (75), 69-88. http://dx.doi.org/10.12960/TSH.2015.00010

Dickens, J. y Masson, J. (2016). The Courts and Child Protection Social Work in England: Tail Wags Dog? *British Journal of Social Work*, *46*(2), 355–371. Recuperado de https://academic.oup.com/bjsw/article-abstract/46/2/355/2472944

Donate, N. (2016). El papel del(la) trabajador(a) social en la Unidad de Valoración Integral Forense (UVIF) de Santa Cruz de Tenerife (Trabajo de fin de grado). Tenerife: Facultad de Ciencias Políticas, Sociales y de la Comunicación de la Universidad de la Laguna. Recuperado de https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/3580/El%20papel%20della%20Trabajadora%20Social%20en%20la%20Unidad%20de%20Valoracion%20Integral%20Forense%20%28UVIF%29%20de%20Santa%20Cruz%20de%20Tenerife.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Gobierno de España (s. f.). Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA). Recuperado de https://www.ciencia.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.7eeac5cd345b4f34f09dfd1001432ea0/?vgnextoid=bce4f6c0b37b4610VgnVCM1000001d04140aRCRD

Gómez, M. (2020). El Real Decreto de Ley n.º 4/2020, de 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos, la seguridad jurídica y la protección de los colectivos vulnerables. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, (446), 79-108.

Gómez, F. y Soto, R. (2015). El trabajador social de la Administración de Justicia española en los procesos de rupturas matrimoniales. *Estudios Socio-Jurídicos*, *17*(2), 197-232. Recuperado de http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v17n2/v17n2a05.pdf

_____ (2016). El discurso psicosocial en el fuero de familia Español. *Interdisciplinaria*, *33*(1), 143-161. Recuperado de https://eprints.ucm.es/38145/1/El%20discurso%20psicosocial%20%28Interdiccipliannria%29.pdf

Gómez, M. y Roldán, A. (2019). Relatos profesionales en torno a la práctica pericial. Descripciones de un campo de acción del trabajo social. *Intervención*, *9*(1), 48-65. Recuperado de https://intervencion.uahurtado.cl/index.php/intervencion/article/view/70/69

Gómez-Gómez, F. (2010). Competencias profesionales en trabajo social. *Portularia*, *10*(2), 51-63. Recuperado de https://www. redalyc.org/articulo.oa?id=161015612005

Gómez-Salado, M. (2019). La extinción objetiva del contrato por faltas de asistencia y la protección de las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género. En *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica* (pp. 45-70). Murcia: Laborum.

Honores, B. y Quizhpe, J. (2019). El peritaje desde la perspectiva del trabajo social. *Revista Conrado*, *15*(68), 267-274. Recuperado de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1990-86442019000300267

Illescas, M. (2016). La visita domiciliaria en la protección a la infancia. *Trabajo Social Hoy*, (79), 27-42. Recuperado de https://www.trabajosocialhoy.com/documentos_ver.asp?id=193

Junta de Andalucía (s. f.). Punto de Encuentro Familiar. Recuperado de https://www.juntadeandalucia.es/organismos/turismoregeneracionjusticiayadministracionlocal/areas/justicia/encuentro-familiar.html

_____ (s. f.). ¿Qué es la violencia de género? Recuperado de http://www.juntadeandalucia.es/iamindex.php/2013-08-08-10-31-21/que-es-violencia-de-genero

_____ (s. f.). Servicio de Asistencia a Víctimas en Andalucía. Recuperado de https://www.juntadeandalucia.es/organismos/turismoregeneracionjusticiayadministracionlocal/areas/asistencia-victimas/servicio.html

_____ (s. f.). Valoración integral de víctimas de violencia de género. Recuperado de https://www.juntadeandalucia.es/organismos/turismoregeneracionjusticiayadministracionlocal/areas/justicia/medicina-legal/paginas/unidad-valoracion.html

Marcus, P. (2019). The Israel Family Court-Therapeutic jurisprudence and jurisprudential therapy from the start. *International Journal of Law and Psychiatry*, (63), 68-75. Recuperado de https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0160252718300128

Martín, A. (2005). El peritaje social: un instrumento procesal valioso. *Trabajo Social Hoy*, (44), 7-14.

Martínez, S. y Millán, M. (2019). La importancia del emprendimiento en las asignaturas jurídicas del grado en trabajo social: una especial atención a las TICS. En Gómez, M. (coord.), *Nuevas necesidades docentes en las enseñanzas jurídicas* (pp. 199-222). Murcia: Laborum.

McCarter, S. (2009). Legal and extralegal factors affecting minority overrepresentation in Virginia's juvenile justice system: A mixed-method study. *Child & Adolescent Social Work Journal*, *26*(6), 533-544. Recuperado de https://psycnet.apa.org/record/2009-22326-004

Millán, M. y Domínguez, L. (2019). El aprendizaje colaborativo y las TICS en el Grado de Trabajo Social. En REDINE (ed.), *Estrategias y metodologías didácticas: perspectivas actuales* (pp. 59-69). Eindhoven: Adaya Press.

Millán, M., Martínez, S. y Domínguez, L. (2019). Medidas para impulsar el empleo de las mujeres en riesgo de exclusión social. En Gómez-Salado, M. (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica* (pp. 303-329). Murcia: Laborum.

Ministerio de Justicia (1981). Real Decreto n.º 1322/1981. Decreto que crean los Juzgados de Familia. Madrid: 8 de julio de 1981. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1981-15086

Moneo-Estany, B. A. y Anaut-Bravo, S. (2018). Derechos humanos y trabajo social, ¿una relación reconocible en el ejercicio libre de la profesión? *Trabajo Social Global*, *8*, 188-212. Recuperado de https://revistaseug.ugr.es/index.php/tsg/article/view/6617

Morera, N. (2010). El vínculo entre las ciencias sociales y el trabajo social: algunos elementos para su discusión. *Reflexiones. Revista Facultad de Ciencias Sociales*, *89*(1), 235-241. Recuperado de https://www.redalyc.org/pdf/729/72917905022.pdf

Navarro, J., Botija, M. y Uceda, F. (2016). La justicia juvenil en España: una responsabilidad colectiva. Propuestas desde el trabajo social. Interacción y perspectiva. *Revista de Trabajo Social*, *6*(2), 156-173.

Odiah, C. (2004). Impact of the Adversary System on Forensic Social Work Practices: Threat to Therapeutic Alliance and Fiduciary Relation. *Journal of Forensic Psychology Practice*, *4*(4), 3-33. Recuperado de https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1300/J158v04n04_02

Pava, L. (2008). Competencias laborales de trabajadores sociales en el tercer sector de la economía. *Tendencias y Retos*, (13), 125-138. Recuperado de http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/revistas/co/rev-co-tendencias-0013-09.pdf

Prescott, D. (2013). Social Workers as «Experts» in the Family Court System: Is Evidence-Based Practice a Missing Link or Host-Created Knowledge? *Journal of Evidence-Based Social Work*, *10*(5), 466-481. Recuperado de https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/15433714.2012.759844?journalCode=webs20

Quintero, Á. (2010a). Esencia multidisciplinaria de las pruebas psicosociales en derecho de infancia, adolescencia y familia. *Tendencias y Retos*, (15), 165-176.

_____ (2010b). Pruebas psicosociales, en derecho de infancia, adolescencia y familia. *Estudios de Derecho*, *67*(150), 64-85. Recuperado de https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/331368/20787509

_____ (2014). Retos contemporáneos de la intervención socio-familiar. *Rumbos TS*, (109), 66-77.

Raya, E. y Caparrós, N. (2013). Trabajo social en las relaciones laborales y la empresa: vías para el emprendimiento. Documentos de trabajo social. *Revista de Trabajo y Acción Social*, (52), 338-356.

Reyes, C. (2014). El oficio de perito trabajador social: reflexiones acerca de la construcción y fundamentación del peritaje social. *Rumbos*, (9), 113-128.

_____ (2015). Peritaje y diagnóstico en trabajo social: ¿un vínculo en tensión? *Rumbos,* (11), 64-74.

Salum-Alvarado, S. y Salum-Alvarado, E. (2018). Trabajo social socio jurídico en Chile: génesis, desarrollo histórico y desafíos disciplinares. *Serviço Social y Sociedade*, (131), 15-28. Recuperado de https://www.scielo.br/pdf/sssoc/n131/0101-6628-sssoc-131-0015.pdf

Simón, M. (2009). Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia. *Cuadernos de Derecho Judicial*, (2), 175-210.

Soto, R. (2016). El trabajo social familiar: una ayuda para el sistema judicial en las crisis conyugales [Tesis doctoral]. Madrid: Facultad de Trabajo Social de la Universidad Complutense. Recuperado de https://eprints.ucm.es/36986/1/T37010.pdf

Tapia, C. (2019). *Mujeres víctimas de violencia de género, trabajo social y los equipos psicosociales en los Juzgados de Violencia de Género: una revisión de la literatura* (Trabajo de fin de grado). Valladolid: Facultad de Educación y Trabajo Social de la Universidad de Valladolid.

Turiel, R. (2016). *El trabajador social en el ámbito del peritaje* (Trabajo de fin de grado). Valladolid: Facultad de Educación y Trabajo Social de la Universidad de Valladolid. Recuperado de http://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/39860/TFG-G4083.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Valdivieso, D., Espín, A. y Buenaño, C. (2017). El diagnóstico social como aporte al peritaje forense: tendencias al 2020. *Retos de la Ciencia*, *1*(2), 141-149.

Zarco, M. (2014). *Trabajo social en la administración de justicia: la peritación judicial social en la provincia de Jaén en 2013* (Trabajo de fin de grado). Jaén: Facultad de Trabajo Social de la Universidad de Jaén. Recuperado de http://tauja.ujaen.es/bitstream/10953.1/730/1/TFG-Zarco%20Asesnio,%20M%20Gabriela.pdf

Datos de los autores

Rommy Álvarez Escudero

Abogada, doctora en Derecho y magíster en Derecho de Familia por la Universidad Autónoma de Barcelona (España). Cuenta con una maestría en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, y es licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la misma casa de estudios. Además, es académica e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello (Chile). Docente de los niveles de pregrado y postgrado en diversos centros de estudios superiores. Es miembro del grupo de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona (España), dedicado al estudio y la actualización del derecho de la persona y la familia.

Diego Araque

Abogado por la Universidad de Medellín y especialista en Derecho Penal por la Universidad de Antioquía (Colombia). Actualmente, realiza su doctorado en la especialidad de Derecho en la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Se desempeña como profesor en Derecho Penal en la Universidad de Medellín. Ha escrito los artículos «El consentimiento informado y su transcendencia en el derecho penal» (*Nuevo Foro Penal*, n.º 82, pp. 132-147) y «Contribución al estudio sobre el fundamento del desistimiento en derecho penal» (*Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 29, pp. 93-110), .

Manuel Bermúdez Tapia

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, magíster en Derecho Civil por la Universidad Privada Antenor Orrego. Es autor de los libros *Constitucionalización del derecho de familia* (Lima: Editora Caballero Bustamante, 2011), *Derecho procesal de familia* (Lima: Editorial San Marcos, 2012), *Derechos y obligaciones paterno filiales* (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017) y *La evaluación constitucional de derechos en el derecho de la familia* (Lima: Gaceta Jurídica, 2019).

Matías Bonavitta

Licenciado y profesor en Psicología por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) (Argentina), especialista en Psicología Clínica; y magíster en Antropología por la misma casa de estudios. Es acompañante terapéutico, docente y músico. Cuenta con dos libros sobre discapacidad intelectual y una veintena de artículos divulgados en diferentes revistas especializadas, entre las que se destaca la *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, de la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Jessica Calderón García

Abogada, notaria y actuaria por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Es especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Iberoamericana (México) y magíster en Derecho Público por la misma casa de estudios. Estudiante del doctorado en Economía Política del Desarrollo de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México. Además, cuenta con una maestría en Derechos Humanos, en proceso de titulación, por la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Entre sus publicaciones figuran «El acceso de las personas con discapacidad visual a las obras literarias y artísticas, desde una perspectiva pro persona» (*Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, vol. 3, n.º 1, pp. 156-174); «Pensión no contributiva por invalidez bajo el enfoque de derechos humanos» (*El derecho,* vol. 55, n.º 14167, pp. 1-8); «Los derechos económicos, sociales y culturales frente a la creación de políticas públicas efectivas» (*Letras Jurídicas,*

n.º 33, pp. 31-45); «La declaratoria general de inconstitucionalidad y la acción declarativa de inconstitucionalidad. Derecho comparado México-Argentina» (*Tohil*, vol. 37, n.º 11, pp. 73-113); y «La propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas. Estudio de caso: comunidad mixe, Oaxaca-México», ganador del Concurso de Ensayo Tópicos de Derechos Humanos de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (México).

Laura Domínguez de la Rosa

Profesora ayudante doctora del área de Trabajo Social y Servicios Sociales del Departamento de Psicología Social, Trabajo Social, Antropología Social y Estudios de Asia Oriental de la Universidad de Málaga (España). Ha publicado los artículos «Líneas emergentes de investigación en las prácticas de trabajos social: la homoparentalidad» (*Portularia*, n.º 12, pp. 169-177); «Análisis discursivo de la violencia filioparental en diferentes producciones audiovisuales» (*Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 33, n.º 1, pp. 115-126); y «Alternativas en el debate sobre el matrimonio en Europa y América Latina» (*Andamios,* vol. 14, n.º 35).

Alejandra Donají Núñez Escobar

Politóloga con mención honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México y cofundadora de Transversal, Acción sobre los derechos de las personas con discapacidad. Ha publicado en *Animal Político*, en *Nexos* (*Dis)capacidades. Blog sobre otros cuerpos y mentes,* con el Seminario de Sociología General y Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y con la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Edwin Figueroa Gutarra

Doctor en Derecho, juez superior del Distrito Judicial de Lambayeque, del Poder Judicial del Perú. Se desempeña como docente de la Academia de la Magistratura y en el Área Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres, cuya filial está en Chiclayo. Fue becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECID) y del

Consejo General del Poder Judicial de España. Además, es miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law.

José Garberí Llobregat

Es catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Castilla-La Mancha (España) y ha sido letrado del Tribunal Constitucional español y magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Entre sus libros están *Ley de enjuiciamiento civil* (España: Editorial Bosch, 2017), *El procedimiento administrativo sancionador* (España: Editorial Bosch, 2016), *Ley de enjuiciamiento criminal* (España: Ariel, 2002). Es miembro fundador de la Fundación Española de Derecho Procesal.

Manuel Martín Brañas

Licenciado en Filosofía y Letras y Ciencias de la Educación por la Universidad Autónoma de Madrid (España), y magíster en Desarrollo Rural Sostenible. Además, es experto en Cooperación Internacional. Sus últimas publicaciones son *Urarina: identidad y memoria en la cuenca del río Chambira* (Lima: Instituto de Investigación de la Amazonía Peruana, 2019), «Uses, cultural significance, and management of peatlands in the Peruvian Amazon: Implications for conservation» (*Biological Conservation*, vol. 235, pp. 189-198), y «Peatland and wetland ecosystems in Peruvian Amazonia: indigenous classifications and perspectives» (*Ecology and Society,* vol. 24, n.º 2).

Sofia Louise Martínez Martínez

Graduada en Derecho y en Administración y Dirección, y magíster en Sociología aplicada por la Universidad de Málaga, doctoranda en Economía y Empresa por su misma casa estudios. Es investigadora de la Cátedra de Emprendimiento Sostenible de la Universidad de Málaga. Ha sido coordinadora del Programa Internacional de Emprendimiento Explorer Jóvenes con Ideas en Málaga (2017-2018). Es autora, junto con Rafael Ventura, de *Situación del emprendimiento en Málaga ante la crisis del COVID-19* (Málaga: Umaeditorial, 2020).

Mario Millán-Franco

Docente, acreditado como profesor contratado doctor, del área de Trabajo Social y Servicios Sociales del Departamento de Psicología Social, Trabajo Social, Antropología Social y Estudios de Asia Oriental de la Universidad de Málaga (España). Obtuvo el primer Premio Nacional Fin de Carrera (grado en Trabajo Social), y es miembro del grupo de investigación Calidad de Vida e Intervención Comunitaria y Organizacional (Hum-590). Cuenta con una maestría en Formación y Orientación Laboral por la Universidad de Málaga.

Manuel Gustavo Ocampo Moñoa

Doctor en Derecho y profesor investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas (México). Ha sido ganador en dos ocasiones del Concurso Nacional de Ensayo en Materia de Justicia Abierta, Transparencia, Acceso a la Información, Protección de Datos Personales y Archivos organizado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (2017 y 2019). Ha escrito los siguientes artículos: «Acercamiento a una Justicia Restaurativa Electoral en el contexto de los pueblos originarios de Chiapas» (*Revista Mexicana de Derecho Electoral,* n.º 13-14, pp. 3-21), «Nueva lectura del ejercicio del derecho a la libre autodeterminación indígena en México. Elecciones municipales 2019 en Oxchuc, Chiapas» (*Política y Gobernanza*, n.º 4, pp. 67-97), «De la justicia electoral abierta al pluralismo jurídico electoral en Chiapas. Elecciones 2018» (*Revista Justicia Electoral*, vol. 1, n.º 23, pp. 91-113), «Desafíos del debido proceso penal en la diversidad cultural» (*Revista Mexicana de Justicia*, n.º 34, pp. 47-62).

Isaac Ravetllat Ballesté

Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona (España) y profesor asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile). Es director del Centro de Estudios sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (CEDIA) de la misma casa de estudios. Se desempeña como vocal del Observatorio de

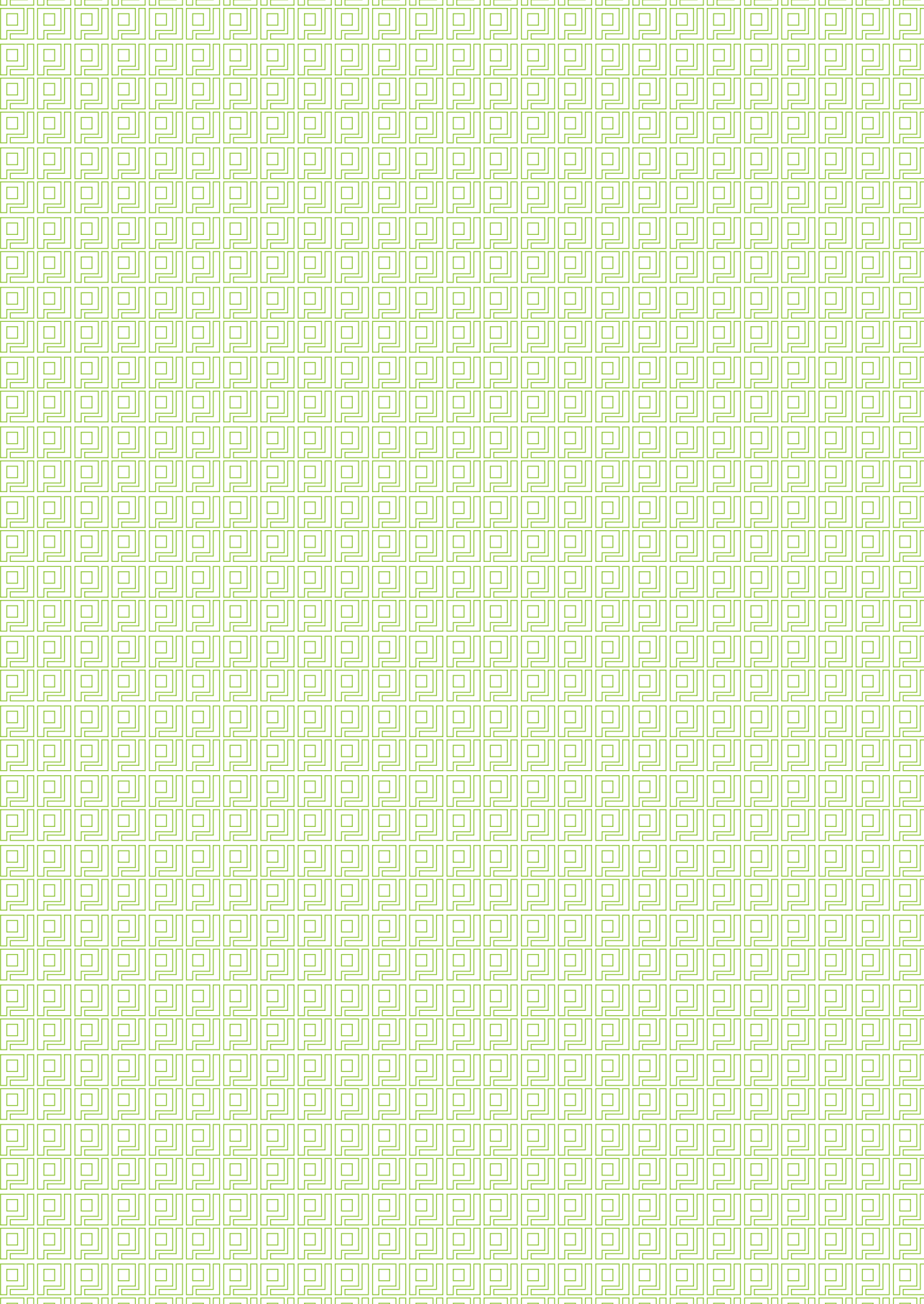
la Infancia de la Generalitat de Cataluña y secretario general de la Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (ADDIA).

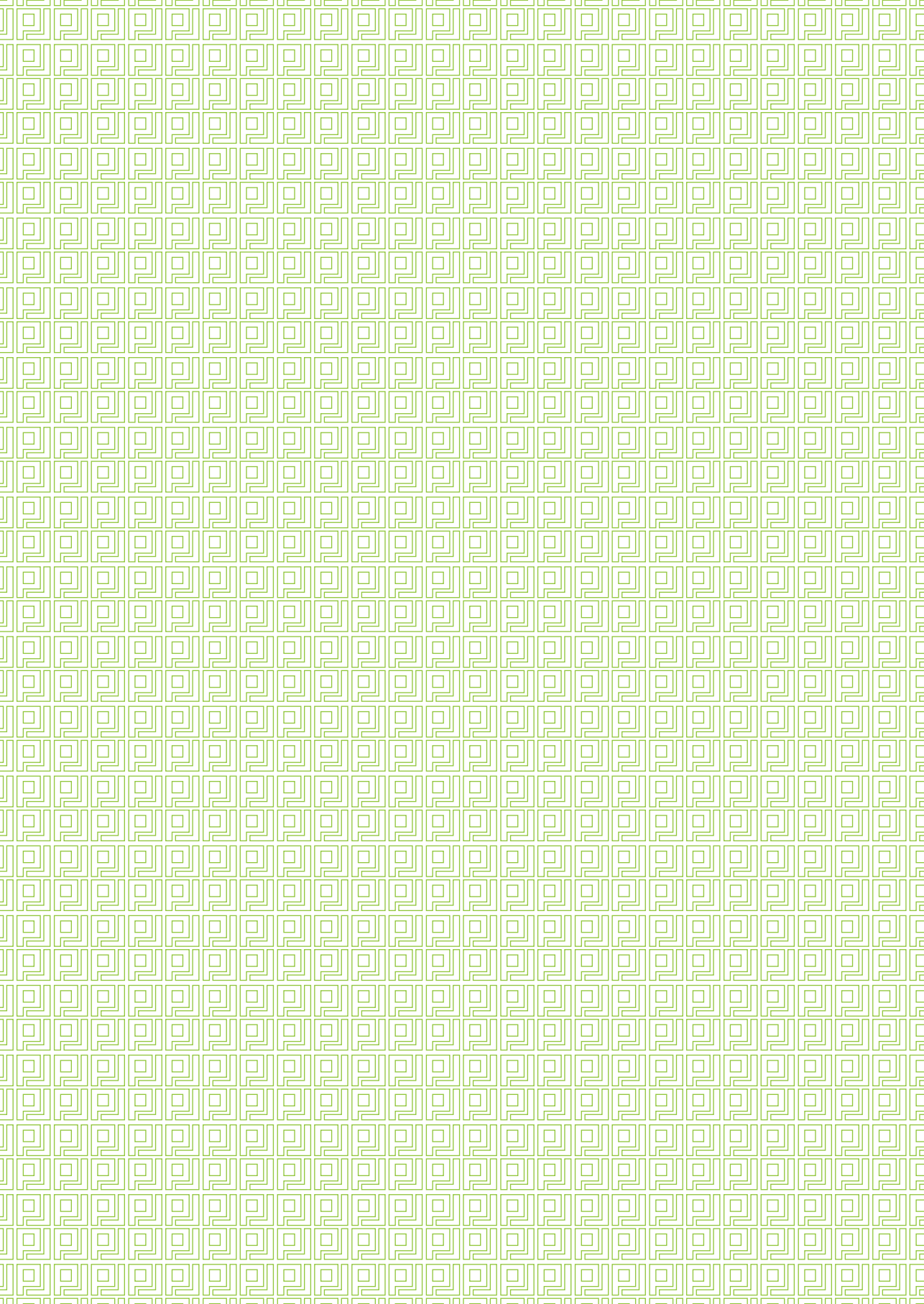
Claudia Patricia Sanabria Moudelle

Máster en Derecho de Familia e Infancia y en Globalización, Desarrollo y Cooperación por la Universidad de Barcelona (España). Es especialista en Políticas Sociales de Infancia por la Universidad Complutense de Madrid (España). Además, es encargada de la Dirección de Género del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social de Paraguay, y coordinadora de la Maestría en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia de la Universidad Iberoamericana (México). También es docente de pregrado y posgrado.

Janet Tello Gilardi

Doctora en Derecho y Ciencia Política, y egresada de la maestría en Derecho, con mención en Ciencias Penales, por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogada y magíster en Derecho, con mención en Política Jurisdiccional, por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Posee un diplomado en Estudios de Género por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Desde el 2013, es jueza titular de la Corte Suprema de Justicia del Perú, presidenta de la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria y de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, fundadora de la Asociación de Jueces para la Justicia y Democracia (JUSDEM) y presidenta de la Asociación Peruana de Mujeres Juezas (APMJ), que integra la International Association of Women Judges (IAWJ). Asimismo, es integrante fundadora del Consejo Directivo del Comité Panamericano de Jueces por los Derechos Sociales y la Doctrina Franciscana, creada por el papa Francisco; también es miembro de la Directiva del Capítulo América de la Asociación Internacional de Jueces en Refugio y Migración. Ha sido reconocida con la Orden al Mérito de la Mujer 2018, por el Estado peruano, y con el premio «Líderes de Derechos Humanos: Rostros por la Igualdad», otorgado por el Gobierno de Canadá (2019).





La Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial reúne importantes ensayos académicos de autores nacionales e internacionales acerca de la protección de los derechos fundamentales. Por ese motivo, la publicación presenta un nombre significativo para la institución: «justicia para transformar la vulnerabilidad en igualdad», pues refleja la aplicación de las Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de los grupos más vulnerables en el país.

JANET TELLO GILARDI

ISBN: 978-612-4484-10-0