SUYAI

ISSN: 2545-6989
Número 02
Año 04

Revista científica con referato de la ALAMFPYONAF

ALAMFPyONAF

/alamfpyo.naf @ALAMFPyONAF www.alatinoamericana-naf.com

Editorial

Comisión Directiva

Presidenta
Maria Amanda Fontemachi (Argentina)

Vice-Presidente
Jorge Trindade (Brasil)

Secretaria
Lina Elena Pasero de Posada (Argentina)

Prosecretario
Gerardo Gonzalez

Tesorera
Roxana Monti (Argentina)

Pro-Tesorera
Nora Silvia Dascal (Argentina)

Vocales Titulares
Roberto Palacios Márquez (Peru)
Gabriela Ureta (Chile)
Eduardo Brandi (Argentina)

Vocales Suplentes
Dr. Ramo Hender Soto
Dra. Evelyn Marlene Peralta
Dra. Milagros Rojas

Revisores de Cuentas
Maria del Rosario Iglesias de Ducloux (Argentina)
Sabrina Iturrieta (Argentina)

Comite Editorial

Dra. Hilda Marchiori
Dr. Alejandro Paredes
Dra. María Fontemachi
Dr Gabriel Diaz
Dra. Eleonora Lam

Staff Editorial
Diseño editorial y web
Lic. Cecilia Feiner
Editorial B y Co

Colaboran
Coordinación General del Centro Capacitación e Investigaciones Judiciales "Dr. Manuel A. Sáez"
Dr. Jorge Horacio Jesús Nanclares
Lic. Juan Luchesi - Luis E. Martínez

ISSN: 2545-6989

Contactos

Twiter: @ALAMFPyONAF

Facebook: ALAMFPYONAF

Whatsapp: +54 9 261 5254608

Teléfonos: 0054 261 4497955

Fax: 0054 261 044

rmfontemachi@alatinoamericana-naf.com
alatinoamericanadenaf@gmail.com

www.alatinoamericana-naf.com

Bienvenidos a la Asociación ALAMFPYONAF

Bienvenidos a la Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia!- ALAMFPyONAF-

Seguimos juntos potenciando la capacitación interdisciplinaria, el trabajo coordinado, tratando de articular entre las distintas instituciones y personas responsables, las gestiones para hacer realidad en cada lugar de Latinoamérica el respeto de los derechos humanos tanto de niños y niñas como de adolescentes y familias en situación difícil.-

Que la teoría llegue a ser práctica, que las prácticas sean conducentes a los objetivos, a los derechos que tanto difundimos

Ese es nuestro camino y nuestro colofón.

Hemos crecido como Asociación, no solo por los nuevos asociados que se incorporan día a día a este sistema de trabajo, sino porque cada año tenemos más personas interesadas en realizar los pre -congresos que no son más que la unión para el cambio, la oportunidad de decir de cada uno, sin más requisito que la profundidad, la seriedad, el respeto y el amor por lo que hacen con ánimo de reflexionar y crecer para hacer cada día mejor la vida de quienes dependen de nosotros. Son aportes de profesionales, docentes, magistrados, operadores, en definitiva personas que trabajan por los niños, niñas, adolescentes y familias en situación de vulneración de derechos, considerando las distintas ideologías y opiniones.

Estamos muy agradecidos a los colaboradores a quienes escribieron para que esta nueva edición de nuestra revista científica en la cual plasmamos.

Unidos, tenemos la posibilidad de capacitarnos, y a dar nuestro parecer y ser escuchados, sin distinción de jerarquías, ciencias o cargos.

SUYAI, que en lengua originaria Mapuche significa Esperanza.

Estamos seguros que es viable el cambio a través de la capacitación trasmitiendo los deberes impuestos por la normativa y por la función que cada uno cumple.

Por ello desde este año ALAMFPYONAF instituye un Premio destinado a recompensar el trabajo a través de programas que incluyan acciones concretas que hagan realidad los objetivos en defensa de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes incluidas las familias.

Como ya decimos siempre "Juntos creceremos... si abrimos nuestra mente y nuestro corazón..."

Los esperamos en VIÑA DEL MAR del 6 al 8 de Noviembre en el "IX CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ ADOLESCENCIA Y FAMILIA".

Maria Fontemachi
Presidenta ALAMFPyONAF

Indice

Premio Alamfpyonaf . Reglamento.

ARTÍCULOS

EL INTERÉS SUPERIOR Y LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
La situación del Interés Superior de la Niñez en Chile, México y Reino Unido. **Sergio Alejandro Rea Granados | Pág. 4**

Depoimento Especial" ("Declaración Especializada") de niños y adolescentes víctimas o testigos de violencia sexual: la experiencia brasileña. **María Isabel de Matos Rocha | Pág. 9 (INTRODUCCIÓN) | NOTA COMPLETA Pág. 116**

Mírame y Escúchame: derecho de los niños, niñas y adolescentes a participar. **Andrea Rappazzo | Pág. 10**

Traduzcamos a derecho El caso de la niña Wichi de Salta. **María Victoria Conde | María Verónica Ojeda | Pág. 16**

La persona humana y las relaciones de Familia. **Liliana Rocca | Pág. 18**

La Patologización de la Infancia en el Campo Educativo. Estudio de Caso de la Provincia de Mendoza. **Héctor Fabricio Fiochetta | Pág. 20**

Educación en derechos humanos en las escuelas de formación militar: estudio de caso como estrategia pedagógica para la prevención del delito de tortura. **AAT. Rocibelly Umbarila Caicedo | Pág. 26**

RÉGIMEN JUVENIL
La edad punible del menor: Contexto actual en Honduras. **Jorge Abilio Serrano Villanueva | Ana C. Narváez Rivera | Pág. 58**

La edad mínima de punibilidad y la prohibición de regresividad. **Gonzalo López | Pág. 60**

Baja de la edad de punibilidad: ¿imposibilidad legal o imposibilidad biológica? **Ana María Blanco | Pág. 64**

Medidas privativas de Libertad de adolescentes. Límites al accionar policial. **María Rita Custet Llambí | Marianela Ugartemendía |Pág. 67**

La Mediación Penal Juvenil en la Provincia de Tucumán: ¿Es una herramienta útil? **Carlos Acuña | Pág. 74**

Mediación con adolescentes en contexto de encierro. **Javier Cabral | Pág. 77**

GÉNERO E INFANCIA
Feminismo…¿en la niñez?. **Sandra Verónica Rivera Ramírez | Pág. 86**

Evolución de la Autonomía de la voluntad y embarazo en Adolescentes. **Christian Aprosoff | Pág. 87**

La mujer como transformadora de paradigmas y gestora de cambios **María Valeria Saltalegio | Pág. 112**

II Asamblea por la equidad | Promoviendo la igualdad y equidad de género **María Valeria Saltalegio | Pág. 114**

PRE CONGRESOS

Se realizaron tres pre congresos y quedan aún por realizar en:

- Tucumán 16 y 17 de Agosto;
- San Rafael 1 y 2 de Setiembre.

PRE CONGRESOS Y CONCLUSIONES

- IX Congreso latinoamericano de Niñez Adolescencia y Familia.
- Programa Alojamiento Ponencias.
- Aportes de Asociados a las Mesas de Expertos por la Ley Penal Juvenil.

PREMIO ALAMFYONAF

EL PREMIO tiene como objetivo en particular, recompensar los trabajos particularmente meritorios, sobre todo los que aportan una contribución innovadora en el perfeccionamiento de los métodos de trato con los niños y adolescentes y sus familias con dificultades.

REGLAMENTO DEL CONCURSO

1. La ALAMFPYONAF instituye un Premio destinado a recompensar el trabajo a través de programas que incluyan acciones concretas que hagan realidad los objetivos de la ALAMFPYONAF en defensa de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes incluidas las familias.

2. Se otorga el premio durante el Congreso organizado por la Asociación Latinoamericana de Magistrados Funcionarios, Profesionales y Operadores de NAF.

3. Los trabajos de los candidatos serán entregados en español en uno de los soportes siguientes: a. contribución escrita que puede incluir vídeo que tenga una intención didáctica y estadísticas que acrediten su funcionamiento exitoso.

4. Los trabajos deben ser acompañados por un resumen del contenido explicación o de una presentación escrita (letra b hasta d) de 10 páginas máximo en una de las lenguas admitidas.

5. Los trabajos de los candidatos serán enviados por mail premioalamfpyonaf@alatinoamericana-naf.com hasta el día 15 de Setiembre de cada año.

6. No se restituirán los trabajos de los candidatos.

7. El jurado del concurso está constituido por 3 miembros y 3 suplentes elegidos por la ALAMFPYONAF (comité científico).

8. No hay en principio más de un sólo Premio, pero el Comité científico puede proponer a la Comisión Directiva de ALAMFPYONAF admitir un segundo, si la calidad del trabajo lo justifica.

9. El ganador recibe un premio de u$s 1000 (mil solares estadounidenses).
El Comité determina, en caso de que fuera necesario la cantidad del segundo premio.
En caso de que dos candidatos fueras clasificado ex aequo, se procedería a un reparto entre ellos, sin que la cantidad total del Premio fuera modificada.
En caso de quedar desierto el concurso, la suma será agregada al concurso del próximo año 2018.-
El Comité puede, con la recomendación del jurado o bajo su propia iniciativa, otorgar una mención de honor a uno o varios candidatos, teniendo en cuenta la cualidad particularmente elevada de la contribución sometida.

10.Ningún recurso será admitido contra las decisiones del jurado.

E Premio será entregado en la sesión plenaria final del Congreso por la su Presidente/a Secretaria/o y Presidenta/e del Comité Científico

LA SITUACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ EN CHILE, MÉXICO Y REINO UNIDO.

Sergio Alejandro Rea Granados
Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Maestría en Derecho Internacional por la Universidad de Melbourne, Australia. Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Patrocinado por la Comisión Nacional de Investigación.

INTRODUCCIÓN

La Convención sobre Derechos del Niño de 1989 (en adelante "CDN")[1] se erige como una síntesis de las normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general con principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. La CDN concibe a las niñas, los niños y los adolescentes no sólo como sujetos de medidas de protección y asistencia, sino como titulares de derechos propios y como actores de su propia vida y, por lo tanto, con la capacidad y el deber de participar en sus asuntos que les afectan.

En efecto, la CDN incorpora cuatro principios o derechos específicos: el derecho intrínseco a la vida, supervivencia y desarrollo; a la participación; a la no discriminación y el principio de interés superior de la niñez (en adelante "ISN"). Además de estos cuatro derechos y principios, la CDN establece otros derechos fundamentales que incluyen, inter alia, la necesidad de proteger a los niños de abuso, persecución, de la explotación, del trato negligente y sobre la importancia de su desarrollo físico e intelectual.

El concepto fundamental de la CDN es el principio del ISN, el cual goza de reconocimiento universal y, además, es considerado como principio general del derecho internacional.[2] También, éste le otorga al infante el derecho a que se le considere de manera primordial para que su interés prevalezca en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. De igual forma incluye la adopción de medidas activas realizadas por el gobierno, el parlamento, la judicatura e instituciones privadas de bienestar social. Por lo tanto, todos los órganos han de aplicar el principio de ISN estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses de los infantes se ven o se verán afectados por las decisiones y las medidas que se adopten.[3]

El ISN es, por lo tanto, el factor determinante de acciones específicas realizadas por el Estado, quien tiene la obligación especial de proteger y asegurar que sus autoridades públicas, quienes ejecutan acciones y afectan de alguna manera a menores de edad, tomen las medidas necesarias para garantizar la aplicación correcta de este principio.[4] Por lo tanto, este trabajo tiene el objetivo de analizar el ISN en dos países latinoamericanos (México y Chile) con un sistema jurídico común como es el caso del derecho civil y otro Estado que aplica el Common Law, como es el caso del Reino Unido. Lo anterior, con la finalidad de encontrar las semejanzas y las diferencias en la interpretación del ISN señalado por la norma internacional.

EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ

El Derecho Internacional que reconoce el concepto jurídico del ISN no establece su precisión y contenido dejando un amplio margen de flexibilidad que causa incertidumbre jurídica y discrecionalidad al momento de aplicarlo. En este sentido, la doctrina ha sostenido que el concepto ha sido utilizado e interpretado como un "cheque en blanco" y que, por ello, muchas veces, con él se han justificado todo tipo de arbitrariedades en el ámbito público estatal.[5] Para algunos autores la solución a este problema es hacer el concepto más claro y preciso, es decir, especificar el contenido del concepto sin permitir margen de discrecionalidad en la interpretación y aplicación del estándar jurídico.[6] Todo ello mediante criterios rectores que determinen el contenido normativo que supone que ciertos derechos de los menores poseen un mejor interés o prevalencia respecto de otros derechos individuales o colectivos.[7] Lamentablemente, esta doctrina se quedó en la enunciación teórica de la solución en términos generales, sin tomar en cuenta casos concretos como el de los menores refugiados, quienes requieren la protección de ciertos derechos reconocidos por el derecho internacional.

Contrario a este argumento, varios autores han señalado que la falta de definición del ISN es una ventaja jurídica. Para Mary Beloff la indeterminación de este concepto permite que los operadores jurídicos agudicen su imaginación y busquen una protección

integral de los menores de forma casuística siempre con la vista puesta en una permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares.[8] Para Nigel Cantwell la indeterminación de la noción permite dejar cierto margen dado que su significado e implicancia puede variar según el caso y el contexto. [9] En el mismo sentido, Lázaro González afirma que siendo un principio general necesariamente debe tener una configuración genérica y abierta, lo que permite su aplicación a las diversas situaciones sociales que se presenten.[10]

A pesar de las diferencias teóricas entre ambas posturas, la única coincidencia entre ambas es que el Estado debe tomar como consideración primordial el ISN en todas las medidas que concierne a los niños y niñas incluyendo a los menores refugiados.
Sin embargo, el problema jurídico es la imprecisión de este concepto en la norma internacional, la cual abre la puerta de manera indiscriminada a una aplicación extremadamente casuística de un estándar que, por propia naturaleza, tiene carácter universal. De tal forma que las autoridades responsables de resolver un caso relacionado a un menor de edad tienen un margen de apreciación al interpretar el alcance y límite de este concepto jurídico indeterminado y, por lo tanto, se requiere eliminar los márgenes de discrecionalidad. [11]

Además, la indeterminación implica altos costos en la seguridad jurídica debido a que el encargado de la norma tiene amplia capacidad de determinación del significado del concepto.[12] Por tal motivo, la seguridad jurídica, que es un requisito esencial del Estado de Derecho, debe estar presente al momento de dar una solución interpretativa.[13] Sobre todo cuando éste es una de los pilares básicos en los que descansa la ciencia jurídica actual en los que ningún sistema jurídico puede estar ajeno.[14]

De acuerdo con los principios de legalidad y seguridad jurídica también se impone que el Estado realice previamente una indagación del contexto fáctico del menor refugiado tras el cual se superponga el apropiado análisis de su condición jurídica (derechos y garantías); y no que simplemente refiera mecánicamente en sus actos y decisiones la consideración de un ISN desprovisto de todo contenido (fáctico y jurídico). El Comité de Derechos del Niño ha señalado también que no basta la sola referencia del ISN por parte del Estado para justificar una decisión que afecte a un menor, sino que ella misma debe ajustarse a las necesidades de protección de aquel conforme al Derecho Internacional.[15]

DERECHO COMPARADO (MÉXICO, CHILE Y REINO UNIDO)

Una vez explicado el problema jurídico, el derecho comparado surge como una opción para explicar la aproximación de la definición en el marco de decisiones realizadas por el derecho extranjero. Además, aunque existe poco en común entre el derecho comparado con el derecho internacional público, la realidad es que el primero nos ayuda a entender los principios generales reconocidos por el derecho internacional público y, además, a comprender cómo un principio universal es aplicado en diferentes países, tal y como sucede en el caso del interés superior del niño.[16] En este sentido, el derecho comparado es de gran relevancia para encontrar la mejor solución de un problema surgido y que podría, también, incluir como regla general de derecho la solución, criterio o fórmula adecuada de un problema particular, la cual podría emerger de la propia evaluación del mejor material a comparar.[17]

Esto debido a que el derecho comparado sirve para indagar y descubrir qué fuentes jurídicas extranjeras son evaluables en sus semejanzas y diferencias, junto con comprobar si los sistemas confrontados obtienen soluciones análogas.[18] Por tal razón, la importancia del derecho comparado, la cual sirve como una herramienta para ilustrar los argumentos en la construcción de una aproximación teórica sobre los elementos de la determinación de este principio. Además ayuda a construir relaciones de similitud y diferencias aplicando uno o varios términos comunes en sus distintos matices.[19]

En primer lugar, utilizaremos los sistemas jurídicos que presentan situaciones fácticas y fuentes jurídicas similares, por lo que se analizará el derecho proveniente de países Latinoamericanos, entre ellos los casos de México y Chile.[20] En segundo lugar, se tomará en cuenta el derecho de Reino Unido, ya que tiene una desarrollada jurisprudencia en estos temas y que es relevante para el propósito de este trabajo de investigación.[21]

Ahora bien, una vez seleccionado el tema e identificado el problema, delimitaremos el nivel de comparación, el cual puede ser macro o micro comparación. Sobre este asunto y de acuerdo con el académico Banfi la primera concierne a los sistemas jurídicos como tales y abarca las funciones e influencia de las fuentes formales del

derecho (ley, jurisprudencia, doctrina y derecho forense), las técnicas legislativas y judiciales y los procedimientos de resolución de conflictos.[22] La segunda se concentra en problemas específicos, en los métodos (instituciones, principios y reglas) y en los resultados.[23] Al respecto, para fines de este trabajo de investigación la mirco comparación será el nivel de comparación, ya que tiene como finalidad comparar el concepto de interés superior de la niñez en diferentes sistemas jurídicos extranjeros para entender como cada una de estas naciones ha adoptado, desarrollado y solucionado la indeterminación de esta noción de derecho internacional público.

Por otro lado, y como lo mencionamos anteriormente, el proceso de comparación no sólo consiste en decir las semejanzas y diferencias entre los temas comparados, sino en describir, identificar y explicar a los sujetos comparados. Para contemplar esta actividad deben seguirse tres etapas: descripción, identificación y explicación. [24]

La primera etapa la describimos anteriormente sobre la indeterminación del interés superior de la niñez en la norma internacional, debido a ello, cada Estado tiene la obligación de aplicar este concepto. Sin embargo, tras ser un principio indefinido, éste puede ser interpretado por cada Estado arbitrariamente afectando el derecho internacional público, en particular los derechos humanos.

La segunda etapa consiste en la identificación del problema, la cual ha sido expuesta anteriormente y, por lo tanto, esta situación nos conduce a comparar los diferentes sistemas jurídicos para encontrar la mejor solución posible que describa las características del interés superior de la niñez.

La tercera etapa radica en explicar las razones hechas por los diferentes sistemas jurídicos extranjeros.

En primer lugar se examinará el derecho mexicano, el cual en su Constitución, en su artículo 4°, señala que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del ISN para garantizar de manera plena los derechos de la niñez. Debido a esta disposición constitucional, este principio comenzó a ser uno de los temas más ampliamente desarrollados por la Suprema Corte de Justicia de Nación (en adelante "SCJN"), quien ha recurrido en diferentes ocasiones a su interpretación. [25] En este sentido, la SCJN se ha pronunciado sobre este tema en casos de menores de edad detenidos por infracciones a la legislación penal[26], por adopción homoparental[27], por la patria potestad de los progenitores[28], entre otros.

De tal forma este Tribunal, definió este concepto de la siguiente manera: el principio del ISN implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del infante.[29]

Adicionalmente, la SCJN ha señalado que este principio tiene una función justificativa y una función directiva. Por un lado éste sirve para justificar y ponderar los derechos que tienen como objeto la protección de la infancia y, por otro, éste constituye un criterio orientador de toda producción normativa, entendida en sentido amplio, relacionada con los derechos de la niñez.[30]

De tal forma, podemos señalar que para el derecho mexicano el ISN desempeña dos funciones fundamentales. Es decir, como criterio de ponderación que ordena priorizar el derecho de la infancia sobre el adulto en los casos en que así se justifique y, además, sirve como criterio orientador en todas las decisiones que le afecten. Sin embargo, la jurisprudencia ni la legislación mexicana reduce el riesgo de la indeterminación de la noción, ya que no se establecen criterios normativos claros y precisos, sino más bien, se establecen criterios generales que deban de aplicarse.

En el caso de Chile, una de las primeras observaciones es que este principio no ha sido totalmente incorporado en el sistema normativo interno.[31] Es decir, ni es reconocido actualmente por la Constitución Chilena ni en el Código Civil de manera expresa, a pesar que Chile es parte de la Convención sobre Derechos de los Niños y tiene la obligación de tomar medidas para incorporar los derechos humanos en su legislación interna.[32] Cabe señalar que en los países de América Latina, Chile es el único país que no ha adoptado una legislación interna especial sobre la protección de los derechos de la niñez y, por lo tanto, no se ha reconocido expresamente este principio en su legislación interna.[33] Al respecto, los tribunales chilenos han aplicado este principio tomando como fuente de derecho la Convención sobre Derechos de los Niños, la cual ha sido ratificado por Chile en 1990.[34]
Una de las resoluciones más importantes sobre cómo se aplicó este principio ha sido el caso de la tuición de infantes por parte de la jueza Atala.[35] En este caso, el Juzgado de Menores de Villarica señaló que es tarea del Juez asegurar que el interés superior de la niñez se realice mediante un análisis preventivo o anticipado conducente al fin último, el cual es procurar su máximo bienestar.[36]
Por otra parte, en el mismo caso, la Corte Suprema de Chile resolvió que en todas las medidas que les conciernan a los infantes es primordial atender el interés superior de la niñez sobre otras consideraciones, inclusive cuando intervengan derechos relativos a sus progenitores.[37]
Sin embargo, a pesar que existe un reconocimiento de primacía de este principio, la Corte Suprema resolvió este principio sin tomar en cuenta la naturaleza del mismo. Es decir, la resolución determinó este concepto con razonamientos abstractos, esteriotipados y/o discriminatorios que provocó, posteriormente, la condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por no ajustarse a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.[38]

En conclusión, puede decirse que, ante la indeterminación de esta noción, se requiere establecer criterios normativos, que no sólo establezcan la claridad

y comprensión del mismo sino que éstos, además, deben ser acordes al derecho internacional de los derechos humanos, rama del derecho internacional de donde se reconocen los derechos específicos de la infancia.

Por otro lado, en el Common Law, donde surgió este principio,[39] ha tenido mayor desarrollo jurídico en comparación con el derecho romano, ya que este último imitó esta figura al incorporarla en sus diversas legislaciones. También es importante señalar que esta figura del Common Law fue, posteriormente, incorporada por el derecho internacional de los derechos humanos y que hasta la fecha ha sido reconocida internacionalmente como principio jurídico.[40]

De tal forma que, el Common Law, que es de formación judicial, tras regirse por la regla del sate decisis,[41] ha desarrollado una serie de precedentes sobre este principio. Uno de los más relevantes es el caso ZH (Tanzania)[42] , en el cual el Tribunal Supremo puso atención en la formulación de la disposición del ISN y señaló que había una diferenciación entre "una consideración primordial"[43] y "la consideración primordial". Tomando en cuenta este argumento, el Tribunal resolvió que "la consideración de mayor importancia es que este principio debe prevalecer sobre cualquier otro. Por tanto, en caso que el ISN no estuviere mencionado expresamente como una consideración primordial en cualquier procedimiento, ello no significa que no estuvieran entre las mayores prioridades." De tal forma, que el derecho inglés reconoció la primacía y la importancia de este principio, independientemente de si está o no expresamente citado en una decisión que afecta a un infante y, debido a ello, la autoridad está obligada a tomarlo a consideración.

En el mismo sentido, en el caso HH, la Suprema Corte resolvió que el interés superior debe estar siempre primero en cualquier decisión que afecte los derechos de cualquier infante por parte de cualquier autoridad.[44] De tal forma, este Tribunal reafirmó la importancia de este principio en las decisiones judiciales.

Sobre el contenido de este principio para terminar con la indeterminación, en la decisión MK (India) (Interés Superior de la Niñez)[45] el Tribunal inglés resolvió que las autoridades deben tomar en consideración la edad y la madurez del infante. Además señaló que el interés superior no es una situación simplista o reduccionista, sino al contrario se debe tomar en cuenta una serie de circunstancias individuales del caso para su determinación. Además, permitió tomar en consideración algunos criterios orientadores dados por el sistema de Naciones Unidas y que sirven para darle contenido normativo al principio de ISN.[46] De tal forma, el Tribunal Supremo eliminó el problema de la indeterminación al permitir el apoyo y orientación que aporta el Soft Law.

Adicionalmente, este sistema jurídico para eliminar la indeterminación del concepto incorporó en el artículo 1 de la Ley de la Infancia de 1989 (Children Act 1989) criterios normativos que deben considerarse al momento de establecer el ISN. El primero de ellos se refiere a que es primordial tomar en consideración este principio en todas las decisiones de las Cortes cuando se afecten los derechos de la niñez. Además, en la sección 1 estableció un listado de derechos que le dan contenido a este principio, tales como: tomar en cuenta las opiniones y deseos de los menores de edad, esto de acuerdo a su edad y madurez; las necesidades físicas y emocionales de los infantes; la edad y el sexo del menor de edad y los antecedentes psicosociales; cualquier daño sufrido o riesgo a futuro; la capacidad de los progenitores de cubrir las necesidades de protección; entre otros.[47]

En resumen, podemos observar que el derecho inglés ha sido mucho más desarrollado en cuanto a la determinación de este concepto jurídico dándole no sólo contenido normativo al mismo, sino también, consideraciones especiales que toda autoridad debe de tomar en cuenta al momento de aplicarlo, protegiendo así los derechos reconocidos a favor de la infancia.

CONCLUSIÓN

Tomando en consideración todos los argumentos anteriores, podemos concluir que este concepto jurídico en el derecho inglés contempla una serie de derechos y facultades que eliminan la indeterminación. Sin embargo, a pesar de este gran avance jurídico, para nosotros aún se requiere que esté garantice que este concepto siempre debe ser acorde a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Este argumento en razón que no basta con que se contemple un contenido normativo del mismo, sino que, además, sea ajustado a la norma internacional.

Mientras que en el sistema jurídico mexicano y el chileno sólo se observan situaciones generales que no resuelven de todo el problema de la ambigüedad del concepto. Por lo tanto, la solución hecha por el derecho inglés pude ser un criterio rector adecuado que pudiera ser utilizada e implementada por los otros dos países.

En el caso particular chileno, además, se requiere incorporar este principio en su derecho interno que ayudaría a reducir la discrecionalidad abusiva, la falta de certeza y la seguridad jurídica. Por último, en el caso mexicano, aunque ha habido avances jurídicos importantes tanto en la legislación doméstica como en la jurisprudencia, aún se requiere mayor precisión en cuanto al contenido normativo de este concepto para reducir la indeterminación y, por lo tanto, se sugería que debe conformarse criterios normativos en cuanto a la aplicación e interpretación del mismo, pero que además, estén ajustados a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos◆

CITAS

[1] ***Científica y Tecnológica (CONICYT),*** Chile.
Aprobada y abierta a firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.

[2] AGUILAR CAVALLO, GONZALO. 2008. ***El principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,*** Revista Estudios Constitucionales, Año 6, (Nº 1): 226.
[3] COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. 2003. ***Observación General Nº5 (2003) Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) CRC/GC/2003/5, 5p.***

[4] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). ***Caso 10.506, X e Y vs. Argentina (Informe Nº 38/96), de 15 de octubre de 1996, considerando 103.***

[5] BELOFF, MARY. 2006. ***Quince años de Vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina,*** En: Bovino, Alberto, Courtis Christian y Abramovich, Víctor (comps.) ***La Aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el ámbito interno: Balance y Perspectivas.*** Editorial El Puerto, Buenos Aires, 290p.

[6] DE DINECHIN, PHILIPPE. 2009. ***Los utópicos derechos del niño,*** Escaparate ediciones, Concepción, Chile, pp. 23-24.

[7] FREEDMAN, DIEGO. 2007. ***Funciones normativas del Interés Superior del Niño,*** En: Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global, (N° 4), Buenos Aires, 4p.

[8] BELOFF, MARY. 1999. ***Protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular, Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. En: Justicia y Derechos del Niño, (N° 1),*** Santiago, pp. 109-110.

[9] CANTWELL, NIGEL. 2010. ***La genèse de l'intérêtsupérieur de l'enfantdans la Convention relativeauxdroits de l'enfant. Colloque. En: l'Intérêt de l'enfant en questions,*** DEI-France, AFJK, Paris, 2p.
[10] LÁZARO GONZÁLEZ I. 2002. ***Los menores en el derecho Español,*** editorial Tecnos, Madrid, 107p.

[11] SIMON CAMPAÑA, FARITH. 2013. ***Interés Superior del Menor: Técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva,*** Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 13p.

[12] LACRUZ BERDEJO J. L. et al. 2006. ***Parte General del Derecho Civil, Vol. Primero: Introducción,*** Cuarta Edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverria, Editorial Dykinson, Madrid. 113p.

[13] MODERNE, FRANCK. 2005. ***Principios Generales del Derecho Público,*** (Compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco) Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 225p.
[14] ***Ibídem.***

[15] C***OMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO,*** ob. cit., 9 p.

[16] ZWEIGERT KONRAD & KOTZ, HEIN. 1998. ***An Introduction to Comparative Law (trad. Tony Weir),*** Oxford, OUP, 3rd ed. pp. 7-8.

[17] ***Ibídem.***

[18] BANFI D. CHRISTIAN. 2012. ***Reflexiones Generales sobre el Derecho Privado Comparado,*** En: Actas del Congreso Internacional de Derecho en Homenaje al Centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaiso, Valparaiso, Edeval, 219p.

[19] BANFI D. CHRISTIAN. 2012. ***Reflexiones Generales sobre el Derecho Privado Comparado,*** En: Actas del Congreso Internacional de Derecho en Homenaje al Centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaiso, Valparaiso, Edeval, 211p.

[20] Smith, Raoul vs. ***Dirección General de Migración y Extranjería, 14998-03,*** Costa Rica: Corte Suprema de Justicia, 17 Diciembre 2003.

[21] E-A (Artículo 8 – I***nterés Superior del Niño) Nigeria vs. Secretaría de Estado del Ministerio del Interior,*** [2011] UKUT 00315 (IAC), Reino Unido: Tribunal Superior (Cámara de Migración y Asilo), 22 Julio 2011 Baker vs. Canadá (Ministerio de Ciudadanía y Migración), [1999] 2 S.C.R. 817, Canadá: Corte Suprema, 9 Julio 1999

[22] ***BANFI D. CHRISTIAN,*** Ob. Cit., 201p.

[23] ***Ibídem.***

[24] KAMBA, W. J.1974. ***Comparative Law: A Theoretical Framework,*** En:International and Comparative Law Quarterly, (3) 23, 510-512p.
[25] GONZÁLEZ CONTRÓ MÓNICA 2013 ***Derechos de niñas niños y adolescentes*** En: Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana I, Eduardo Ferrer Mac- GregorPoisot, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner Coordinadores, México, SCJN, UNAM y Fundación Konrad Adenauer, 652p.

[26] ***Ejecutoria 1ª/J.20/2011 (9ª) Contradicción de Tesis 115/2010.*** Entre las Sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Mayo 2011, Reg. IUS 22876 129p.

[27] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 8/2014 en Materia Familiar, ***Tema: violación de los Principios de Igualdad y No Discriminación; Violación al Derecho a una Familia de las Personas que forman parte de una sociedad civil de convivencia al decidir adoptar en forma conjunta o individual, respecto a la patria potestad o guardia y custodia de los menores hijos del otro.*** Sesionado 11/08/2015. Publicado el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2015.

[28] Ejecutoria: 1ª/J.14/2007 (9a), Contradicción de Tesis 47/2006-PS. ***Entre las Sustentadas por los Tribunales Colegiados Décimo Tercero y Octavo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta,*** Novena Época, México, Tomo XXV, Reg. UIS 20075. Abril de 2007, 221p.

[29] Tesis: 1a/J. 25/ 2012 (10a), ***INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.*** Su concepto, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, p. 334. Reg. IUS. 159897.

[30] Ejecutoria: PXIX/ 2011 (9ª). ***Amparo Directo en Revisión 1187/2010,*** Sentencia definitiva 26 de enero de 2011. p.18.

[31] MOURE, ANA MARÍA. 2013. Un defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes para Chile: Estudio Comparado. Revista de Derecho Público, Vol. 78. 196p.

[32] AGUILAR CAVALLO, GONZALO. 2008. El princpio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Centro de Estudios constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6 (1), 231p.

[33] ALEGRE, SILVINA, XIMENA HERNÁNDEZ et al. 2014. Cuaderno 05. El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas. Sistema de Información sobre la primera infancia en América Latina, 10p.

[34] Chile suscribió la Convención sobre Derechos del Niño el 26 de enero de 1990 y publicó su ratificación en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990.
[35] ***Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003*** (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2566).

[36] ***Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003*** (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2566).

[37] ***Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004*** (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2670).

[38] **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** párr. 146, 50 p.

[39] En la Inglaterra del Siglo XVII la relación jurídica del padre con sus hijos pertenecía al ámbito de los derechos de propiedad. En las separaciones matrimoniales, el padre conservaba legalmente la titularidad de los derechos de custodia, y podía recuperar la posesión de sus hijos en poder de las madres ejercitando judicialmente el habeas corpus. Los repertorios de jurisprudencia recogen unos pocos casos en que el tribunal denegó el habeas corpus basándose en que ello parecía "lo mejor para el menor": ***Rex v. Delaval, 1763, Rex v. De Mannenville, 1804, y sobre todo, el caso Blissets de 1774.***

[40] De acuerdo con Sacco existen dos razones para la imitación: uno es la imposición y la otra por el prestigio. SACCO, RODOLFO. 1991. ***Legal Formats: a Dynamic Approach to Comparative Law, The American Journal of Comparative Law,*** Vol. 39, 398-400.

[41] El juez al decidir un caso a él sometido se vincula con los precedentes judiciales, o sea, por las sentencias dictadas por otros jueces quienes decidieron casos análogos.

[42] GALGANO, FRANCESCO. 2001. ***Atlas del Derecho Privado Comparado, Fundación Cultural del Notariado,*** Madrid, 27p.
H (Tanzania) (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), [2011] UKSC 4, United Kingdom: Supreme Court, 1 February 2011.

[43] ***Ibíd.,*** párr 49.

[44] ***HH vs. Deputy Prosecutor of the Italian Republic,*** Genoa [2012] UKSC 25, párrafo 144.

[45] ***Secretary of State for the Home Department v. MK*** (best interests of child) India, [2011] UKUT 00475 (IAC), United Kingdom: Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber).

[46] ***Ibíd.,*** párrafos 19-21.

[47] ALSTON, PHILIPPE. 1994. ***The Best Interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights,*** Oxford University Press.

DEPOIMENTO ESPECIAL ("DECLARACIÓN ESPECIALIZADA") DE NIÑOS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS O TESTIGOS DE VIOLENCIA SEXUAL: LA EXPERIENCIA BRASILEÑA

Maria Isabel de Matos Rocha
Función: Juez Superior del Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso do Sul, Brasil
Titulación académica: Máster en Derecho Civil (Universidad de Coimbra, Portugal).

BREVE SÍNTESIS DEL TRABAJO

El trabajo relata la experiencia de la técnica de "depoimento especial", que es un modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles desarrolada por el Poder Judiciário del Brasil, en los servicios implantados en el Estado de Mato Grosso del Sur.

Se trata de una técnica especializada para la escucha de infantes y adolescentes testigos o víctimas de violencia, en audiencias judiciales en tribunales, que en gran parte envuelven actos de violencia de género y del tipo sexual, que tiene en vista reducir el sufrimiento y los daños psicológicos de los declarantes víctimas, así como generar prueba más segura para la responsabilización de los agresores.

Este trabajo informa acerca del sistema especializado implantado en el Estado de Mato Grosso del Sur desde los años 2014, que ya cuenta con centenas de audiencias y declaraciones, describe la técnica, sus dificultades y limitaciones y sus resultados. Analisa datos estadísticos del Servicio implantado por el Tribunal de Justicia de Mato Grosso del Sur, relatando resultados y limitaciones.

Por fin, presenta propuestas para que este sistema de escucha logre sus objetivos de proteger a la víctima y obtener una prueba más segura:

1) Que el Poder Judiciário dé prioridad a la instalación de este modelo en todas las comarcas, a la capacitación de entrevistadores y a la instalación de más Juzgados especializados en estas cuestiones.

2) Que la producción antelada de prueba de declaración especial de infantes y adolescentes sea garantizada mediante acciones integradas que permitan la entrevista temprana de la víctima, evitándose la repetición de su narrativa ante varios órganos de atendimiento;

3) Que el servicio de declaración especializada cuente con mecanismos de monitoramiento y evaluación continuada de su funcionamento y resultados, así como de sistematización de sus datos estadísticos, con su divulgación a la sociedad en general;

4) Que haya otros instrumentos complementarios que ayuden a construir una visión preocupada con la prioridad de los niños y con las cuestiones de género, además de los citados, como por ejemplo: capacitación permanente de Jueces, agentes fiscales del Ministerio Público, Defensores, Abogados y equipos psicosociales visando una actuación no machista ni adultocéntrica y promoción de estudios, seminarios y divulgaciones permanentes sobre la violencia contra los niños y los mecanismos judiciales de su protección...

NOTA COMPLETA EN LA PÁGINA 116

MIRAME Y ESCUCHAME DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A PARTICIPAR.

ANDREA RAPPAZZO
DNI NRO. 30.944.530
Mail: andrearappazzo@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Los cambios culturales, sociales y económicos, sustentados en su mayoría por políticas públicas como consecuencia de transformaciones familiares y económicas generadas por múltiples factores ente ellos la globalización, han puesto en evidencia grandes cambios en relación a la población de 0 a 18 años un nuevo paradigma que los coloca como prioridad. Modificaciones que han venido acompañadas de las nuevas estructuras familiares, la validación y legitimidad que se otorga a todos los intereses y posiciones de cada miembro de la familia, concluyendo con preferencias y verticalidad de los integrantes y la forma de resolución de las uniones y estabilidad de los vínculos pos crisis. Frente a estos nuevos escenarios se coloca el Estado con sus políticas públicas frente a situaciones de carencia de cuidados parentales y/o familia extensa.

La Convención Internacional de los Derechos de los Niños, a la que nuestro país dio categoría constitucional en 1994 y plasmó en la ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños,[1] adquirió progresiva vigencia, buscando alejarse de la tutela de los patronatos para llegar a una protección integral de los derechos de los NNYA bajo la perspectiva del interés superior del niño, dejando sin efecto las estructuras patriarcales de patronato, erigiéndose a Estado en garante de los nuevos enunciados cuando se vean los derechos de los niños, niñas y adolescentes vulnerados y ello pueda conocerse directamente por ellos, por su voz.

Como enfatiza Luis Farré Grayu en el prologo del libro Relaciones, Vivencias y psicopatología "…en defensa y exigencia de justicia para con nuestros niños, para con todos los niños del mundo, hay que seguir el ejemplo de nuestros poetas: debemos recuperar y salvar el habla para devolver las palabras justas a cada cosa que hacemos o dejamos de hacer con los hijos de todos".[2]

La Convención de los Derechos del Niño introduce el principio y derecho que las personas de 0 a 18 años son protagonistas de su propia vida, por lo que deben participar en las decisiones que les afectan y los adultos deben comprender de los más pequeños lo que sucede a su alrededor cuando de injusticias se trata.

Según la CIDH "El concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana".[3]

Por ello, vemos como frente a la ruptura de una convivencia con hijos –matrimonial o convivencial- incorpora el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación la obligación a los progenitores de la elaboración de un plan de parentalidad colocándose el foco en el interés los NNYA (Art. 655 CCYCN).

Toda decisión relativa a NNYA la opinión de ellos debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida (Art. 707). Según los Arts. 24, 25 y 26 del CCYCN la edad no es por sí sola el factor calificador a los fines de establecer la capacidad de la persona, jugando otras pautas como el discernimiento, la madurez y el grado de desarrollo.

A la luz del Art. 639 del CCYCN enuncia entre los principios generales que rigen la responsabilidad parental a "la autonomía progresiva del hijo conforme a su características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos".

En vista a la autonomía progresiva, la opinión del niño, niña o adolescente se valorará de conformidad con su edad y grado de madurez. El principio de autonomía progresiva esta receptado en los arts. 3°, 5° y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 3°, 24 y 27 de la ley 26.061.

El art. 707 del CCYCN es una norma puntual sobre la escucha de los NNYA y tenemos diversos artículos específicos, así el Art. 617 inc. d) impone que para resolver un proceso de adopción de un niño/a mayor de 10 años deberá contarse con el previo consentimiento expreso de éste.

De ese modo, la participación activa en los procesos judiciales y/o instancias en que sea vean involucrados es imperante, dado que el juez para discernir una guarda ya sea como delegación parental (Art. 643 CCYCN) o medida excepcional (Art. 657 CCYCN Arts. 39 y 40 Ley

26061) deberá contar con la opinión de ese niña, niño y/o adolescente que su interés está siendo tenido en cuenta y debe ser protegido.

De igual modo, toda medida excepcional que se adopte una vez tomado conocimiento el juez competente deberá conocer la opinión del niño. La que debió ser tenida en cuenta por el órgano administrativo para adoptarla previo a implementarla.

Vemos como se adoptan decisiones sobre niños, niñas y adolescentes, que por conductas disfuncionales de los adultos responsables de su cuidado o cuando hay déficit en su atención y cuidado, el Estado dispone de ellos colocándolos en hogares y/o programas alternativos, con el fin de garantizar la concreción y satisfacción de sus derechos, pero si la voz de éstos niños no es escuchada, si su deseos y opinión de sus experiencias no es tenida en cuenta, no son sus derechos los que se encuentran garantizados sino los que el Estado y los adultos creen son los derechos del niño y se vuelve a un sistema superado con la ley 26061, hacer partícipe a los NNYA de éstas decisiones evita que transiten la experiencia como puedan con sus pocos recursos y se les explique por qué están donde están, cuanto demorará la medida y los recursos que se cuentan para superar esa situación.

Si los niños experimentan desamparo, frustración, confusión, y/o tienen cuestionamientos, debe ser conocido por quien o quienes están decidiendo su presente y futuro. El entorno y las relaciones que cultiva en esa transición hace a la identidad, a su persona, a ser quien es, todos derechos constitucionales que deben ser resguardados.

Los vínculos que establecen los niños con los adultos pueden resultar beneficiosos y a veces perjudiciales, por ello cuando se habla de familia, no es el concepto estático de madre, padre e hijos es un espacio de relación seguro, que si bien pueden generarse malestares y sufrimiento, se torna peligroso ese espacio cuando por ejemplo hay maltrato o abuso de infantes.

La familia, en sus diversas formas, asume la responsabilidad del amparo de sus integrantes, particularmente de quienes transitan los periodos de mayor indefensión como la primera infancia y quien ofrece primero una posición receptiva a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes.

La participación de los niños en los procesos judiciales y que su voz sea escuchada para conocer su opinión es constitucionalmente obligatorio para el juez, su opinión debe ser merituada por la jueza que resolverá su situación o una petición judicial puesto que es la única manera de conocer el interés superior de ese niño, niña o adolescentes en concreto.

Todos los NNYA experimentan situaciones con sus núcleos familiares, ámbitos donde residen (hogares, familiares solidarias, etc.) y la transmisión de sus experiencias y vivencias no siempre son comunicadas al juez en forma directa, y su señoría debería utilizar como recurso y evidencia de testimonio las narrativas y expresiones que se generan en el marco de una entrevista con un psicólogo o profesional especializado, sea el mismo durante un trámite judicial o acompañado al mismo.

Cuántas veces los intereses que dicen los adultos defender se ven empañados en las reyertas y conflictos que tienen los adultos, es deber del juez retirar ese velo y fundar una sentencia adecuadamente en el interés superior del niño y contar con asistencia especializada del fuero interdisciplinario para lograr la empatía del NNYA.

Es que es importante tener en cuenta que los niños, niñas y adolecentes expresaran su verdad con quien se sientan cómodos y puedan fluir, y a veces la conexión

no se genera con el juez y si con el terapeuta, o viceversa, o pueden surgir conflictos, temores y deseos en espacios interdisciplinarios pertenecientes al juzgado.

Los NNYA son el director de orquesta que marca el tono de la sinfonía de sus derechos, pudiendo conocerse los derechos que se encuentran vulnerados.

A través de éstas y otras herramientas el juez está cumpliendo con las normas internacionales, y entre ellas, oír al niño.

Los NNYA se ven involucrados en múltiples procesos judiciales, así lo vemos por ejemplo cuando alguno de los progenitores debe solicitar judicialmente una ampliación del régimen de comunicación, cuando se reclama una cuota alimentaria, situaciones de desamparo en que los abuelos solicitan la guarda o en que terceros la solicitan y cuando la plataforma fáctica no parece coincidir con la normas del Código Civil y Comercial, será la opinión del niño, sus deseos los que manejaran el camino a seguir y dar fuerza argumentativa al juez al momento de resolver como se lo ordena el Art. 3 del CCYCN.

Así por ejemplo en una reciente resolución en la provincia de La Pampa se resolvió modificar un régimen de vida de un adolescente de 13 años, respetando su deseo de querer pernoctar todos los días en la casa de su padre. El tribunal de segunda instancia manifestó: "…Por ello, el hecho de que el menor manifieste que su deseo es dormir en la casa de su padre, debe ser respetado, así de esta manera no se ve menoscabada su salud psíquica como lo expresa la pericia obrante en autos. Por ello la responsabilidad parental debe modificarse parcialmente en el

sentido de hacer responsables a ambos progenitores de los cuidados personales del menor que deberá adoptarse con la modalidad compartida de manera indistinta, es decir, que ninguno de los progenitores se sienta excluido"

La participación del niño debe distinguirse del derecho de representación ejercido por sus representantes legales. Este último aspecto no obsta el ejercicio de aquel derecho.

Como también la participación del niño con su propio patrocinio letrado (Art. 27 inc. c de la Ley 26061) que más adelante se tratará.

No debe dejar de mencionarse la función de la Defensoría de los Niños, Niñas y Adolescentes, que puede actuar en doble carácter como lo establece el Art. 103 del CCYCN.

NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTES.

El concepto de Niño es adoptado por la Convención de los Derechos del Niño y Adolescentes en su Art. 1.

Desde la CDN los niños gozan de una supraprotección complementaria a sus derechos como persona fundada en la protección jurídica general. Ello se plasmó en las 100 reglas de Brasilia aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada el 4, 5 y 6 de marzo de 2008 que establece en la regla nro. 5 que "Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo." [5]

La jurisprudencia de la Corte se ha pronunciado en el sentido de que los NNA, al igual que los adultos, "poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos… y tienen además derechos especiales derivados de su condición"[6]

El Art. 25 del Código Civil y Comercial denomina "menor de edad" a la persona que no ha cumplido 18 años y, a renglón seguido, dispone que se considere "adolescente" a la persona menor de edad que cumplió 13 años.

En definitiva, son menores todas aquellas personas que no han cumplido los 18 años de edad, sin importar ninguna condición especial y los derechos deben garantizarse a todos por igual.

EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A PARTICIPAR. INTERÉS SUPERIOR.

El nuevo paradigma del niño como sujeto de derecho y no objeto de derecho desde la Convención de los Derechos del Niño en el año 1989, permite la individualidad de ellos y conocer sus deseos, preferencias, temores ya no desde el relato de alguien que los "representa" sino también por ellos mismos.

Éste avance reconoce que los niños participen, de acuerdo a su capacidad progresiva, en distintos escenarios donde son considerados sujetos de derechos, tanto en la vida familiar, social, escolar, y en lo judicial. Su voz debe es escuchada y considerada.

El derecho a participar como derecho constitucional se manifiesta de dos formas: a) la libre asociación y la libertad de celebrar reuniones pacíficas, y b) la libertad de expresión.

La primera forma está prevista en el Art. 15 de la Convención sobre los Derechos del Niño y también en la Ley 26061 bajo el título "Derecho de libre asociación".

La segunda forma, objeto del presente trabajo, está contemplada en el Art. 13 de la Convención sobre los Derechos del Niño y uno de sus aspectos fundamentales el derecho a ser oído en el Art. 12.

En la provincia de Neuquén la ley 2302 regula dicho derecho en su art. 15 que prescribe: "Los niños y adolescentes tienen derecho a ser escuchados en cualquier ámbito cuando se trate de sus intereses o al encontrarse involucrados personalmente en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos. Se garantizará al niño y al adolescente su intervención en todo proceso judicial o administrativo que afecte sus intereses. La opinión de éstos en los citados procesos será tenida en cuenta y valorada bajo pena de nulidad, en función de su edad y madurez para la resolución que se adopte, tanto administrativa como judicialmente, debiéndose dejar constancia en acta certificada por quien tenga a su cargo la fe pública."

En el ámbito nacional la Ley 26061 regula el derecho a ser oído en el Art. 27. Otra forma de participar, es como parte procesal y con patrocinio letrado.

La participación de los NNyA constituye unos de los derechos fundamentales por su calidad como tal y en virtud de estar consagrado en la CDN debiendo ser garantizado por todos los operadores jurídicos y administrativos.

En la Observación General nro. 12 del Comité creado por la CDN sobre "El derecho del niño a ser escuchado" señala que el Art. 12 de la CDN "es una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos; apunta a la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por el otro, es sujeto de derecho"

Afirma en el párrafo 2 que "El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención"

Así se colige que para las autoridades administrativas y judiciales es imperativo su cumplimiento, no es facultativo, de qué otra manera podría imaginarse lograr conocer el interés superior de ese niño o niñas y niños, o adolescentes que se encuentra involucrado en una contienda judicial si no es través del relato que ellos mismo realicen.

El interés superior del niño, "no es una directriz vaga,

indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico"[7]

Por ello, es el Comité quien con la Observación General Nro. 14 en el párrafo 6 subraya que es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento.

Toda decisión deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones, positivas o negativas de la decisión en el niño, una evaluación integral y completa se tendrá con la opinión del niño, niñas y/o adolescente.

La jueza o juez que tenga frente a su escritorio un caso que involucre intereses de un menor debe conocer sus deseos, sueños y opiniones sobre su entorno y las aspiraciones respecto de la forma en que imagina la concreción o finalidad del proceso judicial que se le permita exponer sus inquietudes.

El derecho del niño a ser oído no implica que la jueza deba resolver inexorablemente en la forma que el niño se expresa porque puede ocurrir que el niño no quiera lo que sea mejor para su "interés superior" (Art. 3 CDN), y debe tenerse en cuenta su edad y madurez.

Lo sostiene Françoise Dolto: "El niño siempre debería ser escuchado, lo cual no implica en absoluto que de inmediato se hará lo que él pide"

Es imperante conocer la opinión a fin de garantizar el interés superior del niño y dado que cualquier decisión que los magistrados actuantes adopten su fallo debe ser fundado, así lo exige el Art. 3 del CCYCN al imponer al juez "resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada"

El niño puede optar por no ejercer ese derecho a ser oído, puesto que no es una carga ni una obligación, integra el abanico de derechos fundamentales inherentes a su persona.

a.- El derecho a ser oído del niño, niñas y adolescentes en conflicto con el interés superior del niño.

Hay una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Neuquén, en la que se condenó a la progenitora a garantizar el cumplimiento del derecho y obligación a la escolarización de su hija, pese a que ambas –madre e hija- habían manifestado el deseo de abandonar el sistema educativo.[8]

La niña fue entrevistada por los directivos de la escuela que concurría, por la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescentes y la Asistente Social de su equipo interdisciplinario.

El particular deseo de la niña de no asistir a la escuela, vislumbra un conflicto con su interés superior, que tampoco es garantizado por su progenitora quien acompaña a su hija en su decisión.

Frente a ésta situación fáctica la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y Adolescentes inicia una acción de amparo contra la progenitora solicitando al Juzgado ordene a la progenitora que garantice que su hija acceda y concurra a la escuela primaria, en virtud que pese a la intervención de la escuela primaria y su Defensoría, no pudo ser revertida la decisión.

Indica que la omisión de la madre en garantizar el derecho constitucional de su hija a asistir a la escuela primaria es actual, y que ello es obligatorio en nuestro ordenamiento jurídico.

En primera instancia el amparo fue rechazado por considerar que se trataba de una decisión administrativa del Consejo Provincial de Educación "Por tanto, comprobado el incumplimiento de la progenitora por parte de la autoridad administrativa correspondiente (Consejo Provincial de Educación en este caso), es el propio órgano administrativo el que debe tomar las medidas conducentes para hacer cumplir con la educación obligatoria, para lo cual podrá valerse de los medios que proporciona el art. 23 de la ley 242 y el art. 27 del decreto 572/62, y sin necesidad de que intervenga la autoridad judicial."

La Cámara de Apelaciones resuelve confirmar la resolución dictada por el Juzgado de primera instancia. Alega que: "Es el Consejo Provincial de Educación quién debe arbitrar los medios que la ley pone a su alcance (art. 23, Ley 242) con el objeto de incorporar efectivamente a la niña Ema Beain a la educación formal oficial, siendo ésta una responsabilidad específica que forma parte de los deberes del cargo de todos los funcionarios que lo conforman (art. 3, Ley 242)."

En la instancia de casación, como se adelantó se condena a la progenitora y a la niña a garantizar la escolaridad obligatoria y se analiza el interés superior particular de la niña: "Así evalúo que el interés superior de la niña E.B. se encuentra integrado por: a) el derecho y la obligación de la niña E.B. a asistir a la escuela primaria, b) la obligación de la progenitora de cumplir con la responsabilidad parental, y garantizar la escolarización, que conforme nuestro ordenamiento es obligatoria. La circunstancia de que la niña no asiste a la escuela desde septiembre 2014, y que la madre manifiesta que la educará en su casa ya que no coincide con la educación oficial, es partidaria de una enseñanza centrada en la libre expresión y en la existencia de otros maestros superiores y que respeta la decisión de su hija de no asistir a la escuela, c) el derecho de la niña a ser oída y a que su opinión sea tenida en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez, considerando que conforme expresa la Lic. Graciela Parada le "manifestó que le había solicitado no concurrir más a la escuela, ya que deseaba 'estar con su mamá'". d) derecho a la tutela judicial efectiva, que debe ser garantizado además por la calidad de persona en situación de vulnerabilidad de la niña y por los intereses contrapuestos con su progenitora, dado el incumplimiento de su responsabilidad parental en el aspecto referido." (Voto de Dr. Mazzei)

Se señala que la opinión de la niña, sí ha sido tenida

en cuenta, considerada, desde que fue quien decidió no ir más a la escuela, pero se estima que "en función de su edad no puede ser atendida porque E.B. – que cuenta actualmente con 7 años y medio- no se encuentra en condiciones de evaluar el perjuicio actual y futuro que le ocasiona la exclusión del sistema educativo y que por la misma razón no puede escoger un estilo de vida que contraviene sus derechos."

b.- El derecho a participar de los niños, niñas y adolescentes con asistencia letrada.

El reconocimiento de la adquisición gradual de las aptitudes y cualidades madurativas de las personas menores de edad se ha instalado como principio rector determinante para asegurar el ejercicio de los derechos en forma directa.

«No es lo mismo la participación de un joven de 14 años que la de un niño de 4 años...»

El concepto de la autonomía progresiva permite reconocer, a medida que los niños adquieren mayores competencias, más capacidad para asumir responsabilidades, disminuyendo consecuentemente la necesidad de protección.

Si bien, no necesariamente deben contar siempre con un abogado de confianza para poder desarrollar dicha participación activa en el proceso, será la autonomía progresiva la determinante para considerar la intervención del NNA con un abogados de confianza y como parte procesal siempre que el niño así lo solicite.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó la importancia de la participación del niños en los procesos atendiendo a sus condiciones específicas: "…debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior…En definitiva el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones especificas del menor y si interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mauro acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Nro. 17, Párrafos 101-102)

La figura del abogado del niño parte de la idea como se señaló ut supra de la capacidad progresiva y su participación no reemplaza al niño en su palabra sino que responde a los intereses personales y autónomos de éste.

CONSIDERACIONES FINALES

Es importante que, como adultos logremos preparar escenarios en los que los niños, niñas y adolescentes puedan desarrollar su participación.

Una manera de lograrlo es a través de políticas públicas que permitan el acceso de todos los niños a una justicia receptiva y preparada para escucharlos (Observación General nro. 19)

En el párrafo 17 de la Observación general nro. 12 destaca como principio general "los Estados Partes deben esforzarse por lograr que la interpretación y la observancia de todos los demás derechos incluidos en la Convención estén guiados por lo que ese artículo dispone" lo que se intenta con ello es garantizar a todo menor de 18 años pueda expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecte.

Según una investigación realizada por UNICEF el 84% de los adolescentes argentinos consideran que existen pocos o nulos espacios de participación.

El derecho del niño a ser oído es la premisa para garantizar la máxima satisfacción de sus derechos, desde que su interés superior ha de ser conocido por quien decidirá una contienda judicial.

El juez puede apartarse del principio de congruencia cuando están involucrados los intereses de niños o adolescentes, deberá fundar adecuadamente los motivos por los que se aparta y para ello es menester contar con herramientas y la asistencia de un equipo interdisciplinario que lo asista, puesto que la empatía con los NNYA es indispensable para lograr una comunicación.

No es lo mismo la participación de un joven de 14 años que la de un niño de 4 años, en éste último caso pueden desarrollarse actividades lúdicas como la famosa "hora de juego".

El art. 12 de la CDN no establece una edad a partir de la cual el niño será escuchado. Deja librado a los Estados Parte la reglamentación específica de tal derecho. No obstante ello, cuando se expresa que en "función de su edad y madurez", no está referido al derecho en sí, esto es a que tenga derecho a ser es escuchado, sino a la forma y el modo de expresar su voluntad. Esto significa que cualquiera sea la edad del niño deberá observarse el derecho a ser oído.

Los interrogantes como: desde qué edad, cuándo citarlo, ante quién y qué efectos tienen las declaraciones de un menor, deben ser interpretadas bajo la luz del interés superior del niño, y siempre y en todo ámbito su participación es activa y vinculante, bajo la mirada del ISN.

La confidencialidad, es otra pauta a tener en cuenta puesto que en más de una ocasión son los propios niños quienes solicitan no sean conocidas sus expresiones.

En la práctica de nuestros tribunales se comienza a ver la participación de NNYA en virtud del Art. 707 del CCYCN el que si bien su vigencia es reciente, viene a poner en práctica un principio de raigambre constitucional y que ahora es imperativo para todos◆

BIBLIOGRAFÍA

1.- Derecho constitucional del menor a ser oído. -Pellegrini, María Victoria LA LEY1998-B, 1336 - Cita Online: AR/DOC/6589/2001
2.- La participación del niño en el proceso a la luz de la CDN, las legislaciones de protección integral de derechos y el Proyecto de Código Civil y Comercial - Herrera, Natalia S. Publicado en: DFyP 2015 (abril), 06/04/2015, 15 - Cita Online: AR/DOC/874/2015.
3.- https://www.unicef.org/argentina/spanish/children_11137.html
4.- Los niños y la actuación oficiosa de la judicatura: réplica a una crítica equívoca - Mizrahi, Mauricio L - DFyP 2016 (agosto), 04/08/2016, 3 - AR/DOC/2135/2016
5.- La participación del niño en los procesos y el abogado del niño, a la luz de un nuevo pronunciamiento de la Corte - Basso, Silvina M. - DFyP 2013 (junio), 01/06/2013, 211 - AR/DOC/1725/2013
6.- La participación del niño en el proceso a la luz de la CDN, las legislaciones de protección integral de derechos y el Proyecto de Código Civil y Comercial -Herrera, Natalia S.- publicado en: DFyP 2015 (abril), 06/04/2015, 15
Cita Online: AR/DOC/874/2015
7.- El proceso justo constitucional de niños y adolescentes. Reformulación de las nociones de defensa jurídica, representación legal y asistencia de los menores de edad a partir de las leyes de protección integral de derechos de infancia: hacia la tutela judicial efectiva de sus derechos, Fernández, Silvia E, APBA 2009-3-262.-
8.- Principios procesales de familia. Instrumentos de realización de los derechos del niño- Yuba, Gabriela Publicado en: DFyP 2016 (abril), 04/04/2016, 83 - Fallo comentado: Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II ~ 2015-11-26 ~ F. V. c. D. A. P. s/ Alimentos, Tenencia y Régimen de Visitas Cita Online: AR/DOC/682/2016
9.- Los niños y el acceso a la justicia. Aprobación del protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones - Galli Fiant, María Magdalena Publicado en: ADLA2015-3, 14 Cita Online: AR/DOC/278/201
10.- El derecho a la participación del niño en la ley 26.061. Su incidencia en el proceso judicial - Solari, Néstor E. Publicado en: LA LEY 29/11/2005, 29/11/2005, 1 - LA LEY2005-F, 1127 - DJ2005-3, 1051 – Antecedentes Parlamentarios 2006-A, 01/01/2006, 413 Cita Online: AR/DOC/3590/2005
11.- Medidas de protección de derechos y adopción. La complejidad en la articulación y el Código Civil y Comercial -Fernández, Silvia E. - Publicado en: RCCyC 2015 (noviembre), 17/11/2015, 29 - Cita Online: AR/DOC/3808/2015
12.- La voz del hijo en los procesos de comunicación parental y su imprescindible consideración para definir el contenido del interés superior del niño- Fernández, Silvia Eugenia Publicado en: RCCyC 2015 (octubre), 19/10/2015, 125 Cita Online: AR/DOC/3412/2015
13.- El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación-Fernández, Silvia Eugenia Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 25Cita Online: AR/DOC/3834/2014
14.- El proceso de familia que involucra a niños- Mizrahi, Mauricio Luis Publicado en: LA LEY 27/11/2012, 27/11/2012, 1 - LA LEY23/11/2012, 1 - LA LEY2012-F, 1101 Cita Online: AR/DOC/5479/2012
15.- La protección de derechos del niño. Visibilizar lo... ¿visible? Infancias en penumbras -Fernández, Silvia E. Publicado en: LA LEY 26/07/2016, 26/07/2016, 4 - LA LEY2016-D, 403 Cita Online: AR/DOC/1945/2016
16.- La participación directa de niñas, niños y adolescentes en los procesos con patrocinio letrado en el Código Civil y Comercial - Basso, Silvina M.-Publicado en: DFyP 2015 (septiembre), 03/09/2015, 31 Cita Online: AR/DOC/2709/2015
17.- La escucha del niño a la hora de otorgar su guarda o custodia y fijar alimentos a su favor - Faraoni, Fabián E. Squizzato, Susana Publicado en: LLGran Cuyo2014 (mayo), 358 - DFyP 2014 (mayo), 07/05/2014, 86 Fallo comentado: Cámara de Familia de Mendoza ~ 2014-02-07 ~ De M., E. A. p/ su hija menor B., M del R. c. B., A.G. s/ tenencia y Alimentos Cita Online: AR/DOC/1016/2014

18.- La participación del niño en los procesos y el abogado del niño, a la luz de un nuevo pronunciamiento de la Corte - Basso, Silvina M. - DFyP 2013 (junio), 01/06/2013, 211 Fallo comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2012-11-27 ~ P., G. M. y P., C. L. s/ Protección de Personas Cita Online: AR/DOC/1725/2013
19.- Intervención del niño en los procesos judiciales sobre privación y suspensión del ejercicio de la patria potestad.- Solari, Néstor E. Publicado en: DFyP 2011 (marzo), 24/02/2011, 9 Cita Online: AR/DOC/329/2011
20.- Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública - Cap. II. El derecho a ser oído de los Niños, Niñas y Adolescentes- UNICEF
21.- La familia a pesar de todo. EVA GIBERTI. Noveduc Ed. Noviembre 2014.
22.- Relaciones, Vivencias y Psicopatología. Las bases relacionales del sufrimiento mental excesivo. ANNA RIGAT CERERÓLS, ANTONI TALARN Y FRANCESC SAINZ BERMEJO. HERDER. ED. 2014
23.- Tratado de Derecho de Familia. TOMO V-B Actualización doctrinal y jurisprudencial. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI. MARISA HERRERA. NORA LLOVERAS Directoras. RUBINZAL – CULZONI EDITORES. Ed. Septiembre 2016.
Tratados Internacionales y leyes.
Convención sobre los Derechos del Niño.
Código Civil y Comercial de la Nación.
Constitución de la provincia de Neuquén.
Constitución de la Nación.
Ley nacional 26061
Ley provincial de Neuquén 2302
Observaciones generales y opiniones consultivas
Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 12, Nro. 14 y nro. 19
Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva nro. 12 y nro. 17
Fallo citado:
http://200.41.231.85/cmoext.nsf/3f6fb177937e2777032579d-f0053d005/ae43f14803537a2f03257f6f0053ee0b?OpenDocument)

CITAS

[1] ***Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.*** Ley 26.061 - https://www.unicef.org/argentina/spanish/protection.html

[2] ***Relaciones, Vivencias y Psicopatología. Las bases relacionales del sufrimiento mental excesivo.*** ANNA RIGAT CERERÓLS, ANTONI TALARN Y FRANCESC SAINZ BERMEJO. HERDER. ED. 2014

[3] Corte IDH, 28-11-2012, ***"Artavia Murillo vs. Costa Rica"*** Kemelmajer de Carlucci, Aida, a autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia Argentino, en Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Infojus, Buenos Aires, 2015, p.4

[4] ***Cita: elDial AA9BFC*** - Publicado el: 29/12/2016

[5] link: h***ttp://www.cumbrejudicial.org/web/guest/33***

[6] Corte I.D.H., Condición jurídica y derechos humanos del niño... párr. 54 y Corte I.D.H., ***Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay -147***

[7] ***El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*** – Miguel Cillero Bruñol-

[8] ***http://200.41.231.85/cmoext.nsf/3f6fb177937e2777032579d-f0053d005/ae43f14803537a2f03257f6f0053ee0b?OpenDocument)***

TRADUZCAMOS A DERECHO EL CASO DE LA NIÑA WICHI DE SALTA.[1]

MARÍA VICTORIA CONDE | MARÍA VERÓNICA OJEDA

A poco de la marcha "ni una menos" conocimos la noticia sobre una niña ultrajada por sus victimarios, pero también por las instituciones del Estado en sus distintos niveles de expresión. El Legislativo, mediante una normativa que no garantizó la protección de los derechos integrales de esta niña en Salta; el Ejecutivo, que como brazo ejecutor de las políticas públicas no dio respuesta para abordar y para prevenir la vulneración de derechos o restituir los ya transgredidos; y el Judicial, en tanto no impulsó acciones que condenen a los agresores y tampoco evitó la prolongación de un embarazo de la niña que posiblemente hasta desconocía su estado de gravidez.

Luego de la ratificación de la Convención sobre los derechos del niño[2], varias fueron las provincias argentinas que promulgaron su propia ley de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, entre las primeras fue Salta, que mediante la Ley Nº 7039[3] se propuso "… garantizar la protección integral de todas las personas desde el momento de su concepción y hasta la mayoría de edad, en el ejercicio y goce de los derechos, reconocidos en la Constitución Nacional, Tratados Internacionales, Leyes de la Nación y Leyes de esta Provincia, con relación a su familia, a la sociedad y al estado, en todas y cada una de las necesidades que corresponden a sus etapas evolutivas. […] (Artículo 1º).

Más allá de la letra de la ley, nada evitó que una niña wichi de la Localidad de Alto La Sierra, en el Departamento Rivadavia, Provincia de Salta, al límite de Bolivia y Paraguay, en la frontera de la geografía y de sus derechos, fuese abandonada por el Estado.

Irónicamente el artículo 1º continúa diciendo que el estado "[…] garantizará el Interés Superior del niño y el adolescente, brindándole las oportunidades y facilidades para el desarrollo físico, psíquico y social, sin discriminación de ninguna naturaleza, como por ejemplo de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, cultura, nacionalidad y opinión política…]"

Salta cuenta con organismos administrativos creados a partir de su Ley de protección integral, como la Dirección General de Niñez y Familia dependiente de la Secretaría de Promoción de Derechos del Ministerio de Derechos Humanos y Justicia del Poder Ejecutivo provincial. También subsiste la figura del Asesor General de Incapaces del Ministerio Público, y además se creó por Decreto 18/15 el Ministerio de la Primera Infancia, todos actores ausentes en este escenario, al igual que los efectores de salud que recibieron a la niña cuatro días más tarde, cuando el camino permitió llevarla a Morillo (localidad cercana) oportunidad en la que un médico la examinó y escribió que ya no podía constatar violencia.

Pudimos saber que el señor Nicasio, padre de la niña, habría presentado la denuncia luego del hecho -en noviembre del 2015 ocho hombres violaron y dejaron tirada a la niña a orillas de la represa-, el médico la revisó y comprobó violencia, ese médico que trabaja en Alto la Sierra es de nacionalidad Boliviana, estudió en Cuba y no puede firmar como médico en Argentina porque no revalidó su título, pero es el que está nombrado OFICIALMENTE por el Estado Salteño. No pudo firmar y a cuenta de él, firmó el bioquímico, la defensa de los atacantes se valió de esta irregularidad para impugnar la pericia y al tiempo los victimarios salieron libres.

Sin lugar a dudas el artículo 11 de la ley de protección provincial incluye a esta larga cadena de funcionarios cuando dice que "Toda persona que tomara conocimiento de situaciones que atenten contra la integridad psíquica y/o física de los niños y los adolescentes o de sus derechos, deberá ponerlas en conocimiento de los organismos competentes".

Poner en conocimiento de los organismos competentes alguna situación que vulnere derechos fundamentales de la persona humana, se aplica para el común de la gente. En esta ocasión, la magnitud de los gravísimos hechos ocurridos trae aparejado todo el peso de la responsabilidad que le cabe a cada uno de los organismos enumerados. Es decir, que además de tomar conocimiento, en el marco de sus competencias y sin dilaciones, debieron haber adoptado y agotado todas las medidas en pos de restituir los derechos vulnerados de esta niña.

La niña wichi nunca concurrió a la escuela, tampoco habla castellano, y por esa circunstancia de la cual es también víctima, no pudo comprender lo que le estaba sucediendo, y tuvo que pagar un precio muy

alto por ello.

Es lamentable confirmar que el caso de esta niña se suma a las estadísticas que ratifican el mal funcionamiento del sistema judicial y revalida una vez más que es lento, costoso e ineficaz.

La resolución nº 797/12[4] del Ministerio de Salud Pública de la Pcia. de Salta, aprueba la guía de procedimiento para la asistencia integral de toda victima sexual y la concreta atención de los abortos no punibles contemplado en el artículo 86 inciso 2º del Código Penal de la Nación, en los términos del Decreto Nº 1170/12, comprendiendo a aquel que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de un abuso sexual con acceso carnal, con independencia de la capacidad mental de la víctima.

Es decir, las normas están vigentes pero no se aplicaron pues la niña no supo que contaba con el derecho a interrumpir su embarazo producto de una violación, con el agravante del diagnóstico de feto anencefálico.

De todas las acciones y medidas posibles que podría haber adoptado el Estado, la única acción que efectivizó fue aumentar el riesgo de vida de esta niña, que debió transitar siete meses de gestación que finalmente culminó con una cesárea también riesgosa gracias a la dilación de la autorización judicial para practicar el aborto.

¿Dónde estuvo el Estado cuando se denunció el hecho aberrante que ocurrió en Alto La Sierra? ¿Quién garantizó el derecho de la niña wichi a ser informada y en consecuencia a ser oída? ¿Dónde estuvo el organismo de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes? ¿Cómo intervino el Ministerio Público? Claro, la niña no habla castellano y no se pudo contar oportunamente con un traductor.

Cómo se explica que en el Departamento Rivadavia donde cohabitan aproximadamente 30.000 habitantes mixturados entre criollos y wichis y se presume que en función de ello fue creado recientemente el Ministerio de Asuntos Indígenas, no cuente con un representante de la comunidad wichi que haya sido convocado para mediar en esa coyuntura.

Para finalizar, en la misma lógica de excesos de omisiones, nos cuestionamos qué lugar han dejado al derecho del niño a ser oído, al derecho de defensa en juicio, al acceso a la justicia y mucho antes, al derecho a la salud, a la integridad física y psíquica, al desarrollo pleno de sus capacidades y potencialidades, y vivir en su comunidad y en el seno familiar sin perder su identidad?

Muchos interrogantes que, lamentablemente, quedarán sin respuesta en este breve comentario. Pero con la convicción de que no habrá cambios en el Estado si no se plantean estos mismos cuestionamientos.

La legislación existe, pero no se ha aplicado en el caso. ¿Será que estos funcionarios también requieren un traductor?◆

---

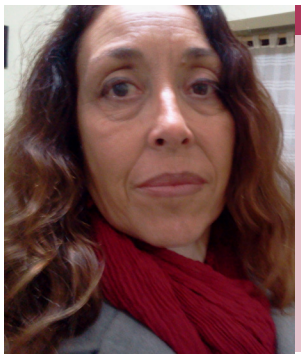
[1] Publicado en ***http://surargentina.org.ar el 06.16.2016***

[2] ***Convención sobre los Derechos del Niño,*** incorporada por Ley 23.849, sancionada 27/09/1990, promulgada el 16/10/1990

[3] ***Expte. 91-8714/99. Sancionada el 08/07/99. Promulgada por Decreto Nº 3416 del 10/08/99. B.O. Nº 15720***

[4] Nº de Boletín18833 -Fecha de Sanción 16/05/2012 - Fecha de Publicación 22/05/2012 Artículo 1º.- La presente guía será de aplicación en la Provincia de Salta para la asistencia integral de los supuestos de aborto no punible contemplado en el artículo 86 inciso 2º del Código Penal, en los términos del Decreto Nº 1170/12, comprendiendo a aquel que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de un abuso sexual con acceso carnal, con independencia de la capacidad mental de la víctima.

LA PERSONA HUMANA Y LAS RELACIONES DE FAMILIA.



DRA. LILIANA ROCCA
Abogada | Prof Universitaria en Ciencias Jurídicas | Miembro Asociado de ALAMFPYONAF | Miembro Comité Académico Permanente de ALAMFPYONAF | Especialista en Educación y TIC | Evaluadora Argentina "Revista Eletrônica Argentina-Brasil de Tecnologias da Informação e da Comunicação" | Jefa de Cátedra "Concursos y Quiebras",Carrera de Contador Público,Facultad de Ciencias Empresariales, UCEL | Adscripta, Residencia de Derechos Humanos de niño/as y Adolescentes, Abogacía, Facultad de Derecho, UNR.

INTRODUCCÓN

El presente artículo tiene como base una ponencia presentada en las IV Jornadas Nacionales de Abogadas, coorganizadas por la Federación Argentina de Colegios de Abogados y el Colegio de Abogados de la ciudad de Rosario .En esa oportunidad en la Comisión denominada "La persona humana y las relaciones de familia" se planteó la existencia de una agenda de trabajo latinoamericana que está siendo instalada desde hace tiempo por la Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia (ALAMFPYONAF) en vinculación con las problemáticas referidas a la persona humana y las relaciones de familia.

En esas jornadas se puso de manifiesto la experiencia transitada desde la ALAMFPYONAF–Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia- consistente en el contacto directo con las investigaciones, casos y la jurisprudencia proporcionados por referentes que se ocupan de la temática de niñez, adolescencia y familia en Latinoamérica y Europa. Simultáneamente se dejó sentado que la agenda de trabajo de la Asociación es comprensiva de todas las problemáticas NAF,[1] más allá de que se rescataran – para esa oportunidad - aquellas referidas a la persona humana y las relaciones de familia[2]. Finalmente se presentaron conclusiones en las cuales se intentó avanzar en el bosquejo de lo que aparecería como una agenda de trabajo regional sobre el tema, la cual se va delineando y a la vez evidencia una inquietud "situada" de abordaje de la cuestión, con foco en las diferentes realidades y experiencias de Latinoamérica.

En ese momento no había entrado en vigencia aún el actual Código Civil y Comercial de la Nación, con el texto actual del artículo 19.[3]

Se avizoraba como un tema que generaba muchísimas preguntas el tema "persona humana" en vinculación con las diferentes formas de familia.

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial Argentino en el Libro Primero, Parte General, Título I, que regulaba la persona humana y eliminaba la definición usada por nuestro Código Civil, generaba numerosos debates ya que se dejaba de caracterizar a la persona como lo había hecho Vélez Sarsfield, al sostener que así se denominaba a "todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones" (Art 30 CC). La norma relativa a cuándo comienza la existencia de la persona tenía en consideración el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, conforme el cual, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del seno materno. De esta manera el Art 19 del Anteproyecto ubicaba el comienzo de la existencia de la persona humana en dos momentos posibles: a) con la "concepción" en el seno materno o b) con la "implantación" del embrión en ella, cuando se usan técnicas de reproducción humana asistida.[4]

Si bien se preveía la tutela del embrión no implantado, no era tratado como persona humana. Esta afirmación no puede ser soslayada si se interpreta el Anteproyecto en el contexto de nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La CIDH ha afirmado "Por tanto, la Corte concluye que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión."[5]

El término "concepción" ha sido y es materia de serias controversias. Las serias violaciones cometidas por algunos países latinoamericanos impusieron a la CIDH la necesidad de pronunciarse sosteniendo que "[…] la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el

posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo". Y agrega "[…] el Tribunal entiende el término "concepción" desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana.[…]."[6]

¿Cuáles son los interrogantes que la noción de persona humana planteaba - en aquel momento- y plantea actualmente en relación con la concepción de familia?.

La concepción de familia en singular como "un matrimonio integrado por dos personas de diferente sexo cuya unión se mantiene "para toda la vida", con hijos producto del acto sexual entre ellos"[7] coprotagoniza el escenario de nuestra sociedad actual junto con otras formas diversas de vivir en familia.

La familia de hoy es también aquella que sin pasar por el Registro Civil comparte un proyecto común. En este contexto se abren muchísimas incógnitas referidas a la familia y a la "persona humana" engendrada en su seno.

Las "uniones de personas del mismo sexo" son generadoras de una forma de familia a la cual se le estaría brindando la posibilidad del uso de técnicas de reproducción asistida para procrear.

Otra situación es la de aquellas parejas que rompieron por no haber podido procrear , y desean tener hijos/as con su nueva pareja acudiendo a las técnicas de reproducción humana asistida para ello.

Se ven también fuertemente impactadas aquellas personas que han cambiado su sexo porque sienten que su identidad no se condice con el que tienen, y sin necesidad de recurrir al alquiler de vientres podrían procrear.

Muchos interrogantes se abren ¿Cómo debatir una regulación de la filiación de los niños que nacen de las técnicas de reproducción humana asistida respetuosa de los derechos humanos de niños y niñas? ¿Es posible que el hogar familiar, el techo en el que viven los hijos pueda ser protegido si sus padres están casados y no serlo si ellos no pasaron por el registro civil?[8] ¿La familia ensamblada y la procreación planificada son posibles? ¿El aborto no punible y persona humana están reñidos? ¿Sería posible que los cónyuges, que en un momento congelaron sus embriones, después se divorcien y la mujer pretenda regresar a su útero uno de ellos, ante la negativa del ex marido?[9] ¿Es posible la adopción de embriones si carece del status de persona humana?

Los temas esbozados en este artículo evidencian inquietudes fundamentadas en Prácticas, Legislación y Doctrina de cada país de Latinoamérica presente en los Congresos Anuales de ALAMFPYONAF y la agenda de trabajo propuesta. Si a eso le sumamos los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, verdadera Jurisprudencia latinoamericana, se avizora el desafío pendiente: abordar la temática sin perder de vista la óptica de lo regional que nada le quita al debate sino que lo sitúa◆

CITAS

[1] ***NAF:*** sigla que utilizamos para designar a todo aquello referido a Niñez, Adolescencia y Familia.

[2] En efecto en los congresos anuales se han planteado estos temas que involucran a la persona humana y la familia : Responsabilidad parental, Responsabilidad parental Extendida, Conculcación al derecho a la coparentalidad del niño, Diversas formas familiares y derechos humanos, Bioética y Procreación Asistida, Derecho a procrear, Educación sexual y reproductiva de niños, niñas y adolescentes, Tráfico de niños y adopción, Adopción ,guarda y registro de adoptantes, Conflictos de pareja y régimen de guarda y comunicación filio parental, Filiación – identidades biológicas y técnicas de fecundación asistida, Reproducción Asistida: Gestación de sustitución. Maternidad subrogada: madres en alquiler ,Nuevas Formas Familiares: Familias Ensambladas, Filiación Biológica y Filiación Social en Perú, Roles paterno – materno y matrimonio igualitario, Padrectomia: cese o extirpación de la figura paterna?, Atención integral de los abortos no punibles, Movilidad social y educación sanitaria, sexual y reproductiva. Pueblos originarios, Filiación, voluntad procreacional. Salud mental ,Derechos Humanos y Salud integral. Embarazo Adolescente, Filiación biológica y adoptiva. Derechos Humanos y nuevas formas familiares, Salud integral Niñez, y Adolescencia. Principio de Autonomía progresiva y derecho a decidir sobre el Cuerpo. Colisión de intereses entre los niños, niñas y adolescentes y sus representantes legales, Síndrome de Alienación Parental – Régimen de comunicación con proge nitores, abuelos y demás parientes. Entre otros.

[3] ***Código Civil y Comercial de la Nación ,Artículo 19"***Comienzo de la persona humana. La existencia de la persona humana comienza con la concepción".

[4] ***ANTEPROYECTO CODIGO CIVIL ARGENTINO ,"ARTÍCULO 19***.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.", disponible en http://www.nuevocodigocivil.com/

[5] ***Caso Artavia Murillo y otros ,*** disponible en http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia , Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257

[6] ***Caso Artavia Murillo y otros ,*** disponible en http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia , Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257

[7] Herrera, Marisa, ***"Las familias en el Proyecto de Reforma del Código Civil",*** disponible en http://www.nuevocodigocivil.com/las-familias-en-el-proyecto-de-reforma-del-codigo-civ

[8] Herrera, Marisa, ***"Las familias en el Proyecto de Reforma del Código Civil",*** disponible en http://www.nuevocodigocivil.com/las-familias-en-el-proyecto-de-reforma-del-codigo-civ

[9] ***"La cuestión de los embriones congelados",*** disponible en http://www.bioeticaweb.com/embriones-congelados/

LA PATOLOGIZACIÓN DE LA INFANCIA EN EL CAMPO EDUCATIVO.

ESTUDIO DE CASO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA

FIOCHETTA, HÉCTOR FABRICIO
Licenciado en Psicología. Profesor en Psicología. Especialista en Políticas Públicas de Niñez, Adolescencia y Familia. Profesor titular de la cátedra de Sujetos de la Educación Inicial y la cátedra Práctica Profesional Docente I del Profesorado de Educación de Nivel Inicial del I.E.S. 9-027. Coordinador del equipo de la Dirección de Orientación y Apoyo Interdisciplinario para las Trayectorias Escolares de Tupungato. Psicólogo del Centro de Salud Mental Infanto Juvenil N°9. Ex coordinador del Área de Niñez, Adolescencia y Familia de la Municipalidad de Tupungato. Ex Director Ejecutivo de la Fundación Accionar.

MENDOZA, ABRIL DE 2017

INTRODUCCÓN

El problema de investigación propuesto para este trabajo intenta ahondar en los discursos que sostienen prácticas patologizantes en el campo educativo, tanto en docentes como en profesionales de los equipos de orientación escolares. De esta manera, la niñez, como sujeto o como objeto, se constituye en un campo de disputas de sentidos para los discursos en el campo educativo. La perspectiva hegemónica de la normalización reproduce la idea de un único niño posible-deseable connotando deficitariamente a los que no cumplen con lo esperado.

De Pierre Bourdieu[1] se toma el concepto de campo como esos espacios de juego históricamente constituidos con sus instituciones específicas y sus leyes de funcionamiento propias. Un campo se define fundamentalmente precisando lo que está en juego y los intereses específicos del mismo, que son irreductibles a los intereses de otros campos. En este sentido, cada campo genera el interés que le es propio y que es la condición de su funcionamiento. Un campo además de un campo de fuerzas, constituye un campo de luchas destinadas a conservar o a transformar ese campo de fuerzas.

A lo largo del trabajo se plantea la necesidad de visibilizar estos discursos que aparecen en pugna en el campo educativo, e incluir otras narrativas que permitan problematizar el campo de la infancia. Así, se plantea como objetivo analizar el fenómeno de la patologización de la infancia desde los discursos en el ámbito escolar, a partir de los pedidos de intervención que realizan los docentes a los equipos de orientación, y su relación con el paradigma de la protección integral y de la consideración de los niños y niñas como sujetos de derecho.

Se puede comenzar diciendo que, como algunos autores opinan, para ciertos períodos de la vida, como por ejemplo la niñez y la adolescencia, se confunden cuidados y protección especial con ausencia de derechos, tutela, control y dominio. Es decir, se daría un trato de objeto a los niños, niñas y adolescentes, legitimado por ciertos saberes, en su mayoría provenientes de la medicina y de las ciencias "psi" (psicología, psiquiatría, psicopedagogía, etc.).

Eduardo Bustelo[2] estudia la infancia como un campo al modo de Bourdieu[3], y considera que en la dimensión temporal de la infancia y la adolescencia pueden reconocerse tres instituciones que dejan "marca" en su desarrollo: la familia, la escuela y los medios de comunicación. También se refiere a las relaciones de dominación que se establecen sobre la infancia y la adolescencia.

Para el autor, la infancia es la instancia de la inauguración de la vida y en donde la aparición del biopoder surge en su forma paroxística. El biopoder es un término originalmente acuñado por Michel Foucault[4] para referirse a la práctica de los estados modernos de explotar numerosas y diversas técnicas para subyugar los cuerpos y controlar la población.

El biopoder para Bustelo (2012) define las condiciones de ingreso en la fuerza laboral, las condiciones de filialidad en la familia, controla la individuación y la heteronomía en el proceso educativo, sistematiza su inserción en el mercado de consumo y regula su comportamiento a través de la ley. "Todo discurso que plantee la pobreza por fuera de relaciones de dominio y, sobre todo, como una situación que requiere "soluciones" externas a la práctica política, concebida esta como

proceso colectivo emancipador, está asociado, directa o indirectamente, a ejercicios argumentativos para justificar el statu quo. Y en este marco, la desigualdad de las relaciones sociales afecta profundamente la situación de la infancia.[5]" .

En el campo de la infancia, estas prácticas discursivas distorsionadas y manipulatorias se han constituido en un orden "natural", en donde los factores de poder conocen que es en el "tiempo" de la infancia donde se inicia el proceso constructivo de su situación de dominio y en donde el ocultamiento de la relación de dominio se hace más evanescente. Así, la infancia es situada incuestionablemente en una relación de dependencia y subordinación.

Es a través de la educación que los niños llegan a la madurez. El "yo" es una elaboración que se constituye en la subjetivación de un ser definido para el futuro. La socialización de la subjetividad consiste en su adaptación a un desarrollo "normalizado". Esta concepción lineal y unitaria del desarrollo humano oculta las condiciones de su producción discursiva hoy dominante y se convierte en proyecto político y cultural que frecuentemente los "científicos" vienen a legitimar. Para el autor, de lo que se trata es de decodificar el discurso hegemónico de la infancia y de establecer una posición crítica frontal contra las teorías que celebran la dependencia infantil.

El problema básico de la infancia y la adolescencia es que no pueden autorrepresentarse, y sin poder social es difícil construir poder político. Sin capacidad de autorrepresentarse la defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia queda en manos de los adultos. Bustelo[6] se refiere a una representación "sin mandato" en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes.

Finalmente, el autor plantea el enfoque estructural, alejando epistemológicamente su análisis de las concepciones biologizantes y desarrollistas de base individualista y abstracta, como él considera a las formuladas por otras tradiciones analíticas como la psicología. Así la infancia es considerada como un campo social e histórico, es decir, como espacio de luchas sociales y discursivas para regular la reproducción o recomposición del statu quo.[7]

Un documento muy apropiado a analizar en relación a la salud mental de niños, niñas y adolescentes en el campo escolar, es el elaborado por Co.Na.I.S.M.A. en el año 2014[8] . El mismo está basado en un conjunto de instrumentos legales con enfoque de derechos: ley 26.529 de Derechos del Paciente, ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; ley 26.206 de Educación Nacional, ley 26.657 de Salud Mental, Plan Nacional de Acción por los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes 2012-2015; Plan Nacional de Salud Mental aprobado por Resolución 2177/13; Resolución del Consejo Federal de Educación 239/14 "Pautas Federales para el acompañamiento y la intervención de los equipos de apoyo y orientación que trabajan en el ámbito educativo"; sugerencias elaboradas por el Consejo Consultivo Honorario en Salud Mental y Adicciones a través del Anexo IV del Acta 2/14.

El documento citado surge a partir de la considera-

ción de una marcada tendencia a definir problemáticas escolares en base a categorías diagnósticas de salud mental con la consecuente prescripción inadecuada de medicamentos e indicación inoportuna de certificación de discapacidad. Asimismo, centra la atención en la influencia del Mercado *"a través de la proliferación de modos de intervención sobre la infancia y la adolescencia que suponen modos privados y singulares de resolver la dificultad, contrarios a la posibilidad que desde lo estatal pueda hacerse frente a los problemas que vulneran la perspectiva de derecho"*[9] . El documento da pautas para evitar el uso inapropiado de diagnósticos, medicamentos u otros tratamientos a partir de problemáticas del ámbito escolar. Todas ellas dirigidas a agentes del sistema de salud, equipos de orientación, gabinetes psicopedagógicos, docentes y comunidad educativa en general.

Di Lorio, Lenta y Hojman[10], al referirse a la psicología como campo disciplinar y su relación con la construcción de la niñez desde la perspectiva de derechos consideran que el fenómeno de la medicalización devenida luego en psicologización de los problemas sociales, fue el formato que adquirió el control social en la hegemonía discursiva disciplinar. Posteriormente, la perspectiva de los derechos humanos, anclada fuera de la academia –movimientos sociales, sindicatos, etc.- interpeló los discursos disciplinares aportando a la habilitación de nuevas retóricas sobre la transformación social que cuestionan la concepción tradicional de la infancia. Sin embargo, aún con diferentes legitimidades, ambas perspectivas resultan vigentes. Configuraciones que se sitúan desde la normalización, pasivización, reducción al plano individual y objetualización de una infancia única conforman la clave del paradigma de la minoridad en la psicología. Propuestas de protección y

promoción de derechos así como una comprehensión transdisciplinar de la infancia (infancias) que concibe al niño como un sujeto activo en su contexto, constituye la lógica del paradigma de la protección integral.

Es común escuchar en el ámbito escolar frases tales como: "está como volando y cuando explico algo juega todo el tiempo", "no puede quedarse sentado e interrumpe mi clase con comentarios inoportunos que hacen reír a los compañeros", "protesta, hace berrinche cada vez que le recuerdo que tiene que terminar la tarea"," es imprudente cuando juega en los recreos", "corre y trepa en lugares donde no se puede", "no hay posibilidad que se vincule con pares", "se aísla y habla solo con su mano", "se babea y aletea los brazos", "contesta con monosílabos y realiza la consigna mucho tiempo después cuando en principio parecía sordo", "hace berrinche y se esconde bajo la mesa y si lo queremos sacar le agarran ataques de nervios", "no quiere estar en el aula y dice extrañar las trepadoras del jardín de infantes", "se sienta solo porque saca todos sus útiles, "ocupa todo el banco y molesta a su compañero", "deambula por el aula", "si lo miro completa sus tareas y si lo dejo de mirar golpea los lápices en el banco con ritmo", y tantas otras. Frente a ellas, la primera reacción de muchos docentes y profesionales es la diagnosticar rápidamente con rótulos tales como ADD (Déficit de atención), ADHD, TGD (Trastorno Generalizado del Desarrollo), TEA (Trastorno del Espectro Autista), TOD (Trastorno Oposicionista Desafiante), etc.[11]

Korinfeld (2005) define lo patologizante como ese *"conjunto de operaciones cuyos efectos ubican en un lugar de enfermo, de enferma, o de potencialmente enfermo, anormal, desviante o pasible de traumatización o desubjetivización a quienes son su objeto señalado"*[12]. Para el autor lo patologizante tiene como matriz un paradigma que tiene sus raíces en el discurso médico, es decir, estos comportamientos expresarían la presencia de alguna disfunción orgánica y/o psíquica. De lo que se trata es de un conjunto de operaciones políticas sobre la infancia y la adolescencia, programas, estrategias, dispositivos o sencillamente intervenciones puntuales que se fundamentan en estos discursos, los que se corren de la concepción del niño como sujeto de derechos para reducirlo a un síndrome, patología o anomalía.

De hecho, para Korinfeld[13], patologizar supone en un primer momento concebir como enfermas ciertas conductas y comportamientos de un sujeto o de un grupo, que pueden ser pasados, presentes y futuros. Luego se le atribuye a estos comportamientos y modalidades subjetivas un origen y una causalidad en alguna razón exclusiva de orden médico psicológico. Lo que se plantea es una crítica a una modalidad de saber sobre las afecciones, enfermedades y padecimientos, una modalidad de saber y por tanto un ejercicio de poder. Es un modo de concebir lo que se entiende como sufrimiento psíquico y social que conlleva importantes consecuencias políticas.

De esta manera, la patologización es entendida como cualquier problemática que es enunciada en términos médicos, en términos de patología, de mecanismo psicológico o psicopatológico. La patologización tiene importantes consecuencias políticas articulándose en un determinado dominio ideológico y político, sobre todo cuando se trata de la niñez y la adolescencia. Algunas de estas consecuencias tienen que ver con que se invisibiliza una determinada trama social-institucional de la que el sujeto es objeto, se desubjetiviza, desimplica y pasiviza a los sujetos y finalmente se los aísla. Asimismo los autores se refieren a actitudes paronoides que surgen frente a este tipo de representaciones, considerando peligrosos a estos tipos de comportamientos y así se pone a los sujetos en una posición que determina luego nuestra relación con ellos.

Siguiendo la lógica patologizante, todo lo que suponga una inadaptación escolar será diagnosticado como carencia, enfermedad, disfunción individual y, por lo tanto, remitido a técnicas médico-psicológicas y/o médico-químicas, en contraposición a la confianza pedagógica que luego se comentará.

Son múltiples las situaciones en las que se puede verificar la operación de psicopatologización. El sobrediagnóstico de ciertas patologías y la medicalización innecesaria de la infancia y adolescencia es uno de los casos relevantes, pero también se lo puede observar respecto de los chicos en situación de calle o en el terreno jurídico de la mano de la judicialización de los adolescentes infractores de la ley.[14]

La infancia escolarizada es un foco central de psicopatologización. La historia de la escuela es una historia de normalización y ese modo de regular la circulación de la infancia en las escuelas y clasificarlos en estamentos y tipologías tiene la marca del modelo médico hegemónico y de su discurso. En la actualidad, las formas de patologizar al niño escolarizado tienen que ver centralmente con la impronta médico- psicológica.

A través de la prevención de cualquier tipo de desviación y anomalía, todo lo que se perciba como una inadaptación escolar puede ser diagnosticado como enfermedad o disfunción individual, y por lo tanto susceptible de recibir técnicas médico- psicológicas y/o médico-químicas para su readaptación.

La psicopatologización de los niños desadaptados se inscribe en el proceso de psicologización de las pedagogías y de la vida cotidiana escolar, incluida a su vez en un proceso mucho más amplio de psicologización de lo social. La liviandad de la circulación de los diagnósticos que definen y designan posiciones para los sujetos que, muchas veces, como profecía autocumplida, son asumidos por los mismos niños, niñas, adolescentes y sus familias con excesiva facilidad, son datos que hoy arroja la realidad educativa.

Para Korinfeld[15], la patologización es desubjetivante,

es lo opuesto de toda búsqueda de implicación subjetiva, de responsabilización de una acción. Para el autor, no se está negando la existencia de la enfermedad, sino que se advierte sobre un efecto que indica que una vez borrado el límite rígido entre salud y enfermedad, todas las conductas son susceptibles de ser explicadas desde el saber "psi", lo que produce deslizamientos que van de la psicologización a la psicopatologización, expropiando otros modos de comprender y abordar las relaciones entre los sujetos y las instituciones.

La patologización, en el caso de la infancia y la adolescencia, puede ser pensada como una forma de abuso de poder de parte de los adultos, legitimado por saberes más o menos acreditados oficial y socialmente y justificados en el bien del otro, hasta tomando como fundamento el interés superior de ese niño, niña o adolescente. De lo que se trata es de acontecimientos disruptivos en las instituciones escolares que han potenciado intervenciones patologizantes de las conductas y los comportamientos.

La organización institucional elegida para el presente trabajo es la Dirección de Orientación y Apoyo Interdisciplinario a las Trayectorias Escolares -en adelante D.O.A.I.T.E.- de la Dirección General de Escuelas del Gobierno de Mendoza, de la que dependen los equipos de orientación escolares. Los equipos de orientación escolares son equipos de trabajo multidisciplinarios, es decir, están compuestos por profesionales de distintas disciplinas (psicólogos, psicopedagógos, fonoaudiólogos, trabajadores sociales, etc.), y tienen como finalidad acompañar las trayectorias escolares reales de los niños, niñas y adolescentes que transitan por la escuela con diferentes estrategias y dispositivos.

El desafío de estos equipos es el de dar lugar y visibilidad a una trama de relaciones, espacios, tiempos, instancias institucionales, figuras y dispositivos puestos en juego a la hora de sostener trayectorias y actos educativos en estos tiempos. Comprender que allí, en la organización de vínculos, saberes y recursos –materiales y simbólicos– es donde se desempeñan los sujetos –con sus límites y capacidades– y que los modos de organización los constituyen.

El estudio llevado a cabo es de tipo cuantitativo, utilizando como metodología el análisis de contenido frecuencial de tipo estadístico. Es decir, se registró la frecuencia con que aparecían en el discurso de los agentes del campo escolar ciertas unidades de análisis que estaban relacionadas con la patologización de la infancia. Se entiende el análisis de contenido como el conjunto de procedimientos interpretativos de productos comunicativos –en este caso de informes escolares escritos- que proceden de procesos singulares de comunicación previamente registrados, y que, basados en técnicas de medida, tienen por objeto elaborar y procesar datos relevantes sobre las condiciones mismas en que se han producido aquellos textos, o sobre la condiciones que puedan darse para su empleo posterior. Para este trabajo, se utilizó una técnica de medida cuantitativa, es decir, estadística basada en el recuento de unidades. Asimismo, se trata de un análisis descriptivo, pues el objetivo es la identificación y catalogación de la realidad empírica de los textos o documentos, mediante la definición de categorías o clases de sus elementos.

Por otro lado, se toma conceptualmente como marco de referencia la teoría de los campos de Pierre Bourdieu[16]. La noción de campo esbozada por el sociólogo francés brinda herramientas de análisis y ayuda a comprender la puja entre diferentes campos del saber, como por ejemplo el escolar, y fundamentalmente analizarlos en relación con la apropiación de un saber-poder que está en juego dentro de la problemática de la patologización de la infancia.

Para la investigación realizada se utilizó un muestreo intencional. Los criterios de selección fueron: informes escolares escritos solicitando la intervención del equipo de la D.O.A.I.T.E. del departamento de Tupungato, en la provincia de Mendoza, recepcionados por ese servicio durante el año 2014. Así, la muestra elegida quedo conformada por un total de 195 informes elaborados por docentes de educación inicial y primaria de 21 establecimientos educativos de gestión pública.

Se delinearon cuatro unidades de análisis: los pre-diagnósticos clínicos realizados por los docentes, las solicitudes de evaluación por profesionales de la salud mental, las solicitudes de intervenciones individuales con la lógica médico-clínica, conceptos que organizan los discursos sobre la infancia relacionados con el paradigma tutelar, y las solicitudes explicitas de medicación de niños y niñas. En relación a los pre-diagnósticos realizados por los docentes se tuvieron en cuenta expresiones que hacían referencia a diagnósticos de salud mental tales como "atención dispersa", "trastorno del aprendizaje", "hiperactividad", "trastornos emocionales", "trastorno de conducta", "retraso mental", "inmadurez".

En cuanto a las solicitudes de evaluación por profesionales de salud mental se tuvieron en cuenta expresiones como "solicito evaluación/diagnóstico psicológico", "recomendamos evaluación/diagnóstico por neurólogo", "necesita tratamiento psicológico y/o psiquiátrico", entre otros.

Por otro lado, se tuvieron en cuenta las solicitudes expresadas en los informes de intervenciones individuales, es decir, cuando frente a una problemática observada en los niños y niñas en el ámbito escolar se solicita al equipo de orientación que intervenga individualmente teniendo como referencia el modelo médico-clínico, en contraposición a abordajes grupales e institucionales. La cuarta unidad de análisis hace referencia a conceptos relacionados al paradigma tutelar que organizan los discursos sobre la infancia, entre ellos se tuvieron en

cuenta términos como “marginalidad”, “vulnerabilidad”, “minoridad”, “riesgo”, “exclusión”, “fragilidad”. Finalmente, se consideraron en los informes analizados, los pedidos explícitos de medicalizar a los niños o niñas de referencia a partir de las problemáticas presentadas en la escuela.

Posteriormente, como instrumento de recolección de datos, se utilizó una hoja de registro que contenía las unidades de análisis y donde se volcó el registro frecuencial de las mismas en relación a su presencia en los informes de la muestra.

A continuación se presentan los resultados del registro frecuencial de las unidades de análisis descriptas en el punto anterior, lo que permitió la indagación sobre las conceptualizaciones de la infancia relacionadas con la patologización, presentes en los informes escolares seleccionados.

Luego del análisis realizado en este trabajo de las prácticas efectivas que tienen lugar en el campo educativo en relación a la patologización de la infancia, se puede afirmar que coexisten abordajes y conceptualizaciones antagónicas en el tratamiento de las problemáticas subjetivas y sociales de los niños y niñas. Es decir, aparecen claramente dos paradigmas en pugna: la lógica tutelar y la lógica de la protección integral.

UNIDADES DE ANÁLISIS	FRECUENCIA	PORCENTAJE (N=195)
Pre-diagnósticos clínicos realizados por los docentes	57	29,23%
Solicitudes de evaluación por profesionales de la salud mental	83	42,56%
Solicitudes de intervenciones individuales con la lógica médico-clínica	195	100%
Conceptos que organizan los discursos sobre la infancia relacionados al paradigma tutelar	27	13,85%
Solicitud de medicalización	15	7,69%

Tabla de frecuencia: cantidad de veces que aparecen las unidades de análisis en los informes escolares del muestreo.

En los informes escolares analizados se pudo observar que existen indicadores que permiten ubicar a la mayoría de ellos bajo la lógica tutelar. Sin embargo en la mayoría conviven indicadores de ambos paradigmas, lo que permite inferir ciertas inconsistencias en la construcción interna de los relatos.

Respecto de las unidades de análisis elaboradas para el estudio de estos informes, no se trata de simplificar la cuestión a la construcción de algunas variables sino que lo que se plantea es abrir el debate acerca de aquellos tópicos representativos del discurso tutelar y de estos paradigmas que se ponen en juego.

A lo que nos lleva este trabajo es a la necesidad de pensar como las miradas de los docentes, y la de los profesionales de los equipos de orientación escolares, sobre los niños y niñas se pueden vincular con las transformaciones de las políticas sociales sobre la infancia, así como también de que manera potenciar el fortalecimiento del paradigma de la protección integral en el campo educativo.

La imperiosa demanda de parte de los docentes a los profesionales de los equipos de orientación escolares para abordar la problemáticas de sus alumnos y alumnas de una manera individual y con un metodología médico-clínica, hasta el extremo de solicitar medicalización, así como la no consideración de la infancia como una constructo histórico-social o el escaso reconocimiento de los derechos de la niñez y la adolescencia, aún persisten en muchas instituciones educativas y refieren a posicionamientos ético-políticos no afines a la perspectiva de derechos.

Como se señaló en la primera parte de este trabajo, en Argentina, la sanción de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en el año 2006, significó un avance a nivel legislativo, derogando la vieja ley de minoridad -Ley Agote o de Patronato de 1919-, que habilitaba intervenciones tutelares del Estado que judicializaban y criminalizaban a la infancia pobre. A su vez, la nueva ley implicó avances a nivel político al propiciar la emergencia de un nuevo contexto para discutir sobre el diseño y la ejecución de políticas públicas con enfoque de derechos para la niñez y la adolescencia, interpelando a las disciplinas intervinientes en el campo de la infancia, y particularmente a la psicología. Sin embargo, podría afirmarse que la derogación, desde el punto de vista declarativo, de viejos paradigmas sobre el modo de intervenir con la infancia, no implica la implementación directa de estos discursos, es decir, la transformación de las prácticas, en tanto que éstas se producen sobre el trasfondo de creencias sociales compartidas.

Las transformaciones legislativas no se corresponden necesariamente con transformaciones socioculturales, es decir, no hay una relación directa entre las modificaciones en los modos de conceptualizar al niño y sus pro-

blemáticas –sujeto de derecho u objeto de intervención- y las prácticas de intervención, en este caso en el campo educativo. Por el contrario, persiste un predominio de conceptualizaciones objetivantes y normalizantes, que tienen que ver con el modelo médico-clínico. Algunos autores llegan a afirmar que la herencia positivista del siglo XIX aún determina las prácticas educativas en torno a la infancia.

Considerar al niño y a la niña como sujeto de derecho implica intervenir desde prácticas que tiendan a ser colectivas e institucionales, desde lecturas complejas, históricas y situadas de las cuestiones educativas, que incluyan a los/as sujetos con sus problemáticas, en el marco de las escuelas. Uno de los desafíos posibles, es construir dispositivos donde se haga efectiva la participación de los niños y niñas, y en los que los adultos puedan garantizar el derecho a ser oídos.

Si se considera que la infancia es una categoría relacional en la que se pone en juego el poder, relación que se devela históricamente en las prácticas, discursivas o no, y en las luchas que la atraviesan, entonces se hace fundamental el poder configurador del Estado y su institucionalidad como garantes de una política pública respecto de los derechos de la infancia y la adolescencia[17]. Pues, como afirma Carli (2002) "en los discursos se ponen en juego también mecanismos de inclusión y exclusión/represión, y de distinción/diferenciación de la infancia/niñez. La "naturalización" de un concepto universal de infancia es producto de la lucha por disolver/ocultar/negar las diferencias y las desigualdades operadas por el poder"[18].

A partir de lo trabajado, se puede concluir que la tarea que tienen por delante los que trabajan en este momento histórico con niños y niñas, implica la resignificación de las luchas y la renovación de los lenguajes asociados a la infancia. Como afirma Bustelo (2012) "de lo que se trata es de decodificar el discurso hegemónico de la infancia y de establecer una posición crítica frontal contra las teorías que celebran la dependencia infantil"[19] . Los que militan los derechos de los niños, niñas y adolescentes tienen aún mucho camino por delante para que la participación infanto juvenil y su autorrepresentación sea una realidad efectiva.

Finalmente, se espera que este trabajo represente un aporte en el sentido de darle al problema de la patologización de la infancia un enfoque desde las ciencias sociales, que contribuya al estado de la cuestión y al debate en torno a políticas públicas. Asimismo, que a partir de lo trabajado se puedan ampliar las instancias de sensibilización y la toma de conciencia en los agentes del campo educativo comprometidos en la problemática, y en la sociedad en general ◆

[1] Bourdieu, Pierre (1990). ***Sociología y Cultura.*** México: Editorial Grijalbo.

[2] Bustelo, Eduardo; Guendel, Ludwig; Barahona, Manuel (2005). ***Derechos Humanos, Niñez y Adolescencia,*** en: Cuadernos de Ciencias Sociales N°138, Costa Rica, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO).

[3] Bourdieu, Pierre (1990). ***Sociología y Cultura.*** México: Editorial Grijalbo.

[4] Foucault, Michel (2012). ***Historia de la Sexualidad. 1***. La Voluntad de Saber. Madrid: Biblioteca Nueva.

[5] Bustelo, Eduardo (2012). ***Notas sobre infancia y teoría: un enfoque latinoamericano, en: Salud Colectiva,*** Vol. 8, pág. 255.

[6] Bustelo, Eduardo; Guendel, Ludwig; Barahona, Manuel (2005). ***Derechos Humanos, Niñez y Adolescencia, en: Cuadernos de Ciencias Sociales N°138,*** Costa Rica, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO).

[7] Ídem.

[8] ***Comisión Nacional Interministerial en Políticas de Salud Mental y Adicciones (2014).*** Anexo I del Acta de Diciembre de 2014, Buenos Aires.

[9] ***Comisión Nacional Interministerial en Políticas de Salud Mental y Adicciones (2014).*** Anexo I del Acta de Diciembre de 2014, Buenos Aires, pág. 1.

[10] Di Lorio, Jorgelina; Lenta, Malena; Hojman, Gabriel (2011). ***Conceptualizaciones sobre la infancia. De la minoridad al interés superior del niño.*** Un estudio de las producciones científicas en psicología, en: Anuario de Investigaciones, Vol. XVIII, Facultad de Psicología, UBA.

[11] Kahansky, Elsa; Llanos, Laura (2015). ***Patologización de la infancia,*** en: http://infancia-movimiento.blogspot.com.ar/2015/02/patologizacion-de-la-infancia-los.html

[12] Korinfeld, Daniel (2005). ***Patologización de la infancia y la adolescencia,*** en: Sexualidad, salud y Derechos, Ensayos y Experiencias, Número 57, pág. 88, Ediciones Novedades Educativas.

[13] Korinfeld, Daniel (2005). ***Patologización de la infancia y la adolescencia,*** en: Sexualidad, salud y Derechos, Ensayos y Experiencias, Número 57, pág. 88-104, Ediciones Novedades Educativas.

[14] Korinfeld, Daniel (2005). ***Patologización de la infancia y la adolescencia,*** en: Sexualidad, salud y Derechos, Ensayos y Experiencias, Número 57, pág. 88-104, Ediciones Novedades Educativas.

[15] Korinfeld, Daniel (2005). ***Patologización de la infancia y la adolescencia,*** en: Sexualidad, salud y Derechos, Ensayos y Experiencias, Número 57, pág. 88-104, Ediciones Novedades Educativas.

[16] Bourdieu, Pierre (1990). ***Sociología y Cultura.*** México: Editorial Grijalbo.

[17] Bustelo, Eduardo (2012). ***Notas sobre infancia y teoría: un enfoque latinoamericano,*** en: Salud Colectiva, Vol. 8, pág. 287-298.

[18] Carli, Sandra (2002). Niñez, ***Pedagogía y Política. Transformaciones de los discursos acerca de la infancia en la historia de la educación argentina entre 1880 y 1955.*** Buenos Aires: Miño y Dávila, pág. 26.

[19] Bustelo, Eduardo (2012). *Notas sobre infancia y teoría: un enfoque latinoamericano,* en: Salud Colectiva, Vol. 8, pág. 290.

EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS EN LAS ESCUELAS DE FORMACIÓN MILITAR:

ESTUDIO DE CASO COMO ESTRATEGIA PEDAGÓGICA PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO DE TORTURA[1]

AAT. ROCIBELLY UMBARILA CAICEDO

Abogada, candidata al título de Magister en Derechos Humanos y DICA, con conocimientos en Derechos Humanos y DIH. Tras quince años de trabajo en el Comando General de las Fuerzas Militares, cuenta con experiencia en el sector de Defensa y Seguridad. A sido galardonado con la Medalla, "Servicios Distinguidos a las Fuerzas militares de Colombia", y Medalla al mérito Militar en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario "General José Hilario López Valdés". Actualmente desempeña sus funciones en la Jefatura de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Subjefatura de Estado Mayor jurídica de Fortalecimiento Jurídico institucional. Correo electrónico: rociumb@cgfm.mil.co

SUMARIO

I. Introducción. II. Alcance metodológico. III. Discusión. 3.1. Orientaciones conceptuales. IV. Componentes de análisis. 4.1. Fundamentos de la educación en Derechos Humanos. 4.2. Educación y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 4.3. La educación y la protección contra el delito de tortura. V. Articulación angular. 5.1. El proceso educativo en las Fuerzas Armadas. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

La presente reflexión aborda la discusión sobre los modelos pedagógicos y su relación con el proceso de formación jurídica respondiendo a la inquietud sobre cuál es el modelo pedagógico que se utiliza para prevenir el delito de tortura, a partir de los fallos proferidos por la Corte Interamericana de DD.HH. en contra del Estado colombiano en los procesos de enseñanza-aprendizaje de las escuelas de formación militar para entonces estudiar cómo estos, han incidido en la iniciativa de madurar la reflexión sobre su impacto en el ejercicio de los derechos humanos desde la irradiación de los conocimientos que la propia Institución militar ofrece.

PALABRAS CLAVES

Modelo pedagógico, Delito de tortura, Derechos Humanos, Proceso educativo, Dispositivo pedagógico.

INTRODUCCIÓN

A partir de los datos arrojados por el Centro Nacional de Memoria Histórica según los cuales, en Colombia se han reportado más de 25 mil víctimas de desaparición forzada y en donde se determina que delitos como este, más el de tortura, asociados por el contexto en que se cometen, continúan ocultándose a la opinión pública, bajo nombres como 'falsos positivos' y 'crímenes pasionales', surge la necesidad de ahondar en esta realidad en aras de dilucidar el rumbo que en materia de educación en derechos humanos habrán de tomar las escuelas de formación militar. Para el efecto, se parte de un estudio de caso como estrategia pedagógica encaminada a la prevención del delito de tortura en tanto las cifras presentadas en un informe de la Coalición Colombiana Contra la Tortura, entre 2001 y 2009 son un indicativo que amerita inferir correctivos en la pedagogía del tema al interior de las escuelas de formación militar.

Cabe indicar que por mandato constitucional, durante las últimas dos décadas, en las FF.MM., específicamente en las escuelas de formación, se ha dictado la materia de Derechos Humanos y DIH. A partir del año 2007 se implementó el Manual Único Pedagógico (MUP), como un refuerzo a las exigencias que el medio jurídico interno y externo requería ante las faltas encontradas y vivenciadas en diversos casos operacionales. Sin embargo, a raíz de los diferentes procesos fallados en contra del Estado colombiano en el Sistema Interamericano de DD.HH, es evidente que se hace necesario fortalecer la materia de Derechos Humanos y

DIH relacionada específicamente con la jurisprudencia de la CIDH.

Ahora bien, los fallos emitidos en contra del Estado colombiano por parte de la CIDH, proporcionan desde el punto de vista jurídico herramientas que aplicadas en un ámbito pedagógico contribuirían a incrementar no solo el conocimiento jurídico al interior de las FF.MM, sino que además podrían generar una tendencia de disminución de violaciones a los DD.HH y DIH por parte del personal uniformado. Por tanto, frente a las implicaciones de las condenas que ha proferido la CIDH contra el Estado colombiano como consecuencia del conflicto armado, es apremiante complementar los mecanismos pedagógicos existentes en las escuelas de formación de las FF.MM, que permitan orientar al personal militar sobre la aplicabilidad de los Derechos Humanos en Colombia, así como sus implicaciones y efectos jurídicos a nivel nacional e internacional.

En consecuencia, esta es la razón por la que en este artículo se desarrollan en su orden los siguientes aspectos conducentes al entendimiento de la importancia pedagógica en la prevención del delito de tortura desde las escuelas de formación militar: i) Orientaciones conceptuales ii) Componentes de análisis iii) Articulación angular.

ALCANCE METODOLÓGICO

El presente análisis involucra la recolección de datos utilizando técnicas que no pretenden medir ni asociar las mediciones con números, tales como revisión de documentos, discusión en grupo, inspección de historias, análisis semántico y de discursos cotidianos, sino observar un proceso consistente en consolidar, reducir e interpretar los datos encontrados teniendo en cuenta las preguntas de investigación realizadas. Adicionalmente, cabe aclarar que el trabajo utilizará el método inductivo, al considerar una serie de decisiones judiciales de modo que puedan vislumbrarse unas conclusiones generales. Como instrumentos se utilizarán principalmente las técnicas de análisis de resoluciones judiciales y jurisprudenciales.

Tal como Strauss y Corbin (1990) definen, esta es una investigación de corte cualitativo toda vez que responde a "cualquier tipo de investigación que produce resultados no encontrados por medio de procedimientos estadísticos u otros medios de cualificación". Esta clase de investigación utiliza datos cualitativos, como extractos de pasajes enteros de sentencias judiciales, para construir un conocimiento de la realidad sobre el tema de investigación.

Así, la conducción del método analítico al indagar por grados de afectación cuando la pedagogía en la prevención de delitos de tortura no se imparte del modo conveniente, se apoya en la documentación y en las fuentes de consulta como el mecanismo para detectar herramientas de descripción y análisis gracias a la exploración del universo editorial, institucional y académico respecto a esta temática en particular, prima como es lógico, el cuerpo jurídico frente a la estructura doctrinal que procede así mismo, del acto legislativo para desembocar en conclusiones relevantes encaminadas al aporte integral del presente artículo con relación al acoso laboral en las Fuerzas Militares.

PLATAFORMA INSTRUMENTAL

DEFINICIÓN DEL ESTUDIO DE CASO COMO HERRAMIENTA

El estudio de caso es una herramienta de investigación que tiene una aplicabilidad fundamental en el campo de las ciencias sociales. Sin embargo, este tipo de análisis que se refiere a situaciones o fenómenos que representan problemáticas de la vida real, en la cual el investigador no tiene control, no posee tanta utilización en la formación de las escuelas militares.

Según Martínez Carazo (2006), el estudio de caso es: una estrategia de investigación dirigida a comprender las dinámicas presentes en contextos singulares, la cual podría tratarse del estudio de un único caso o de varios casos, combinando distintos métodos para la recogida de evidencia cualitativa y/o cuantitativa con el fin de describir, verificar o generar teoría. Crespo (2000) sostiene que la discusión del caso es una mezcla de retórica, diálogo, inducción, intuición y razonamiento: la recreación, en suma, de la metodología de la ciencia práctica. Explica este autor que "la racionalidad de las tareas administrativas es una racionalidad práctica que utiliza instrumentos técnicos y estima con prudencia su validez y factibilidad, teniendo en mente las circunstancias culturales e históricas concretas y, sobre todo, la personalidad de quienes componen la firma. De allí que el método del caso aparezca como un procedimiento extremadamente apropiado para su enseñanza" (p. 68).

Un estudio de caso es, según la definición de Yin (1994: 13), "una investigación empírica que estudia un fenómeno contemporáneo dentro de su contexto de la vida real, especialmente cuando los límites entre el fenómeno y su contexto no son claramente evidentes. (...) Una investigación de estudio de caso trata exitosamente con una situación técnicamente distintiva en la cual hay muchas más variables de interés que datos observacionales; y, como resultado, se basa en múltiples fuentes de evidencia, con datos que deben converger en un estilo de triangulación; y, también como resultado, se beneficia del desarrollo previo de proposiciones teóricas que guían la recolección y el análisis de datos".

El estudio de caso es una técnica didáctica que puede formar parte de un
dispositivo pedagógico y cuya finalidad es promover el aprendizaje de los alumnos.

EL DISPOSITIVO PEDAGÓGICO

Marta Souto (1999) define al dispositivo pedagógico como un artificio instrumental complejo "constituido como combinatoria de componentes heterogéneos que tiene disponibilidad para generar desarrollos previstos e imprevistos y poder para ser proyectado, instalado, realizado y analizado". Para esta autora, el dispositivo plantea un predominio técnico, pero sin desatender otras dimensiones y dispone componentes variados y diversos, en función de una intencionalidad pedagógica: facilitar el aprendizaje. Por lo tanto, entre otras particularidades, el dispositivo pedagógico tiene un carácter de organizador técnico porque "…organiza condiciones para su puesta en práctica y realización: espacios, tiempos, recursos materiales y humanos, ambientes propicios para sus instalación. Pero también organiza acciones desde una lógica de complejidad no lineal" (Souto, 1999).

Si bien el dispositivo pedagógico tiene un componente normativo, este es pensado como uno más del conjunto de factores que lo componen y no como el único que otorga direccionalidad (Souto, 1999). Al respecto, es importante señalar que el dispositivo pedagógico trabaja con lo aleatorio, lo incierto, y está pensado con posibilidad de modificación continua. Entonces, el docente debe estar preparado para que, si sucede algo nuevo o inesperado, pueda integrarlo con el objetivo de modificar o enriquecer la acción. Lo expuesto anteriormente no implica ausencia de intencionalidad o finalidad y, muchos menos, desestructuración.

Daniel Korinfeld en el libro "La pedagogía y los imperativos de la época" (Serra, 2005) señala que, de acuerdo con Philippe Meireu, hay tres condiciones fundamentales para que un dispositivo pedagógico cumpla su función. En primer lugar, debe permitir la conformación de un espacio sin amenazas y rico en posibilidades, estímulos y recursos diversos. El docente debe seleccionar o crear dispositivos pedagógicos que sean capaces de brindar al alumno la seguridad básica en su experiencia de aprendizaje. La segunda condición es la "presencia" del docente; es decir, la disponibilidad del mismo para el acompañamiento en el trayecto de aprendizaje del alumno. Por último, los objetos culturales dispuestos para el aprendizaje en el espacio educativo deben ser múltiples y exigentes.

El dispositivo pedagógico es de carácter grupal (Souto, 1999) y, en este espacio, permite que se utilicen y generen pensamientos y, además, que se establezcan nuevas relaciones con el conocimiento existente.
En este sentido, no solamente tiene una función de provocar pensamientos, conocimientos y reflexiones, sino también provocar transformaciones en las relaciones interpersonales y en la toma de conciencia de la realidad.

TEORÍA SOBRE EL APRENDIZAJE Y DISPOSITIVO PEDAGÓGICO

Los dispositivos pedagógicos se basan en determinadas teorías de la enseñanza. En la actualidad, se aplican principalmente las que a continuación se relacionan.

El aprendizaje significativo

Este se produce cuando el alumno establece conexiones entre el conocimiento nuevo y los ya existentes en su estructura cognoscitiva (Ausubel, Novak y Hanesian, 1999). Entonces, sus esquemas previos se modifican reorganizando, agregando o suprimiendo componentes; incluso, en algunos casos, se reemplaza un esquema total por otro. En este proceso, es necesaria la disposición del alumno a aprender significativamente.

Además, la tarea debe ser potencialmente significativa para que permita relacionar la nueva información con la estructura de conocimiento previo. El docente debe promover la participación activa de los alumnos con el objetivo que integren los conceptos nuevos a sus esquemas cognoscitivos previos. Es decir, es necesario que los alumnos estén comprometidos activamente en el proceso de aprendizaje para que se produzca la reconstrucción de sus experiencias y conocimientos previos.

Al respecto, Meirieu (1996) señala que "un sujeto progresa cuando se establece en él un conflicto entre dos representaciones bajo cuya presión es llevado a reorganizar la antigua para integrar los elementos aportados por la nueva".

Zona de desarrollo próximo

En este modelo, el docente debe considerar que en el aprendizaje significativo las conexiones que se establecen entre los conocimientos nuevos y los preexistentes en la estructura cognoscitiva de los alumnos requiere una actividad mental por parte de los mismos. La misma, se ve facilitada por la mediación social (docentes o compañeros) que empuja a los alumnos más allá de lo que pueden hacer solos, pero no tanto como para ir más allá de su comprensión (Celso, 2003).

En este espacio, denominado por Vigotzky zona de desarrollo próximo, es donde se construye el aprendizaje. Más precisamente, ésta es la distancia entre el nivel real de desarrollo de un alumno, determinado por la capacidad de resolver independientemente un problema, y el nivel de desarrollo potencial determinado a través de la resolución de un problema bajo la guía de un adulto

o en colaboración con otro compañero más capaz (Vigotsky,1988).

Coll y Solé (1990) señalan que la influencia educativa que ejerce el docente cuando guía o colabora con sus alumnos en el transcurso de las actividades en el aula, organizadas en torno a la realización de una tarea, a la resolución de un problema o al aprendizaje de contenidos, puede ser promotora del desarrollo cuando consigue trasladar al alumno a la zona de desarrollo próximo.

Andamiaje

Bruner (1984) formula el concepto de andamiaje a partir del concepto de zona de desarrollo próximo. Definió los procesos de andamiaje como aquellos en los cuales el docente brinda ayuda, apoyo y guía suficiente lo que permite a los alumnos avanzar intelectualmente más allá de lo que pudieran haber hecho por sí solos. Luego retirará progresivamente el andamiaje a medida que los alumnos vayan asumiendo mayor autonomía y control en el aprendizaje. El supuesto fundamental del andamiaje es que las intervenciones del docente deben mantener una relación inversa con el nivel de competencia en la tarea del alumno (a menor nivel, más ayuda; a mayor nivel, menos ayuda).

Constructivismo

Es una teoría que considera que el alumno es quien aprende involucrándose con otros durante el proceso de construcción del conocimiento, tomando la retroalimentación como un factor fundamental en la adquisición final de contenidos (Coll, 2001; Coll y otros, 1997; Carretero, 1993).

El constructivismo considera que el conocimiento no es el resultado de una copia de la realidad preexistente, sino de un proceso que se caracteriza por el dinamismo y la interactividad y a través del cual la información externa es interpretada por la mente que va construyendo progresivamente modelos explicativos cada vez más complejos y potentes. Entonces, el conocimiento no se descubre, se construye (Bruner, 1997). En este caso, el alumno es un ser responsable que participa activamente en su proceso de aprendizaje.

DISCUSIÓN

Uno de los posibles resultados, es que en un futuro cercano, tales casos en los que el Estado colombiano ha sido condenado, se conviertan en textos de estudio clásicos, en el sentido que manifiesta Calvino (1994), es decir, casos "con los que ejercen una influencia particular, porque se imponen por inolvidables y porque se esconden en los pliegues de la memoria y se mimetizan en el inconsciente colectivo o individual".

Respecto a la técnica de estudio de casos, esta consiste en proporcionar una serie de casos que representen situaciones problemáticas diversas de la vida real para que se estudien y analicen. De esta manera, se pretende entrenar a los miembros de las FF.MM. en la generación de soluciones frente a situaciones concretas.

La técnica de estudio de casos como método docente, según Jorge Witker (1985) "tiene la ventaja de que se adapta perfectamente a distintas edades, diversos niveles y áreas de conocimiento". Como bien señala este autor, este es un método pedagógico activo, que exige creatividad, metodología activa, preocupación por una formación integral, habilidades para el manejo de grupos, buena comunicación con los participantes y una definida vocación docente.

Aunque el modelo pedagógico que pretende enseñar a aplicar principios y normas legales establecidos a casos particulares, es el modelo que se desarrolla en el campo del derecho de manera preferente, según lo investigado y dada la necesidad de un cambio en el enfoque metodológico para la enseñanza de los DD.HH y el DIH en el seno de las escuelas de formación de las FF.MM., parece que el modelo que busca el entrenamiento en la resolución de situaciones (Martínez et. al., 1995), centrado en el análisis de casos que han sido estudiados y solucionados por equipos de especialistas, puede ser un modelo pedagógico más conducente para ser aplicado en las escuelas de formación militar.

Frente al modelo centrado en enseñar a aplicar principios y normas legales establecidos, las ventajas que parece tener este en buscar el entrenamiento en la resolución de situaciones, reside en no dar la respuesta correcta, sino que se exige estar abierto a soluciones diversas, lo que permitiría una mayor reflexión sobre los contextos complejos que se presentan en las operaciones militares.

ORIENTACIONES CONCEPTUALES

La Convención Internacional Contra la Tortura, define a este delito como "todo acto por el cual se ocasiona –intencionalmente- a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero información o confesión, castigar a la víctima por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido y/o intimidar a la víctima o, por su intermedio, a terceras personas".

Según la perspectiva de Fix Zamudio (2007), la pedagogía jurídica ha tomado relevancia entre los juristas como parte de la "preocupación por introducir principios técnicos en la enseñanza". El concepto de educación jurídica es diferente de la mera enseñanza del derecho pues, esta última corresponde a otra disciplina pedagógica (Rivera, 2014: 17).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001), así como la Comisión Interamericana, han sido particularmente estrictas en declarar el principio de jurisdicción universal, que se encuentra afirmado por los cuatro convenios de Ginebra, según el cual los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad serán objeto de una investigación por parte de la Corte Penal Internacional (CPI), cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido y donde quiera que hayan ocurrido. Esto, introduce una serie de obligaciones internacionales imposibles de apartar de la propia misión de las instituciones del Estado en general.

El modelo pedagógico

Primero se necesita precisar que se parte de una definición de la educación como un hecho interactivo teleológicamente transicional que ocurre interpersonal, intergeneracional o interculturalmente. Por su naturaleza dual puede ser un "hecho natural", visto como fenómeno o acontecimiento que ocurre, con efecto volitivo o no, con base en la necesidad natural del hombre de aprender como efecto de su educabilidad; o como "hecho social", visto como un fenómeno externo, coactivo y colectivo (Rivera, 2014).

La pedagogía, se entiende como una ciencia normativa en virtud del saber científico de su naturaleza descriptiva de los fenómenos que ocurren en la educación como su objeto de estudio (Pérez Serrano, 2004: 39), por lo que, como saber, no traspasa a una esfera práctica de inmediato, tal y como ocurriría con una vertiente artística, de modo que no manifiesta su carácter normativo como efecto adyacente de su naturaleza epistemológica.

Por ello, según Rivera (2014), la pedagogía como la ciencia de la educación determina su relación con el derecho como ciencia, dado que epistemológicamente comparten la naturaleza de ciencias sociales descriptivas y tienen un carácter normativo dentro de sus ámbitos de acción respecto a sus correspondientes objetos de estudio; pero aclara el autor que en realidad se trata de dos ciencias con objetos de estudio diferentes que solo convergen transversalmente en dos de sus disciplinas dependientes: el derecho educativo y la pedagogía jurídica. Igualmente, sostiene que la pedagogía manifiesta su carácter normativo en una de sus disciplinas científicas dependientes, a saber, la didáctica, que constituye la "aplicación del saber científico, forma práctica y concreta de conocer, realización beneficiosa de lo científico e intencionalidad funcional" a través de un "conjunto de procedimientos de que se vale la ciencia para obtener determinados resultados" (Fermoso, 1985).

La pedagogía agrupa dentro de sus contenidos otras disciplinas científicas transversales, tales como la psicología educativa, la antropología de la educación, la historia de la educación, la administración educativa, la evaluación educativa, la orientación educativa, entre otras, que retoman algún aspecto de la educación dentro de su campo de estudio (Pérez Serrano, 2004).

La didáctica, por su parte, se concibe como una disciplina científico pedagógica (Medina Rivilla, 2009), a través de la cual la pedagogía manifiesta su carácter normativo, de cuyo estudio y aplicación resulta una norma técnica (Fermoso, 1985) vinculante dentro del ámbito pedagógico. Aquí es donde entran los modelos.

Ahora bien, un modelo, puede definirse como sinónimo de paradigma o arquetipo, es decir, como una representación colectiva que sirve como punto de partida para entender una determinada realidad. El modelo, nace en la mente del ser humano y tiene como función básica representar o sustituir a un objeto dado. Existen distintos tipos de modelos y su uso depende de los motivos que han hecho sustituir al objeto por su modelo (Gómez, et. al, 2008:35). Todo modelo tiene una razón de ser en tanto que media entre la teoría y el mundo de los hechos, en donde los modelos sirven para resolver unas problemáticas concretas. Como bien señalan Gómez y Polanía, investigadores en temas de educación de la Universidad de La Salle, en particular, "los modelos abstractos o conceptuales corresponden a construcciones teóricas que representan procesos físicos, biológicos o sociales, con un conjunto de variables y un conjunto de relaciones lógicas y cuantitativas entre ellas" (Gómez, et. al, 2008: 35).

Para referir un escenario de fácil relación con la teoría de los modelos, se puede pensar en un modelo matemático, el cuál emplea el lenguaje matemático para describir el comportamiento de un sistema. Para Smith y Barnes (1988), un modelo incluye:

"un sistema de postulados, datos e inferencias presentadas como una descripción matemática de una entidad" o bien "una abstracción que representa el estado o comportamiento de un sistema en cierto grado"; este grado de certeza, según aclaran, describe exactamente un mundo virtual ya que representa objetos y eventos en ese mundo, pero su grado de detalle puede variar enormemente con respecto a los hechos reales que trata de representar (Smith y Barnes, citados en Gómez, et. al, 2008:36).

Algunos autores se refieren a los modelos como mapas. Alsina (1991), por ejemplo, intenta representar un territorio. Un modelo pedagógico cuando se entiende a manera de mapa, lo que busca es "entender, orientar y dirigir la educación", según Ortiz (2005). La Figura 1 engloba los vectores de apreciación pedagógica viables para interpretar mejor la consistencia de un modelo pedagógico.

En todo caso, un modelo pedagógico puede

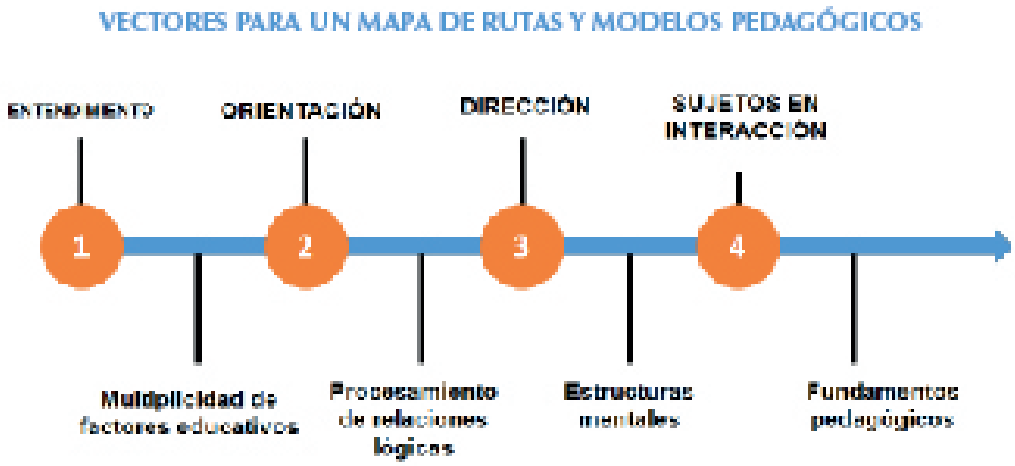


Figura 1. Vectores de apreciación pedagógica. Elaboración propia con base en Fermoso (1985) y Ortiz (2005).

definirse como "un sistema formal que busca interrelacionar los agentes básicos de la comunidad educativa con el conocimiento científico para conservarlo, innovarlo, producirlo o recrearlo dentro de un contexto social, histórico, geográfico y culturalmente determinado (Ortiz, 2005).

Como modelos tipo se pueden mencionar el Modelo Pedagógico Instruccional (MPI) con exponentes como E. Durkheim (1912), y que se puede caracterizar como Pedagogía Tradicional (PT), el cual se identifica por ser la escuela que promulga la obediencia, la puntualidad y el trabajo mecánico y repetitivo, como forma de enseñar conocimientos específicos y las normas aceptadas socialmente.

El Modelo Pedagógico Activista (Escuela Nueva), en cambio, se caracteriza por la humanización de la enseñanza. Este modelo reconoce que sujetos como el infante tienen derechos, capacidades e intereses propios. Esta escuela nueva tiene como fundamentos corrientes científicas como el Darwinismo y la Teoría de la Gestalt.

Los Modelos Pedagógicos Contemporáneos se basan totalmente en las teorías cognitivas. Como ejemplo de esta vertiente, se conocen autores como J. Piaget (2001), Vygotski y David Ausubel. El pedagogo francés Jean Piaget, citado por Moreno (2003), explicó la formación de las estructuras mentales, y demostró que la relación entre la persona y el mundo está mediatizada por las representaciones mentales que de él se tengan.

Según Pozo (1987), citado por De Zubiría, se puede afirmar a partir de lo dicho por Piaget, que ciertas categorías de la realidad no están en la realidad sino en la propia mente. En la teoría de Piaget, la asimilación del mundo se refiere a la integración de los elementos exteriores a las estructuras ya existentes, de tal manera que cada individuo toma en forma diferente una misma realidad. Con esto, Piaget logra demostrar la existencia y la construcción de las estructuras cognitivas.

El Modelo Pedagógico Contemporáneo y la Teoría del Aprendizaje Significativo (De Zubiría, 1999), se presentan como una estrategia metodológica que aporta una serie de usos en la representación, asimilación y evaluación de las relaciones entre los conceptos. El Aprendizaje Significativo, permite el desarrollo de conceptos y aumenta la capacidad de resolución de problemas en áreas diferentes entre sí.

De acuerdo con De Zubiría (2006), los modelos son el resultado práctico de las teorías pedagógicas, que dan cuenta al para qué, cuándo y el con qué del acto educativo. Todo modelo pedagógico adopta una postura frente al currículo, en cuanto a sus propósitos, contenidos y secuencias. Además, dado que cada una de las teorías son elaboradas a partir de un fundamento social, antropológico y psicológico, que da razón del tipo de hombre y de sociedad que se pretende contribuir a formar, toda teoría pedagógica debe poseer también fundamentos teóricos psicológicos, sociológicos y antropológicos.

Dentro de la metodología del estudio de casos como estrategia didáctica Martínez y Musitu (1995), mencionan que en principio se pueden distinguir tres modelos distintos, que se diferencian en cuanto a los propósitos metodológicos que pretenden. En primer lugar, se hace referencia al modelo centrado en el análisis de casos (casos que han sido estudiados y solucionados por equipos de especialistas).

Este modelo, según los autores mencionados anteriormente, busca el conocimiento y la comprensión de los procesos de diagnóstico e intervención llevados a cabo, así como de los recursos utilizados, las técnicas empleadas y los resultados obtenidos a través de los programas de intervención propuestos. Con este modelo, se pretende que los estudiantes, y/o profesionales en formación, conozcan, analicen y valoren procesos de intervención elaborados por expertos en la resolución de casos concretos. También se pueden estudiar soluciones alternativas a la tomada en la situación objeto de estudio (Martínez et. al., 1995).

El segundo modelo, como mencionan los mismos autores, pretende enseñar a aplicar principios y normas legales establecidas a casos particulares, de tal forma que los estudiantes se ejerciten en la selección y aplicación de los principios adecuados a cada situación. Este modelo busca desarrollar un pensamiento deductivo, por medio de la atención a la norma y a las referencias objetivas, el cual pretende que se encuentre la respuesta correcta a la situación planteada. Según los autores mencionados antes, este es el modelo que se desarrolla en el campo del derecho.

Finalmente, el tercer modelo busca el entrenamiento en la resolución de situaciones que si bien requieren la consideración de un marco teórico y la aplicación de sus prescripciones prácticas a la resolución de determinados problemas, exigen que se atienda la singularidad y complejidad de contextos específicos (Martínez et. al., 1995).

Aproximación a los enfoques constructivista y crítico

El constructivismo expone una perspectiva distinta de la forma como aprenden los estudiantes y de cómo hay que proceder para que tengan un mejor aprendizaje. Aunque diversos autores afirman que no existe una teoría constructivista propiamente dicha, (por ejemplo Coll, 1995, citado por Julián de Zubiría Samper, 1999), sí se pueden identificar unos principios epistemológicos constructivistas, entre los cuales se encuentran distintos postulados que se pueden extraer de la obra de Jean Piaget.

Para este pedagogo francés, "el conocimiento no es una copia de la realidad sino una construcción del ser humano, que se caracteriza por una relación dinámica y no estática entre el sujeto y el objeto. Por lo tanto, el conocimiento es un proceso de estructuración y construcción, en el que el sujeto construye su propio conocimiento de manera ideosincrática" (Piaget, 2001:25). En este contexto, la función de la construcción consiste en la adaptación, más no en la igualación de lo real y lo simbólico, donde los conocimientos nuevos se vinculan a los previamente construidos y los modifican. Es decir, que la ciencia construye realidades y no las descubre ya hechas.

Aunque ya en el siglo XVIII autores como Giambattista Vico y E. Kant habían exhibido posiciones constructivistas, al afirmar que los agentes epistémicos no pueden conocer sino aquello que sus estructuras cognitivas les permitan construir, fue J. Piaget quien formuló de manera completa una teoría del conocimiento desde una perspectiva constructivista, al centrarse en la naturaleza de la formación de las estructuras con las que los seres humanos racionales interpretan el mundo.

Según esto, nuestra relación con el mundo está mediatizada por las construcciones mentales que de él tengamos, las cuales a su vez están organizadas en forma de estructuras jerarquizadas, que varían cualitativamente en el proceso evolutivo del individuo. Esta teoría sostuvo que algunas de las categorías fundamentales de la realidad no están en la realidad sino en nuestras propias mentes (Pozo, 1987).

Esta teoría fue complementada posteriormente por Karl Popper (1973), quien afirmó que el investigador observa siempre desde un marco de referencia, razón por la cual su mirada no es imparcial, sino que está armada alrededor de un conjunto de hipótesis, que obligan a acercarse a la realidad para comprobarlas. Para Popper, la ciencia es entonces un proceso interpretativo en el que participa subjetivamente el investigador.

Sin embargo, el húngaro Imre Lakatos (1983) refutó los planteamientos de Popper, al considerar que las teorías no pueden reducirse a un conjunto de hipótesis, que deben ser contrastadas o falseadas, sino que constituyen unos "programas de investigación" que representan entes complejos y altamente organizados, compuestos por un núcleo central formado por las hipótesis principales y un cinturón protector establecido para proteger al núcleo y en el que están ubicados hipótesis auxiliares y supuestos subyacentes.

Así es que entre los constructivistas una de las metas más arraigadas consiste en la idea de generar un modelo de enseñanza-aprendizaje basado en la investigación y el descubrimiento personal. En cambio, la pedagogía crítica considera el proceso educativo desde el contexto de la interacción comunicativa. En este paradigma, se analizan, comprenden, interpretan y trasforman los problemas reales que afectan a una comunidad en particular. Se concibe la educación como posibilidad para la identificación de problemas y para la búsqueda de alternativas de solución desde las posibilidades de la propia cultura. Considera a la ciencia como la opción de rejuvenecimiento espiritual, como mutación brusca que contradice el pasado para reconfigurar el presente (Bachelard, 1984).

Para Gastón Bachelard, el pensamiento científico comienza al poner entre paréntesis la realidad, razón

por la cual es necesario saber plantear los problemas:

"Y dígase lo que se quiera, en la vida científica los problemas no se plantean por sí mismos. Es precisamente este sentido del problema el que sindica el verdadero espíritu científico. Para un espíritu científico todo conocimiento es una respuesta a una pregunta. Si no hubo pregunta, no puede haber conocimiento científico" (Bachelard, 1984:16).

La pedagogía crítica toma el conocimiento como fuente de liberación (Freire, 1989) y plantea la construcción del conocimiento en función de la construcción de los significados que subyacen a las teorías y discursos tradicionales. Lleva al sujeto hacia la lectura de la realidad, especialmente en función de detectar los problemas culturales e inconsistencias sociales, en la perspectiva de revelar los nuevos niveles de cinismo y de tranquilidad con la que se los acepta y se los integra a la cotidianidad. Para los autores que siguen este enfoque, "los intelectuales éticos tienen la responsabilidad de insistir en la verdad y, al unísono, tienen la obligación de contemplar los acontecimientos en su perspectiva histórica" (Chomsky, 1974).

La concepción sobre desarrollo humano y educación

Al aplicar el enfoque del desarrollo humano a la educación, se ha puesto de relieve que esta genera unos valores instrumentales que contribuyen al bienestar colectivo, con incidencia en variables como recursos humanos, control de la natalidad, salud pública y profundización de la democracia. Es decir, que integra una visión holística la cual impregna unos valores intrínsecos derivados de su contribución a la autonomía y al desarrollo de las capacidades humanas básicas (Max-Neef et al., 2000).

Autores fundamentales como Nussbaum (2000), Pogge (2002) y Amartya Sen (1999), han destacado que el desarrollo educativo consiste en elevar el umbral mínimo de toda la población universalizando los valores instrumentales e intrínsecos de la educación y, sobre esta base, igualar las oportunidades relativas de aprendizaje y promoción social. Pero esta dimensión del desarrollo humano "depende de varias conexiones empíricas con las otras dimensiones del mismo, ya que cada una puede ejercer un efecto positivo o negativo sobre las otras, y puede recibir de ellas unos efectos **análogos" (Sen, 1999: 367).**

En concreto, autores como Max-Neef et al., (2000), proponen una perspectiva que permita abrir nuevas líneas de acción, es decir, un Desarrollo a Escala Humana. Tal desarrollo, según estos autores:

"se concentra y sustenta en la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales, en la generación de niveles crecientes de auto dependencia y en la articulación orgánica de los seres humanos con la naturaleza y la tecnología, de los procesos globales con los comportamientos locales, de lo personal con lo social, de la planificación con la autonomía y de la sociedad civil con el Estado" (Max-Neef et al., 2000: 12).

El Desarrollo a Escala Humana, entonces, apunta hacia una profundización de la democracia, ya que pretende facilitar una práctica democrática más directa y participativa, que contribuya a revertir el rol tradicionalmente semi-paternalista del Estado, en un rol estimulador de soluciones creativas que emanen desde abajo hacia arriba y resulten, por lo tanto, más congruentes con las aspiraciones reales de las personas (Max-Neef et al., 2000).

El nuevo paradigma del desarrollo humano, propone la concepción del desarrollo de un individuo como proceso de ampliación de sus capacidades. Este es un enfoque desde las capacidades, en el que la educación se entiende como un derecho fundamental, como está recogido en el Artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Bajo el enfoque del desarrollo humano de Sen (1999), la concepción del desarrollo como proceso de ampliación de las capacidades humanas refuerza el papel de la educación, pues esta es, además de un objetivo en sí mismo, también un fin. Esto lo destaca el propio Sen (1999) al considerar la existencia de un contraste considerable con el enfoque tradicional, donde únicamente se evaluaba por su contribución al crecimiento económico, esto es, como un mero instrumento al servicio del mismo, es decir, como un medio.

Para resumir, se puede decir que el postulado básico del Desarrollo a Escala Humana consiste en que el desarrollo tiene como eje a las personas y no a los objetos. En este enfoque, la educación, el estudio y la investigación, son satisfactores de la necesidad de entendimiento.

El derecho educativo

Otro aspecto fundamental de la concepción de la educación, es la manera como las normas jurídicas caracterizan, ordenan y prescriben la naturaleza de la educación. En este sentido, el derecho educativo se caracteriza como una disciplina jurídica de carácter descriptivo, que estudia en concreto el orden jurídico de la educación. Sin embargo, no se constituye a día de hoy como una rama autónoma del Derecho. Según el autor Arce Gómez (2002), como disciplina jurídica se adscribe al derecho administrativo porque la educación es considerada un bien público cuya actividad se enmarca dentro de la función administrativa estatal.

Según Rivera (2014), el amplio objeto de estudio

del derecho educativo le obliga a valerse de los aportes de otros campos de estudio para comprender su propia complejidad, pues el concepto de educación es complejo por la naturaleza de sus elementos y requiere de la multidisciplinariedad en los aportes que la describen científicamente como objeto de estudio para su comprensión holística.

A pesar de que contiene elementos pedagógicos al derecho educativo no se lo considera parte de la pedagogía porque su objeto de estudio principal es el "orden jurídico", es decir, ese sistema interaccional de relaciones vinculantes entre los sujetos educativos y no sus aspectos pedagógicos, de modo que la educación aparece no como su objeto de estudio sino como contexto del objeto de estudio del derecho educativo (Rivera, 2014).

Es por eso que, siguiendo con Rivera (2014), el derecho educativo tiene una función epistemológica descriptiva de su objeto de estudio y no una función normativa. De esto último resulta, según este autor, que si bien el derecho educativo tiene por fuente formal la legislación educativa, por su carácter normativo vinculante, no pretende regular o normar los actos ni hechos del campo educativo porque esto corresponde a la legislación educativa.

Según el autor, tampoco corresponde al derecho educativo producir o eliminar un sistema educativo porque eso es atribución de la política educativa y se trata de un campo distinto al estudio del fenómeno jurídico y tampoco puede confundirse el estudio del derecho educativo con la aplicación de la legislación educativa, que es competencia de quien ejerce la función jurisdiccional.

El derecho educativo como campo científico descriptivo (Rivera, 2014), carece de fuerza para incidir en modo alguno en la pedagogía contrario sensu del carácter vinculante de la legislación educativa; pero ese carácter descriptivo le permite producir un conocimiento científico del fenómeno jurídico que se manifiesta en el ámbito de la educación, mismo que es de interés para el jurista al enseñar el derecho.

COMPONENTES DE ANÁLISIS

La pedagogía del derecho y las obligaciones del Estado colombiano en materia de protección un análisis con mayor contra el delito de tortura contiene tres componentes para vislumbrar tal como en adelante se desglosa.

FUNDAMENTOS DE LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

El fundamento de la educación en Derechos Humanos, parte de la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, ratificada el 10 de diciembre de 1948 por parte de la Asamblea General de la ONU. Este instrumento, que tiene un alcance universal, reconoce que todas las personas tienen unos derechos humanos fundamentales, que son de aplicación universal, y que además, en virtud de la existencia de una comunidad internacional, todos los gobiernos deben respetar tales derechos fundamentales.

Otra fuente, se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Este es el instrumento internacional que después de la Declaración de 1948 de la ONU, desarrolla una protección en el marco internacional contra el delito de tortura. Es así como en su Artículo 7, prohíbe la tortura y los malos tratos, en los siguientes términos: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos."

En Colombia, este instrumento de derecho internacional fue ratificado el 29 de octubre de 1969 y aprobado por la Ley 74 de 1968. Este Pacto, nace de considerar que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados obligaciones específicas al momento de generar un respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos. Como se consigna en el preámbulo de este Pacto, se comprende que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos.

Los Estados Partes en el Pacto, consideraron al momento de adoptarlo que conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los seres humanos, quienes tienen unos derechos iguales e inalienables, los cuales se derivan de la dignidad inherente a la persona humana.

El Pacto, además vincula el ideal del ser humano libre con el disfrute necesario de las libertades civiles y políticas, así como unos derechos económicos, sociales y culturales. Pero fue en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969, ratificada el 31 de julio de 1973 y aprobada en Colombia por la Ley 16 de 1972, se aprobó la incorporación de normas sobre derechos económicos, sociales y educacionales.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, establece a la Corte Penal Internacional (art. 1) como una institución permanente, con facultades para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional. El estatuto establece que la Corte Penal Internacional tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales tal como la Figura 2 describe el radio de acción de la justicia internacional según lo concibe la ONU.

En cuanto a los delitos o crímenes, sobre los cuales la Corte Penal Internacional ejerce competencia, como se lee en su at. 5.1., esta se limita a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional; es así como en el citado artículo, se menciona al genocidio, los crímenes de guerra, el crimen de agresión y los crímenes de lesa humanidad.

Figura 2. Dinámica de normativa respecto a la Justicia Internacional. Elaboración propia con base en Naciones Unidas (2008).

EDUCACIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el contexto de la concepción del modelo pedagógico en educación de derechos humanos para las Fuerzas Armadas, el Derecho Internacional se constituye como una fuente tanto de obligaciones jurídicas para el estado, como guía para el contenido curricular, el marco de las competencias y el propio diseño pedagógico de la enseñanza-aprendizaje.

El Derecho Internacional tiene incorporación en nuestro sistema jurídico gracias a la figura del bloque de constitucionalidad. Este se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución (Corte Constitucional, 1995).

Normativamente, la figura del bloque de constitucionalidad encuentra su fundamento en la Constitución Política de 1991. Como bien lo expone Arango Olaya (2006), son seis los artículos de la Carta que definen los parámetros de adopción de las normas internacionales en el orden interno. El Artículo 9º, el cual reconoce que "las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia". Este es el principio general que enmarca las relaciones del Estado colombiano con una comunidad internacional que sin embargo, llega a tener una enorme influencia en la configuración de nuestro sistema de fuentes jurídicas.

El Artículo 93, según el cual "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."

El Artículo 94, por su parte, establece que "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos."

En el mismo sentido, el *Artículo 214* constitucional integra las normas del derecho internacional humanitario, al regular los estados de excepción consagrando en su numeral 2 que "No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario." como universales e inherentes a la persona, cuya obligatoriedad va más allá de las contingencias propias del ordenamiento jurídico nacional".

Finalmente, el *Artículo 53,* que preceptúa que "Los

convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna", y El Artículo 102 que dice en su inciso 2 que "Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república".

En los términos de la sentencia C-587 de 1992 de la Corte Constitucional, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se incorporan al bloque de constitucionalidad, situación en la que se encuentran los convenios internacionales referidos a la tortura, y por lo tanto, resulta legítimo invocar dichas normas como parte integrante del sistema jurídico colombiano.

La Corte, posteriormente en la sentencia C-582 de 1999, con ponencia del Honorable Magistrado Alejandro Martínez Caballero, restringe el concepto de bloque de constitucionalidad para entender que no todos los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad sino que, salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción.

Esta figura tiene sentido en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto nuestro marco constitucional es fruto de un proceso constituyente (1991) que recoge un mandato popular (Esguerra, 1996) para elevar a rango constitucional una catalogo generoso de derechos fundamentales, y que también establece una serie de instituciones para garantizar su eficacia, dando pie a la actuación cada vez más activa de los órganos jurisdiccionales para lograr su tutela dando pie a la actuación cada vez más activa de los órganos jurisdiccionales para lograr su tutela (Cepeda, 1991)

Se destaca que "en toda América Latina, el mejor desarrollo jurisprudencial en materia de derechos fundamentales se ha dado en Colombia, donde su Corte Constitucional que ha desplegado una práctica jurisprudencial acorde con tales planteamientos, distinguiéndole de otros países del continente" (Carbonell, 2007). En el caso colombiano, se da la pauta para la incorporación de los derechos humanos establecidos en tratados internacionales al ámbito constitucional nacional, mediante el mandato del *Artículo 93:*

"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

Esta norma, según Arango (2004), consagra la supremacía de los tratados y convenios internacionales en nuestro orden jurídico interno, pero exige que para que el derecho internacional tenga operancia, la necesidad de que los acuerdos internacionales hayan sido «ratificados» por el Congreso.

A partir de la incorporación de dicho texto empieza a generarse el desarrollo de una nueva cultura de protección de los derechos fundamentales, mediante la incorporación de numerosos valores, principios y reglas internacionales. Entonces, el bloque de constitucionalidad implica que son normas constitucionales no sólo aquellas que se encuentran contenidas de manera expresa en el texto de la Constitución, sino también se integran las reconocidas en tratados internacionales de derechos humanos.

Esta figura recoge su nombre en alusión a fallos del Consejo Constitucional francés que desarrolló el "bloc de constitutionalité", consistente en asumir la existencia de un conjunto de normas que sin estar consagradas expresamente en la Constitución, "hacen parte de ella por la decisión de un juez o por expresa disposición del constituyente, con lo que implica que tales normas sean consideradas en sentido estricto normas constitucionales y como tales gozan de supremacía constitucional" (Olano García, 2005).

Este origen de la expresión bloque de constitucionalidad se afirma en algunas de las sentencias de la Corte Constitucional, como la C-225/95, donde de manera textual dice que: "La Corte considera que la noción de "bloque de constitucionalidad", proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los *Artículos 4º y 93* de nuestra Carta".

En efecto, como menciona Nieto (1998), el Preámbulo de la Constitución de Francia hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como textos que son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexequibilidad de la disposición legal controlada.

Arango (2004) refiere al primer acercamiento de la Corte Constitucional en la aplicación de normas supranacionales al orden interno colombiano se da en las sentencias T-409 de 1992 y C-574-92, en donde se estableció que los convenios sobre derecho internacional humanitario tienen carácter prevalente sobre la legislación nacional.

A partir de estas decisiones, la Corte Constitucional

comenzó a interpretar el Artículo 93 constitucional como "la norma que disponía la prevalencia de los tratados o convenios internacionales en el orden jurídico interno, siempre y cuando dichas normas hubiesen sido integradas en la normatividad colombiana a través de la ratificación del Estado, previo análisis de constitucionalidad" (Arango, 2004).

La Corte, también estableció la necesidad de dos supuestos para que se diera la integración de las normas internacionales en el bloque de constitucionalidad, a saber: el reconocimiento de un derecho humano; y b. Que se trate de un derecho cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción (Corte Constitucional, 1993).

La anterior interpretación, dio carácter vinculante a los tratados de Derechos Humanos, con prevalencia sobre el orden interno, interpretación que surge de la protección a la dignidad humana en el derecho internacional a través de las normas ius cogens, de tal modo que tanto los tratados de Derechos Humanos como los convenios de Derecho Internacional Humanitario, son normas de esta naturaleza (Corte Constitucional, 1995).

La Corte con posterioridad precisó el concepto de bloque de constitucionalidad para determinar que de este concepto existe un sentido estricto, el cual se configura por "aquellos principios y normas de valor constitucional que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicho y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción" (Corte Constitucional, 1998).

Por otra parte, el sentido lato del bloque de constitucionalidad "está compuesto por las normas que sirven como parámetro para efectuar el control de constitucionalidad, como la Constitución , los tratados internacionales de que trata el Artículo 93 de la Carta, las leyes orgánicas y en algunas ocasiones las leyes estatutarias" (Corte Constitucional, 1998).

De todo lo anterior, según Arango (2004), se puede concluir que el bloque de constitucionalidad se constituye en tres niveles diferentes, que son: a. Las normas de rango constitucional; b. Los parámetros de constitucionalidad de las leyes; y c. Las normas que son constitucionalmente relevantes en un caso específico.

Mientras que el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, está compuesto por el preámbulo de la Constitución, la propia Constitución, los tratados limítrofes de Derecho Internacional ratificados por Colombia, la ley estatutaria que regula los estados de excepción, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los tratados de derecho internacional que reconocen derechos intangibles, los artículos de los tratados de derecho internacional de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta y la doctrina elaborada por los tribunales internacionales u órganos de control de los tratados de derechos humanos en relación con esas normas internacionales restrictivamente y sólo en determinados casos (Arango, 2004).

LA EDUCACIÓN Y LA PROTECCIÓN CONTRA EL DELITO DE TORTURA

En la historia de la humanidad son frecuentes y

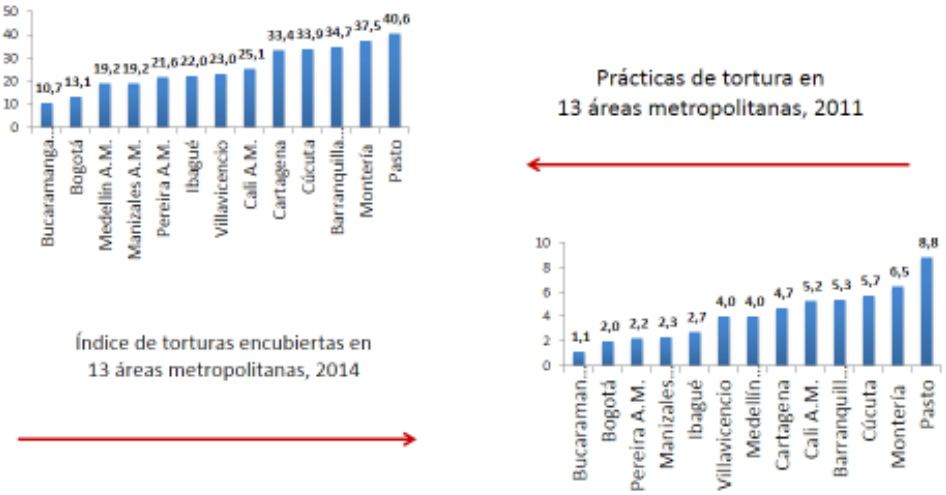


Gráfico 1. Ciudades colombianas con mayores índices de incidencia de crímen de tortura. Elaboración Propia con base en Granados Argote y Rodríguez Fontecha (2011).

diversos los relatos de las prácticas aberrantes de la tortura. Desde la época clásica del Imperio Romano cuando los propietarios romanos de esclavos tenían el derecho absoluto de castigar y torturar a sus esclavos si sospechaban que eran culpables de delitos contra la propiedad, así que los esclavos podían ser torturados porque no tenían honor ni dignidad, como cuenta Aníbal (2011); pasando por la Edad Media, donde se dieron toda clase de atropellos contra aquellos a quienes se consideraba herejes.

Tales prácticas fueron traídas durante la Colonia a América Latina, impuestas por el rey Felipe II en 1570 en México, Lima y Cartagena, ciudades donde se utilizaron máquinas torturadoras como la dama de hierro y la jaula del ratón, entre otras. (Aníbal, 2011)

En Colombia, el panorama reciente en cuanto a casos de tortura, también demuestra la barbarie de la que es capaz la raza humana; tenemos unas cifras según las cuales entre julio de 2003 y junio de 2008, fueron víctimas de torturas por lo menos 899 personas, de las cuales 229 quedaron con vida, 502 fueron asesinadas y 168 fueron víctimas de tortura psicológica (Coalición Colombiana contra la Tortura, 2009). En el Gráfico 1 se refleja la incidencia del crímen de tortura en 13 áreas metropolitanas del país.

Esta realidad parece algo que debe estar fuera del contexto de un gobierno y una sociedad democráticos, lo que lleva a cuestionar sobre las respuestas de la política criminal frente a las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos y a preguntarnos como es el paradigma que da sustento a la política criminal del Estado en esta materia.

Política criminal, que responde a todo un sistema internacional de instrumentos jurídicos, que incluyen normas internacionales como el Artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; igualmente, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975, es otro de los instrumentos jurídicos que tratan de hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todo el mundo.

Pero a pesar de tantos y tan importantes instrumentos jurídicos, según el Informe Alternativo sobre Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes en Colombia 2003-2009, el Estado es el responsable de la mayoría de los casos de tortura.

Recientemente, organizaciones sociales defensoras de derechos humanos en Colombia como la Coalición Colombiana contra la Tortura, han informado en informes y publicaciones que existe en el país un marco de impunidad que ha sido agravado por la aplicación de la Ley 975 de 2005 para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, pues en sus procedimientos se ha invisibilizado la práctica sistemática de la tortura y la violencia sexual por parte de los grupos paramilitares vulnerándose a su vez los derechos de las víctimas de este crimen a la verdad, la justicia y la reparación integral.

Definición de la tortura en los instrumentos internacionales

Este punto es importante para reiterar que, generalmente, los Estados que recurren a la tortura como una de sus prácticas no oficiales, intentan dar de ella una definición limitada, que sólo toma en consideración los aspectos del dolor y el sufrimiento graves de naturaleza física. Pero puede suceder que la persona no sea agredida, y que no se cumpla el criterio de la "intensidad del dolor y el sufrimiento" (en el sentido "físico" solamente) y, por lo tanto, no habría delito de tortura.

Este tipo de argumentación lleva a considerar el delito la tortura, principalmente, como un fenómeno físico. Esto destaca la importancia de las definiciones en los instrumentos internacionales, por cuanto evitan que se acepte el razonamiento erróneo según el cual, si no hay agresión física, no hay tortura.

En cuanto a la definición de la tortura que encontramos en los tratados internacionales, cabe destacar los contenidos en la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes de la ONU (Artículo 1) y en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura (Artículo 2).

Por ejemplo, la Convención contra la Tortura de la ONU, en su art. 1., dice que la tortura consiste en:

"Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas".

Por su parte, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, tiene la siguiente

definición:

"Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo".

Entonces, vemos luego del estudio hecho de las normas nacionales, que se incorpora en su integridad el contenido y el sentido de las normas internacionales de protección contra el delito de tortura, por cuanto se implementa una definición lo más amplia posible, con el fin de encuadrar en ella todas las posibles conductas que lleguen a configurar formas de tortura.

La protección constitucional

De lo que dice la Sentencia C-148 del año 2005 de la Corte Constitucional, es evidente que la política criminal y el derecho penal no se encuentran definidos en el texto constitucional sino que corresponde al legislador desarrollarlos. Es decir, que la Constitución reconoce al Legislador un margen de discrecionalidad para desarrollar la política criminal y determinar o no el establecimiento de delitos y sanciones según la valoración que este haga en el marco de la Constitución.

Lo anterior se compara con lo dicho por la Corte en la Sentencia C-237/97 en la que se señaló lo siguiente:

"El derecho penal, que en un Estado democrático debe ser la última ratio, puede ser utilizado, sin vulnerar la Constitución, para sancionar las conductas lesivas de bienes jurídicos ajenos que se estiman esenciales y cuya vulneración, en consecuencia, debe asociarse a una pena. La Corte, en función de la competencia que le ha sido atribuida, puede valorar la norma atendiendo sólo criterios de razonabilidad y proporcionalidad".

Al respecto podemos notar que la jurisprudencia constitucional ha señalado con especial énfasis la naturaleza del Estado Social de Derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden cabe recordar que no solamente Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana (art 1° C.P.), sino que el Artículo 12 de la Constitución señala claramente por ejemplo que "Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

Con relación a dicho Artículo ha dicho la Corte que este está íntimamente ligado con la afirmación de la dignidad humana como eje del ordenamiento constitucional. Al respecto se tiene que según la Corte:

"El hombre es un fin en sí mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de auto determinarse (C.N. art.16). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como "vida plena". La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorealización individual y social..." (Corte Constitucional, 1992).

Y por consiguiente que:

"La dignidad humana y la solidaridad son principios fundentes del Estado social de derecho. Las situaciones lesivas de la dignidad de la persona repugnan al orden constitucional por ser contrarias a la idea de justicia que lo inspira. La reducción de la persona a mero objeto de una voluntad pública o particular (v.gr. esclavitud, servidumbre, destierro), los tratos crueles inhumanos o degradantes (C.N. Art.12) ... son conductas que desconocen la dignidad humana..." (Corte Constitucional, 1992).

Definición legal de la tortura

En la Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal, en su Título II sobre delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, incluye una definición de tortura en persona protegida, de la siguiente forma:

"Artículo 137. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años."

En el Título III, de los Delitos contra la Autonomía Personal, el Código integra la siguiente tipificación del delito de tortura:

"Artículo 178. El que inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o

confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ocho a quince años, multa de ochocientos (800) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad."

En el Artículo se aclara en su parte final, que no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas.

El antecedente de los anteriores artículos, se remonta al Código Penal de 1980, cuando el legislador estableció el delito de tortura bajo una descripción simple y genérica, con sujeto activo indeterminado y sin fijación de un móvil específico como condicionante de la ejecución de la conducta, de la siguiente manera:

"Artículo 279. Tortura. El que someta a otro a tortura física o moral, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor."

La Corte Suprema de Justicia (1993) por medio de su jurisprudencia, entendió que esta descripción típica del Artículo 279 del Código Penal, carecía de elementos normativos, jurídicos o extrajurídicos y subjetivos para modificar o dar otras connotaciones a esta clase de tortura. Este precepto, luego se modificó, lo que permitió también agravar la pena.

Refirió la Corte en tal ocasión que:

"Referida la tortura a la aflicción corporal, la etimología del vocablo y la acción que de ella se desprende, no permite hacerlo coincidir con la denominada por la ley tortura moral, lo cual significa que esta debe precisarse por vía interpretativa superando el análisis gramatical en cuanto a que la tortura no sólo puede ser física, sino también moral". (Corte Suprema de Justicia, 1993)

Para la Corte, en efecto,

"Esta clase de tortura, quizás por este aparente escollo, suele confundirse con la física al equipararla con los efectos internos que todo mal origina; de ahí que para diferenciarla y concretarla en su exacto contenido, se torna necesario clarificar estos dos aspectos, pues es incuestionable que la ley penal describe dos conductas diferentes". (Corte Suprema de Justicia, 1993)

Posteriormente, el Decreto Legislativo 180 de 1988, con su Artículo 24 subrogó el Artículo 279 del Código Penal ya mencionado. En este Decreto, se consagró la siguiente definición:

"Tortura. El que someta a otra persona a tortura física o síquica, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor".

Esta norma adquirió la naturaleza de legislación permanente en virtud del Decreto Extraordinario 2266 de 1991, concretamente en su Artículo 4. Sin embargo, en una sentencia de la Corte Constitucional, este tribunal superior estimo que la definición del Art. 279 del Código Penal de 1980, que consagra el tipo penal de tortura con sujeto activo indeterminado, se ajustaba a la Constitución Nacional por cuanto la fuerza vinculante de los derechos constitucionales no limita su alcance a deberes de abstención por parte del Estado; por el contrario, esos derechos, entre los cuales está el derecho a no ser torturado, son susceptibles de violación por parte tanto del Estado como de los particulares. Para la Corte, la redacción del tipo penal de tortura tampoco vulneraba el principio de tipicidad y el de legalidad consagrados en la Constitución.

De todos modos, en la posterior legislación penal del año 2000, y de manera consecuente con los preceptos constitucionales y con la misma interpretación de la Corte Constitucional, se incluyó la definición típica de la tortura en el art. 178, estableciéndolo como un comportamiento punible que atenta contra el bien jurídico de la autonomía personal, de la siguiente manera:

"El que inflija a una persona dolores o sufrimientos, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a doscientos setenta (270) meses, multa de mil sesenta y seis punto sesenta y seis (1066.66) a tres mil (3000) salarios mínimos legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad. En la misma pena incurrirá el que cometa la conducta con fines distintos a los descritos en el inciso anterior. No se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas".

A partir de lo anterior, se puede decir que en Colombia se puede cometer el delito de tortura tanto por los servidores públicos como por los particulares, ya sea como forma de obtener información, como manera de infligir castigo, intimidación o coacción, y que también puede derivarse de cualquier forma de discriminación. Pero también puede darse con fines distinto de los descritos, sea por medio de afectaciones físicas o psíquicas.

ARTICULACIÓN ANGULAR

EL PROCESO EDUCATIVO EN LAS FUERZAS ARMADAS

El Sistema Educativo de las Fuerzas Armadas (SEFA) se define como el conjunto de subsistemas y elementos interrelacionados en un círculo virtuoso para formar, capacitar, instruir y entrenar a los integrantes de las Fuerzas Armadas. Los subsistemas son: Subsistema de Gestión de Doctrina (Conjunta, Coordinada, Combinada y de Fuerza). Subsistema de Aseguramiento de la Calidad Educativa. Subsistema de Certificación Militar y Policial. Subsistema de Investigación, Desarrollo e Innovación. Y los elementos son los siguientes: Escuelas, Centros, e Institutos de Formación, Capacitación, Instrucción y Entrenamiento (Ministerio de Defensa, 2013).

Los valores que soportan el proyecto educativo de las Fuerzas Armadas actúan como el conjunto de creencias construidas colectivamente para otorgar estabilidad a los procesos de transformación y cambio. Estos valores, que sustentan la organización y las actividades educativas y pedagógicas que adelantan las Fuerzas Armadas son el Honor, entendido como la consistencia de la esencia moral del ser con los principios que ha prometido defender, respetar y acatar.

Tal como se encuentran en el "Proyecto Educativo de las Fuerzas Armadas" (PEFA), son la Justicia, que consiste en dar a cada quien lo que le corresponde por sus méritos y actos. La Honestidad, como aquel actuar con rectitud, sinceridad, transparencia y legalidad. La Lealtad, entendida como la plena manifestación de fidelidad hacia la verdad, proyectada a uno mismo, la familia, la institución y la patria.

El Valor, que comprende actuar con coraje, arrojo, intrepidez y prudencia para defender el bienestar de la Nación. La Responsabilidad, caracterizada como el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales, así como la asunción y la aceptación de las consecuencias de nuestros actos libres y conscientes.

La Disciplina, consistente en reconocer y cumplir las normas y disposiciones sociales e institucionales. El Respeto, que es la atención digna con que se considera a los demás, trátese de personas, ideas, creencias, tradiciones, cosas o de la naturaleza en su totalidad. El Compromiso, que se traduce en la obligación moral del cumplimiento de los deberes, obligaciones y servicios, con el Estado, la sociedad, la familia y la institución.

La Solidaridad, definida como el sentimiento que lleva a las personas a apoyarse y a ayudarse mutuamente. Finalmente, el Servicio y la Transparencia, que en su orden, se entienden como hacer algo a favor de otra persona, institución o a la sociedad en general, y actuar en el marco de los principios y valores institucionales que garantizan la legitimidad.

En el marco de la Política de Consolidación de la Seguridad Democrática, el ejecutivo realizó una serie de reformas estructurales al interior del Ministerio de Defensa, entre los cuales interesa destacar el proyecto de "Reestructuración de la Educación de la Fuerza Pública", que significó una transformación en el modelo educativo de las fuerzas militares (Ministerio de Defensa, 2008).

Con esta transformación, se redefinió el proceso educativo de las Fuerzas Armadas, el cual se define en el "Proyecto Educativo de las Fuerzas Armadas" (PEFA), instrumento que pretende consolidar una comunidad educativa en el seno de las Fuerzas Armadas, con el desafío para las Fuerzas Armadas de generar conocimiento nuevo, con valoración social, que pueda ser trasmitido y socializado, de la misma manera como sucede en las organizaciones que aprenden (Ministerio de Defensa, 2008).

Según esto, las Fuerzas Armadas deben ser también organizaciones de aprendizaje, de investigación científica y tecnológica, generadoras de doctrina, y sus integrantes deben ser profesionales con excelencia en la formación humanística, y ciudadanos ejemplares orientados al servicio de la comunidad (Ministerio de Defensa, 2008).

De hecho, según las políticas orientadoras del sistema educativo de las Fuerzas Armadas, consisten en transformar a la institución armada en una organización de aprendizaje, por medio de un profundo cambio cultural para desarrollar el paradigma moderno del conocimiento, que se basa en la apertura, en la disposición para experimentar y en la generación de conocimiento propio y pertinente.

En el PEFA, entonces, se definen los fundamentos y el contexto de los procesos educativos al interior de las Fuerzas Armadas, representados los primeros en los principios filosóficos, antropológicos, pedagógicos y didácticos que inspiran la visión y la misión del Sistema Educativo de las Fuerzas Armadas (SEFA); y el contexto, que corresponde a los propósitos e intencionalidades sociales, militares y culturales que informan los procesos jurídicos y normativos.

Como antecedentes, en la historiografía militar colombiana, según autores como Mayra F. Rey (2008), se considera el año de 1907 como el inicio de la profesionalización del Ejército Nacional. Sin embargo, con anterioridad, el Código Militar de 1881 ya había dispuesto la obligación para todos los cuerpos del Ejército de tener una escuela primaria por cada sesenta individuos de tropa, con el fin de impartir la misma instrucción que se daba en las escuelas elementales de la época (Rey, 2008).

En ese entonces, capacitar el cuerpo de oficiales del Ejército era uno de los propósitos principales de las reformas militares durante los gobiernos de

la Regeneración. En ese momento, se pensaba que los individuos de tropa que componían el Ejército debían superar la ignorancia, razón por la que se le encargó a la Iglesia su educación, siendo encomendada esta función a la Capellanía General del Ejército, ratificando la orientación católica en la educación militar (Rey, 2008).

Cuando el 7 de agosto de 1904 llegó a la Presidencia de la República el General Rafael Reyes, el país había sido asolado por la Guerra de los Mil Días, lo que moldeó la necesidad de superar una larga época de guerras civiles. Para lograrlo, el nuevo presidente creía imperativo que se debía dejar de lado las armas destructoras, en aras de lograr que, según sus propias palabras

"[…] empuñemos instrumentos del trabajo que honra y dignifica para la fecunda labor de la industria y en la construcción de las vías de comunicación, cuya falta es el testimonio más patente de nuestro atraso económico e industrial" (Rey, 2008).

Este tipo de disposiciones con respecto al Ejército, evidencian que el Gobierno Nacional siempre tuvo presente la necesidad de fortalecer los cuadros de oficiales a través de su formación en escuelas militares, como uno de los pasos necesarios para lograr el desarrollo de un ejército profesional. Era esta, una necesidad urgente de "levantar el nombre de la profesión militar, y hacer de ella, como es en todos los países, escuela de honor y de fortaleza moral y física en que se forme el carácter nacional", según palabras del general Rafael Reyes en el mensaje presidencial dirigido al Congreso en 1904 (Rey, 2008).

Para los gobernantes de la época, como bien observa Rey, un ejército bien pertrechado era sinónimo de paz, percepción que se encuentra ilustrada en las palabras del Ministro de Guerra de la época, Manuel Sanclemente, quien expresó que: "[…] con ejemplos constantes para estas naciones suramericanas ha enseñado ya la experiencia que cuestan más las guerras que el sostenimiento de un Ejército respetable, mientras se contraen hábitos de pueblos serios y prácticos" (Sanclemente, citado por Rey, 2008).

Si bien la reforma militar de 1907 estuvo orientada a la profesionalización del Ejército, la reforma educativa del 2007 se dirige a la creación de una cultura dentro de las Fuerzas Armadas que fortalezca la capacidad de autorregulación en función de una conciencia éticamente formada. El modelo también privilegia una formación con énfasis en el desarrollo humano para reforzar los principios los valores y las virtudes militares y policiales.

En la actualidad, los desafíos que enfrenta una institución que quiere convertirse en una organización de aprendizaje, tal y como lo plantea la Asociación de Universidades Europeas (CRES 2008), son los siguientes: Experiencia y asunción de riesgos. Seguimiento y evaluaciones. Apertura de espíritu, curiosidad y capacidad de admitir los propios errores. Inclusión de mecanismos que ayuden a resolver problemas: ausencia de satisfacción de sí misma y establecer referencias internas y externas.

El currículo y las competencias

Se concibe el currículo como la función básica de la Escuela en cuanto la caracteriza y la diferencia de otras entidades. Bernstein (1995) citado por Carles Parellada (2010), define el currículo como la mediación que proporciona contenidos y valores propios de una cultura para que los alumnos mejoren la sociedad en que viven en orden a su reconstrucción.

Gimeno (1993), plantea que el currículo "es el eslabón entre la cultura y la sociedad exterior a la institución educativa, y a la educación, genera puentes entre el conocimiento o la cultura heredados y el aprendizaje de los alumnos, entre la teoría (ideas, supuestos y aspiraciones) y la práctica posible, teniendo en cuenta unas determinadas condiciones culturales" (Gimeno, citado por Parellada, 2010). Por lo anterior, se puede afirmar que el currículo es el punto central de referencia en el sistema de la educación y la enseñanza.

El currículo proviene de cuatro fuentes, como bien menciona Parellada (2010). Son de carácter sociológico, origen epistemológico, sicológico y del orden pedagógico. Lo sociológico, hace referencia al conjunto de demandas que la sociedad realiza a un proyecto de formación determinado y tiene por objeto adecuar ese proyecto a las necesidades, valores y expectativas sociales. El origen epistemológico informa el aspecto del currículo que se refiere a todas aquellas características propias de la disciplina que se toman como referente al seleccionar y organizar los contenidos.

En cuanto al carácter sicológico, este considera las concepciones y teorías sobre el desarrollo y el aprendizaje que se toman como referente a la hora de decidir la metodología, la selección y la formulación de los objetivos y la organización de los contenidos. El aspecto pedagógico tiene que ver con las concepciones teóricas que se sostienen acerca de cómo se debe enseñar, tanto en general como en lo que afecta a una determinada materia o contenido.

Las competencias, por otra parte, representan una combinación de atributos (con respecto al conocimientos y sus aplicaciones, aptitudes destrezas y responsabilidades) que describen el nivel o grado de suficiencia con que una persona es capaz de desempeñarlos. Para Gonzci (1997) "la competencia de las individuos se deriva de su dominio, de un conjunto de atributos (como conocimientos,

valores, habilidades y actitudes), que se utilizan en combinaciones diferentes para desempeñar tareas ocupacionales"(Gonzci, citado por Parellada, 2010).

Una competencia debe ser entendida como un elemento que integra aspectos que tienen que ver con conocimientos, habilidades y valores, es decir, abarca aspectos de tipo cognitivo, procedimental y actitudinal interrelacionados en la búsqueda desempeños eficientes en entornos de trabajo asociados a un campo laboral concreto.

El enfoque de competencias, entonces, privilegia el aprendizaje significativo que conlleva a la interiorización de actitudes y aceptación de valores; busca que el estudiante aprenda a procesar información (implica localizar, discriminar, organizar y analizar), así mismo despierta interés por lo que sucede en el entorno, involucrándolo creativamente en el proceso de su propio aprendizaje, por eso el militar podrá saber, saber ser, saber hacer y saber convivir (Ejército Nacional, 2013).

En el PEFA, se entiende el currículo como la construcción cultural y social de los actores educativos y académicos que interactúan en diferentes ambientes formativos. En este plan, se hace énfasis especial en la flexibilidad curricular, como una constante que debe atravesar todos los componentes: Malla curricular, didáctica, evaluación, investigación y administración, de tal forma que se pueda lograr, sin mayores ataduras a modelos o escuelas de pensamiento, aprendizajes individuales e institucionales que asimilen rápidamente los cambios exigidos por el conocimiento, la técnica y la sociedad en su conjunto (Ministerio de Defensa, 2008).

El Sistema Educativo para las Fuerzas Militares, concibe la competencia como "el elemento que integra aspectos que tienen que ver con principios, valores y virtudes militares, conocimientos; habilidades y destreza actitudes o comportamientos; es decir, abarca aspectos de tipo ético, cognitivo procedimental y actitudinal, interrelacionados en la búsqueda del desempeño eficientes en entornos relacionados con la profesión militar. Desde esta perspectiva la competencia es integral e integradora (Ejército Nacional, 2013).

En el sistema, los objetivos de aprendizaje se enmarcan en términos del logro de competencias, que hoy en día son una necesidad en todos los procesos de formación. Los objetivos se determinan como conductas que se pueden medir y observar y que el estudiante debe evidenciar en la evaluación.

CONCLUSIONES

1. Los sistemas educativos, en cualquier ámbito, necesariamente deben incorporar prácticas pedagógicas directamente relacionadas con sus objetivos, los cuales se deben relacionar integralmente con las competencias y con el currículo, el cual debe ser al mismo tiempo origen y fin de la construcción cultural y social de los actores educativos y académicos que interactúan en el ámbito formativo.

2. Todo modelo pedagógico, necesariamente, adopta una postura frente al currículo, en cuanto a sus propósitos, contenidos y secuencias, lo cual termina dependiendo de unos determinados valores que le dan soporte al proyecto educativo. Este conjunto de valores, se traducen en creencias que son construidas colectivamente y que otorgan estabilidad a los procesos de transformación y cambio que pretende la educación.

3. Estos valores, sustentan tanto la organización y las actividades educativas y pedagógicas que adelantan las instituciones, como en este caso, las Fuerzas Armadas. Tal identificación con unos valores esenciales, se hace más nítida en el marco del nuevo paradigma del desarrollo humano, ya que propone la concepción del desarrollo de un individuo como un proceso de ampliación de sus capacidades, lo que necesariamente integra una visión holística, en la cual es posible impregnar unos valores intrínsecos.

4. Es de destacar que desde el enfoque del desarrollo humano, y las capacidades humanas, la educación se entiende como un derecho fundamental. Entonces, al aplicar este enfoque en particular, los valores del sistema educativo se convierten en elementos instrumentales que contribuyen al bienestar colectivo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fuentes académicas

- Alsina, Miguel Rodrigo (1995). Los Modelos de la Comunicación. Madrid (España): Editorial Tecnos.
- Aníbal Guerra, David de Jesús; Ruiz Gómez, Gladis (2011). El delito de tortura en la legislación colombiana y su contraste con la normatividad internacional, en Revista Justicia, No. 19 - pp. 193-216 - Junio 2011. Barranquilla: Universidad Simón Bolívar.
- Arango Olaya, Mónica. (2004) El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. En PRECEDENTE, 2004. Diciembre, 2006. p. 79-102.
- Arce Gómez, C. (2002). Derecho educativo. (1ª edición). San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia.
- Astolfi, Jean. (2001). Conceptos clave en la didáctica de las disciplinas. Ed. Diada.
- Bachelard, Gastón. (1984) La formación del espíritu científico, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires.
- Calvino, Italo. (1994) ¿Por qué leer los clásicos? 2a ed. México: Tusquets, 1994.
- Coalición Colombiana contra la Tortura (2009) Informe Alternativo sobre Tortura, Colombia 2003-2009.
- Colombia. Ejército Nacional (2013) Proyecto Educativo Institucional - PEI, Jefatura de Educación y Doctrina, Abril de 2013.
- De Hostos, E. M. (1991) Ciencia de la pedagogía. Nociones e historia. (1ª edición). Rio Piedras: Instituto de Cultura Puertorriqueña, Editorial de la Universidad de Puerto Rico.
- De Zubiría, J. (2006) Los Modelos Pedagógicos: Hacia una pedagogía dialogante, Bogotá: Segunda Ed., Editorial Magisterio.

▪ (1999) Las Vanguardias Pedagógicas en la Sociedad del Conocimiento: de la escuela nueva al constructivismo, Bogotá.
▪ Díaz, F. y Hernández, Gerardo (2002). Estrategias docentes para un aprendizaje significativo. Una interpretación constructivista. México.
▪ Díaz Alcaraz, F. (2002). Didáctica y currículo: un enfoque constructivista. (1ª edición). Cuenca, España: Ediciones de la Universidad Catilla-La Mancha.
▪ Delors, Jaques et al. (1996). La Educación Encierra un Tesoro. Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la Educación para el siglo XXI. París, 1996.
▪ Duncan, Kennedy (2012). La enseñanza del Derecho. Buenos Aires: Siglo XXI Editores
▪ Fermoso, P. (1994). Introducción epistemológica. Concepto de teoría y filosofía de la educación. En Brenes, E.; Et. Al. Teoría de la educación. (1ª edición). San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia.
▪ Fix-Zamudio, Héctor (2004). Metodología, docencia e investigación jurídicas. México: Porrúa.
▪ Gómez Agudelo, Guillermo Alfonso (2008). La pedagogía tradicional en las facultades de Derecho en Colombia, Revista Via Iuris, Número 5, Julio-Diciembre, 2008, p. 105-109.
▪ Gómez Hurtado, Manuela; Polanía González, Néstor Raúl (2008). Estilos de enseñanza y Modelos Pedagógicos, Maestría en Docencia. Bogotá: Universidad de La Salle.
▪ González, F. (2003). Cultura judicial y enseñanza del Derecho en Chile. Colección Informes de Investigación, volumen N° 14: p. 24, 2003. Chile: Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales.
▪ Hallivis Pelayo, M. (2002). La enseñanza del segundo curso de derecho administrativo. En Rojas, V. M.; Et. Al. La enseñanza del derecho en la universidad iberoamericana. (1ª edición). México: Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.
▪ Hernández Rojas, Germán. (2005). El aprendizaje basado en problemas. En: Enfoques pedagógicos y didácticas contemporáneas. Colombia: Fundación Internacional de Pedagogía Conceptual, Segunda reimpresión.
▪ Klimenko, O. (2010). "Reflexiones sobre el modelo pedagógico como un marco orientador para las prácticas de enseñanza", en Revista Pensando Psicología, vol. 6, núm. 11.
▪ Lakatos, Imre (1983). La metodología de los programas de investigación científica. Madrid: Ed. Alianza.
▪ López, A. (1997). Iniciación al análisis de casos, una metodología activa de aprendizaje en grupos. Bilbao (España): Ediciones Mensajero, S. A.
▪ Martínez, A. y Musitu, G. (1995). El estudio de casos para profesionales de la acción social. Madrid: Narcea, S.A. de Ediciones.
▪ Max-Neef, Manfred; Elizalde, Antonio y Hopenhayn Martín (2000). Desarrollo a escala humana: una opción para el futuro, Biblioteca CF+S, Santiago de Chile.
▪ Mazeaud, Henri. (2012). Métodos de trabajo, Ed. 2001 de Denis Mazeaud, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Oswaldo PÉREZ (trad.).
▪ Mockus, Antanas et. Al. (1988). Las fronteras de la escuela. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
▪ Moreno, H. (comp.) (2003). Modelos Educativos Pedagógicos y Didácticos Vol. II., Ediciones SEM Servicios Editoriales Del Magisterio. Compilación. Segunda Edición. Bogotá, D.C. Colombia. Enero 2003.
▪ Mucchielli, R. (1970). La dinámica de los grupos. Madrid: Ibérica Europea de Ediciones.
▪ Naciones Unidas (2008). Situación de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados, Asamblea General Consejo de Seguridad Sexagésimo tercer período de sesiones Sexagésimo tercer año Tema 76 del programa, A/63/467–S/2008/636, 6 de octubre de 2008, Montreux.
▪ Ogliastri, E. (1998). El método de casos. Serie cartillas para el docente ICESI. Cali (Colombia): Publicaciones del CREA.
▪ Olivos, C. (2000). Los obstáculos al cambio en la enseñanza del Derecho. Revista del
Abogado, volumen N° 20: pp. 10-13.
▪ Ortiz Ocaña Alexander, (2005). Modelos pedagógicos: hacia una escuela del desarrollo integral. Barranquilla (Colombia): Centro de Estudios Pedagógicos y Didácticos. CEPEDID.
▪ Parellada Enrich, Carles. (2010). La pedagogía sistémica: un nuevo paradigma educativo. Artículo para la Asociación Española de Constelaciones Familiares – Bert Hellinger.
▪ Pérez, J. (1992). La enseñanza del Derecho en Estados Unidos. La Filosofía del Derecho en EE.UU.: Problemas actuales, Doxa, volumen N° 12: pp. 41-93.
▪ Piaget, Jean (2001). Psicología y Pedagogía. Barcelona: Ed. Critica.
▪ Picado Godínez, F. M. (2006). Didáctica general. Una perspectiva integradora, (1ª edición). San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia.
▪ Popper, Karl (1973). La lógica de la investigación científica. Barcelona: Editorial Tecnos.
▪ Ramírez Bravo, R. (2008). La pedagogía crítica. Una manera ética de generar procesos educativos, Rev. Folios, No 28, Segundo semestre de 2008, pp. 108-119.
▪ Rivera Ayala, L. A. (2014). Relación epistemológica entre Pedagogía, Didáctica y Derecho, Revista de Educación y Derecho. Número 9. Septiembre 2013 – marzo 2014.
▪ Sánchez, Nelson; Barragán, Disney; Torres, Alfonso (2011). Modelo pedagógico de educación en derechos humanos para la Defensoría del Pueblo. Defensoría del Pueblo, Bogotá.
▪ Sen , Amartya (2002). Proyecto regional de educación para América Latina y el Caribe. Santiago de Chile.
▪ Ugarte, C. y Naval, Concepción (2003). Propuestas metodológicas para la educación en derechos humanos en los textos de las Naciones ▪ Unidas y la Unesco. Almería: IV Congreso Internacional de Psicología y Educación.
▪ Uprimny, Rodrigo (1992). La dialéctica de los derechos humanos en Colombia. Bogotá: Fundación Universitaria Autónoma.
▪ Witker, Jorge (1985). Técnicas de la enseñanza del derecho, 4ª. Ed. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Editorial PAC.
▪ Zabala, Antoni (1990). Enfoque globalizador y pensamiento complejo. Una respuesta para la comprensión e intervención en la realidad. Ed. Grao, Barcelona.

Fuentes digitales

▪ Cárdenas Méndez, M. E. (2007). Ensayo sobre didáctica y pedagogía jurídicas. En Cienfuegos Salgado, D.; Et. Al. Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. La enseñanza del derecho. (1ª edición). México: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2406/9.pdf
▪ Colombia. Ministerio de Defensa Nacional (2008) Proyecto Educativo de las Fuerzas Armadas-PEFA, disponible en http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/estrategia_planeacion/desa_capital/Pagina/PEFA_FINAL.pdf
▪ Rambla, Xavier; Saldanha-Pereira, Rosangela; Espluga, Josep Lluís (2013) La educación y las dimensiones del desarrollo humano en América Latina Papeles de Población, vol. 19, núm. 75, enero-marzo, 2013, pp. 1-25 Universidad Autónoma del Estado de México Toluca, México, Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11226433008
▪ Rey Esteban, Mayra F. (2008) La educación militar en Colombia entre 1886 y 1907, en Revista Historia Crítica, No 35- Enero - Junio 2008, pags. 150 – 175, disponible en http://historiacritica.uniandes.edu.co/view.php/534/1.php#*
▪ Serna, J. (2004) Apuntes sobre las opciones de cambio en la metodología de la enseñanza del derecho en México. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII, volumen N° 111: pp. 1047-1082, 2004. México. Disponible en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2406/9.pdf

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

▪ Caso Caballero Delgado y Santana. (1995). Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995 proferida al Estado colombiano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
▪ Caso Las Palmeras. (2001). Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90 proferida al Estado colombiano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
▪ Caso 19 Comerciantes. (2004) Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109 proferida al Estado colombiano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
▪ Caso Masacre de Mapiripán. (2005). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134 proferida al Estado colombiano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
▪ Caso Gutiérrez Soler. (2005). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132 proferida al Estado colombiano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

▪ Caso Masacre de Pueblo Bello. (2006). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140 proferida al Estado colombiano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
▪ Caso Masacres de Ituango. (2006). Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148 proferida al Estado colombiano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
▪ Caso Escué Zapata. (2007). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165 proferida al Estado colombiano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
▪ Caso Valle Jaramillo y otros. (2008). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192 proferida al Estado colombiano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CITAS

[1] El presente artículo de investigación es presentado como opción de grado para optar al título de Msc. en DD.HH. Maestría en Derechos Humanos de la Escuela Superior de Guerra, siendo producto del proyecto de Investigación

[2] Información emanada en el año 2014 con base en el trabajo asumido por este Centro de Memoria.

[3] Los datos registran 1.834 personas como víctimas de tortura en Colombia, de la cuales 422 quedaron con vida y 1.148 fueron asesinadas. De ese total, 264 son consideradas víctimas de tortura psicológica. Las cifras presentadas por la Coalición también incluyen más de 63 mil denuncias de amenazas contra la vida e integridad personal, especialmente de las personas en situación vulnerable. Los informes de los procesos de Justicia y Paz con los paramilitares desmovilizados también reportan 773 casos de tortura directa y más de 500 mil víctimas de violencia sexual. A eso se suman los cinco millones de desplazados reportados por las mismas autoridades gubernamentales, en los últimos 25 años.

ADOLESCENTES NI. NI. NI MENORES, NI JÓVENES, NI CONFLICTIVOS, NI LOCOS INFANCIA, ADOLESCENCIA Y CUESTIÓN PENAL.

GERMÁN DARÍO MARTÍN
germandariomartin@yahoo.com.ar

Y fue así de golpe, yo abrí medio dormido y me miró [1]*:*
"vos que vivís en esta casa seguramente pudiste darle a tus hijos todo lo que mi papa no pudo darme y quería que sepas que cuando uno arranca de chiquito con cinco hermanitos sin juguetes y consejos y todas las responsabilidades de conseguir un par de monedas como sea para morfar por lo menos de noche con fiebre en el corazón y sin remedios que curen es jodido que me Pidan que actué como los que tienen en vida porque yo desde que me acuerdo estoy muerto"
No me pidió nada y se fue.
Poema "Diario": MEDRANO, Marcelo. Neuquén.2.013

"En el estado normal de las sociedades implica la enfermedad de los individuos, un cierto índice de mortalidad; como un cierto índice de criminalidad es indispensable para la salud colectiva" Durkheim, Emile.
Las narraciones, dice Michel de Certeau, anteceden "las prácticas sociales en el sentido de abrir un campo para ellas". [2]
PIRES DE CALDEIRA, Teresa, "Ciudad de Muros". 2007.

INTRODUCCIÓN

Niñez y cuestión penal

Debo comenzar con aclaraciones, la primera es que la invitación a escribir siempre es una oportunidad para recuperar, aggiornar o modificar textos e ideas que tenemos desorganizadamente. Por ello, lo que presento a continuación, son reflexiones inconclusas, inestables o comienzos posibles, que propongo como una conversación escrita.

La segunda aclaración es metodológica, la bibliografía citada, tal vez a simple vista abundante, se explica en tanto responde a tres sentidos o propósitos además de la cita textual. El primero es la de apuntar que en el caso concreto se trata de una lectura personal e indicar su influencia teórica, el segundo como invitación y guía para que el lector pueda profundizar lo propuesto en el artículo, y el tercero la de ofrecer y disponer del material utilizado a los lectores que lo soliciten para un intercambio bibliográfico.

En una primera aproximación, adolescencia y cuestión penal resulta ser un tema que excede enormemente los límites y las texturas jurídicas, requiriendo una colaboración, cooperación y perspectivas ineludibles de otras ciencias como la sociología, la historia, lo antropología, la etnografía, la psicología, la política y aun las ciencias médicas.

Me atrevo a decir, que lo "jurídico/normativo" debería ser solo una de las herramientas de una mirada multi o transdisciplinaria. Más aún cuando la cuestión jurídica/normativa tiene la dimensión de lo penal. Es decir la incorporación de violencia y castigo, de la "distribución estatal de dolor" según la gráfica expresión de Nils Christie.

1 Libro Vagabundeos, Poema "Diario" de Marcelo Medrano. Poeta y volante, creativo en ambas disciplinas.

pag.35.

2 Ciudad de Muros.2007. Teresa Pires de Caldeira. Gedisa. Pag.33.

La temática de niñez y el sistema penal (subsistema normativo, agencias judiciales, agencias de control) es una materia subestimada en el análisis, por lo cual sus espasmódicos acercamientos sociales al tema suelen ser simplistas, superficiales y estigmatizadores de lugares y grupos. No obstante, el sistema penal adolescente su derecho, su proceso, su teoría y su sociología3 se encuentra en la actualidad en un momento muy interesante de construcción teórica y disciplinaria especializada e independiente.

Estas breves líneas pretenden, justamente, "pensar" la niñez y la cuestión penal desde nuestras prácticas y discursos, pero para incidir en nuestras prácticas y discursos. La línea de trabajo, entonces, posee una agenda marcadamente activista y deconstructivista como genealogía del presente.

Ello en dos frentes, por un lado, la línea de deconstrucción del paradigma tutelar a uno convencional o de protección y por otro una línea más

novedosa y superadora de la anterior que tiene que ver con la interpelación y deconstrucción del derecho penal de adultos y la búsqueda de un sistema penal especializado. Durante el artículo me referiré a ellas como primera línea y segunda línea de deconstrucción respectivamente

La primer línea de deconstrucción, ya es casi un mainstream en nuestros días, se trata de toda la producción científica realizada previa 4 pero fundamentalmente posterior a la Convención Internacional sobre los Derecho del Niño (1989) que trata de desandar el camino "tutelar" 5. Esta corriente tiene como agenda la deconstrucción del paradigma tutelar con particular atención a la separación conceptual e institucional de las dimensiones civiles y penales de la infancia y la adolescencia apelando, particularmente, al reemplazo de la estructura jurídica que la sostenía. La propuesta, de esta primera línea, será entonces la mudanza normativa y desde esa perspectiva ha logrado sus propósitos.

Es así que nos encontramos en Latinoamérica actualmente con leyes de protección de la infancia que receptan los postulados del derecho internacional de los derechos humanos.

Sintetizando esta línea entiende que el sistema penal adolescente, es solo el derecho penal de adultos (mal dicho "general") aplicado diferencial e, indulgentemente, a niños, niñas y adolescentes.

La segunda línea de trabajo, se ubica pos convencionalmente y entiendo asume este último desafío; superando la dicotomía tutelar/protección comenzando a pensar que no alcanza con un juzgamiento penal independiente para los adolescentes con el mismo sistema normativo, axiológico, ideológico y

3 Cuando me refiero a "sistema penal", pienso en ese complejo entramado de normas, leyes, instituciones, prácticas y personas vinculado al delito y su control siendo transversal a los tres poderes del Estado. Entre ellos pienso en el derecho penal y procesal penal, a la criminología, a la dogmática penal, a la justicia penal y sus operadores, a la policía especializada, a los dispositivos e instituciones del poder ejecutivo que intervienen con adolescentes, entre otros.

4 Un texto pre convencional paradigmático de esta línea es el libro: "Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores" del argentino Raúl Horacio Viñas de 1983 (Ed. Ediar). Se destaca también de esta época las Reglas de Beijing sobre Justicia de Menores de Naciones Unidad de 1985.

5 La obra fundamental y fundante de esta corriente es Los Salvadores del Niño o la invención de la delincuencia

De Anthony Platt, publicada en ingles1969 y en castellano por Ed. Siglo XXI en 1982. En Argentina uno de los autores más destacados de esta corriente es Emilio García Méndez. Un texto importante en Latinoamérica fue

Infancia, adolescencia y control social en América latina de 1989 una Edición del Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre el delitos y la Justicia –UNICRIInstituto Latinoamericano de las naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del Delincuente –ILANUD.

También todo el soft law y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sigue esta línea teórico de adultos. Gráficamente entre las líneas existen una relación continuidad o de intensidad, más que una relación de dicotomía o paralelismo.

La autora más prolífica en esta segunda línea es la argentina Mary Beloff.

6. Los antecedentes de esta segunda línea de deconstrucción se remontan al origen mismo del derecho penal.

Si retrocedemos hasta los umbrales del derecho

penal moderno, ubicándonos en el siglo XVIII, vemos que se produce teórica y Normativamente en un marco filosófico marcado por el contractualismo, con pensadores como Montesquieu, Rosseau, Locke, los cuales plantearon los principios generales del derecho penal al que aspiraban. Pero es Cesare Beccaria, con su "De los delitos y de las penas" de1764

7 quien acoge, más o menos sistemáticamente, las ideas iluministas al ámbito del derecho penal, las cuales se mantienen hasta la actualidad.

Estas ideas contractualitas y del iluminismo penal se basaban, como toda teoría política, en un modelo de hombre, de sociedad y de Estado.

Deteniéndonos en el modelo de hombre que subyace en toda esta construcción teórica/ normativa es fácil observar, en su faz práctica, que se refiere a un modelo particular de varón, blanco, adulto, propietario, católico y europeo. Basta leer la declaración francesa de los Derechos del Hombre, la declaración de Independencia de EEUU y la obra de Beccaria para observar esta homogenización.

El derecho penal así concebido nace necesariamente totalizante y muy poco permeable a las

Diferencias. El derecho penal totalizante trata como iguales a quienes no lo son, trata a todos/as como varones y adultos

8 .Ahora bien, ¿quién o quiénes han quedado evidentemente afuera de esta, homogénica y totalizante, concepción? ¿A quiénes se trató de invisibilizar con este derecho penal? Obviamente a las mujeres y a los niños, ambos comparten esta historia de invisibilización. Pero eso no es solo historia, es presente.

Toda la concepción normativa y práctica actual del sistema penal tiene una fuerte vocación varonil y adulta 9. Es una lucha de largos años – desde mediados de los "60las que lleva a cabo las mujeres para ser reconocidas en sus diferencias frente al ámbito penal.

En el espacio de los niños y adolescentes la perspectiva especializada es incipiente y dificultosa porque todo lo construido, desarrollado, teorizado y evolucionado del derecho penal, reitero, es solo derecho penal de adultos (y varones). La invisibilización de la adolescencia no significa desinterés o no intervención estatal, sino que se trata de un mecanismo retórico, que enmascara la real intervención, en la etapa etaria estudiada.

Este artículo pretende aportar al desvelamiento de lo que se esconde detrás de los eufemismos construidos alrededor de la cuestión penal de la infancia y la adolescencia en el marco de la segunda línea de deconstrucción.

6 Una síntesis actualizada de su pensamiento y postura puede verse en "Argumentos para una discusión

Pendiente acerca del futuro de la justicia juvenil en la Argentina". 2012

7 De los delitos y de las penas. C. Beccaria. Colección Grandes Pensadores. Ed. Lozada.2004.

8 Sobre la construcción del paradigma penal y en particular de los derechos humanos se puede consultar el libro

"La invención de los derechos humanos". Lynn Hunt. Capítulos 3 y 4. Ed. Tusquets. 2010.

9 Debemos resaltar el documento "Declaración de derechos de la Mujer y de la ciudadana" de 1791 que redactada por Olympe De Gouges como protesta por la exclusión de las mujeres de la Declaración de 1789, este documento nunca fue aprobado por la Asamblea francesa y ha tenido muy poca difusión.

Ni menores.

Sobre las ideas que subyacen – en realidad es bastante evidente,

Respecto de la significación de rotular a un niño/a con la etiqueta de " menor" se ha escrito bastante y fueron unas de las primeras luchas

Discursivas de la primera línea deconstructiva del modelo tutelar o de la situación irregular 10. Sintéticamente el paradigma tutelar, frente los desafíos de las primeras grandes urbanizaciones o en

Argentina a partir de la inmigración no querida y de la aparición de la denominada "cuestión social"

11 comienza a desarrollarse la idea de que el Estado –previamente era una actividad privada debe hacerse cargo de la infancia desvalida. En nuestro país tiene su preciso origen cronológico con la Ley de Patronato de la Infancia Nº 10.903 de 1919.

En términos generales, se trata de un modelo paternalista, ternurista de crueldad bondadosa

12 pero que con efectos prácticos de control social formal y duro y generalmente en prácticas de encierro.

13. Esta norma se completa con la "Ley" 22.278 de la última dictadura militar aun vigente que regula el denominado "Régimen Penal del Menor".

Se construye así una asimilación de los niños "abandonados material o moralmente" a los niños infractores de la ley penal con un común denominador jurídico de "menores". Una clasificación de la infancia avalada jurídicamente y cargado de significación social generalmente peyorativa o lastimosa.

Es decir, existirían "los menores" por un lado y los niños por otro. Los primeros eran las personas menores de 18 años, es decir niños pero sin familia, los pobres, los excluidos de la educación, en situación de abandono y de calle, las excepciones, los anormales, los que están "en conflicto con la ley"; por lo tanto peligrosos y delincuentes. Nos encontramos, además que los menores son incompletos, incapaces y, cosificación mediante, objetos de intervención y disposición estatal sin interesar si se trata de una intervención penal o tutelar.

10 Sólo por nombrar algunos trabajos: La invención del menor. Representaciones, discursos y políticas públicas de menores en la ciudad de Buenos Aires, 1882/1921.Tesis de Maestría.2007; también Los hijos de los pobres. La imagen de la infancia desde el siglo XII, Hugo Cunningham.

11 "Aproximaciones científicas a la cuestión del delito infantil en la argentina. El discurso positivista en los archivos de Psiquiatría, criminología y ciencias afines (comienzos del siglo XX)" de María Carolina Zapiola, en Historias de la cuestión criminal en la Argentina de Maximo sozzo (Coord.) Ed. Del puerto.2009.

12 "La crueldad bondadosa. Sobre las formas no penales del castigo para la niñez y adolescencia en la Provincia de Buenos Aires", Julián Axat. 2011.

13 La postura más radical de esta posición fue la ¿irónica? " modesta propuesta" inglesa de " paternalismo caníbal" de Jonathan Swift de comienzos del Siglo XVIII, " Todos estarán de acuerdo en que este prodigioso número de niños en los brazos o en las espaldas o tras los talones de sus madres y frecuentemente de sus padres es, en el deplorable estado actual del reino, un muy grande agravio adicional; y, por lo tanto, cualquiera que descubra un método equitativo, barato y fácil para logar que estos niños se conviertan en miembros útiles de la comunidad merecerá que el público le levante un monumento por haber preservado a la nación" esa era la tierna preocupación y la propuesta era: Un muy bien informado americano conocido mío en Londres me ha asegurado que un niño de un año bien alimentado es una comida deliciosa, nutritiva y sana, sea guisado, asado, al horno o hervido y no tengo duda que servirá también como fricasse o como ragout. En nuestra ciudad de Dublín podrían establecerse carnicerías a tal fin en los lugares más convenientes y a los carniceros se le podría asegurar que no tendrán que esperar aun que recomendaría más bien comprar a los niños vivos y aliñarlos calientes con el cuchillo como hacemos cuando asamos cerdos" .

"Desde la "modesta propuesta de J. Swift hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños. Filosofía, política y derecho de Ernesto Garzón Valdés Universidad de Valencia 2001. Pág. 731.

Contrario sensu, los niños son todos los demás personas menores de 18 años, los normales, los nuestros, lo que no están en conflicto con la ley.

Para el modelo tutelar que una persona sea menor o niño o adolescente, no es un dato etario o biológico, sino que significa si está o no en conflicto con la ley o en situación de calle. Si se encuentra "en conflicto con la ley penal" es menor. El calificativo determina el sustantivo, lo accesorio a lo principal.

La definición socio/jurídica de una situación o de un grupo de personas determina, habilita, es funcional o legitima, como veremos con los términos jóvenes, conflictivos y locos, siempre una intervención estatal. Por ello desde este paradigma no sorprende que la intervención concreta exceda aun la ideología penal de la retribución (art. 1 "ley" 22.278).

La primera línea de deconstrucción , concentrada en desmantelar el panorama presentado por el paradigma tutelar, observa como una garantía y una conquista progresista la aplicación del derecho penal de adultos a la mayor cantidad de personas menores de 18 años.

Ni Jóvenes

En el proceso de deconstrucción del paradigma tutelar descubrimos y aprendimos el valor simbólico, axiológico y discursivo que el vocabulario tiene en el tema que estamos abordando. Y también que el cambio de un "paradigma tutelar" al "paradigma de la protección" no significó necesariamente un corte claro y definitivo de un lado hacia otro desde punto de vista teórico, normativo, ni siquiera territorial.

Mary Beloff nos habla de que, en realidad, hay continuidades y discontinuidades entre un paradigma y el otro 14.

Entre las "continuidades", encontramos la utilización del término "juvenil" para referirse a las cuestiones penales de personas menores de 18 años que universal y jurídicamente son niños 15. Encontramos que es usual el uso de la denominación "Joven/es" 16 aun cuando esa denominación no identifica a un grupo etario en forma precisa.

Como grupo de personas "jóvenes" es muy laxo y no existe consenso en su delimitación etaria, política, biológica o jurídica. Según cierto consenso internacional al respecto 17, la etapa de la juventud correspondería a las edades entre 15 y 24 años. Por ejemplo para la Organización Mundial de la Salud, "juventud" comprende entre los 10 y 24 años. La Constitución neuquina diferencia claramente a los dos grupos etarios en los artículos 47 (Niñez y Adolescencia) y 48 (Juventud) para mayores de 18 años.

Esta situación de ambigüedad y ampliación etaria, además de la falta de precisión, tiene múltiples efectos nocivos.

14 Modelo de la protección integral del derecho del niño y la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. Justicia y derechos del niño. Nº 1. Ed. UNICEF.1999.

15 Art. 1 Convención sobre los derechos del Niño de Naciones Unidas.1989.

16 De hecho la Fiscalía neuquina especializada se denomina Fiscalía Penal Juvenil, y aun más insólito resultan los Tribunales Penales de la Juventud también en Neuquén. Los pocos trabajos de sociología del delito

También toman la franja etaria 14/24 (Inseguridad social, jóvenes vulnerables y delito urbano. Ed. Espacio.2012).Una posible explicación de la palabra "juvenil" podría ser que se trata de una traspolación a nuestro país de la literatura criminológica anglosajona que utiliza habitualmente y desde principios del siglo XX las denominaciones juvenile justice, juvenile deviance y juvenile crime.

17 Proyecto de Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes. Disponible en www.oij.org.

En primer lugar, tiene un impacto negativo en los medios de comunicación, tan presente en esta temática, en tanto identifican como delito juvenil o jóvenes delincuentes, a personas generalmente mayores de 18 años. Ello amplía objetivamente –al ampliar la edad, la cantidad de delitos cometidos o imputados a jóvenes y afecta subjetivamente la sensación y percepción social frente a los hechos delictivos atribuidos a niños y adolescentes 18. Concretamente, muchos de los hechos delictivos que los medios de comunicación masivos identifican como realizados por "jóvenes" son cometidos por personas adultas 19. En segundo lugar, la utilización habitual de la palabra Juvenil en los medios permitiría evitar los mandatos convencionales (Art. 40, inc. 7 CDN) de protección de la identidad de los niños y adolescentes involucrados en situaciones de delito. Ello y sin extenderme en el análisis que requiere la teoría del labelling, refuerza el estereotipo criminal, el estigma personal y el temor social del / al "pibe chorro" 20.

Se trata, entonces, de un efecto expansivo y reaccionario, porque no es que se extiendan las garantías legales de plus protección (CDN) del adolescente hacia los jóvenes de abajo hacia arriba sino que tiende a contaminar procesalmente de arriba –adultos hacia abajo –niños y adolescentes.

En tercer lugar, el término "juvenil", además de arbitrario, comparte con la idea de "menor" el pensamiento segmentador de la infancia, es decir, no se trata de niños, niñas y adolescentes, sino que en este caso, algunos de ellos serán "jóvenes".

En cuarto lugar la categoría "juvenil" si bien vaga tiende a adultizar – e invisibilizar un tramo de la trayectoria vital "la adolescencia" 21 lo cual es realmente un inconveniente a la hora de tener una visión de la problemática. Aún frente a hechos reprobables, nunca dejan de ser adolescentes con todo lo que ello significa desde el punto de vista biológico, psicológico, cultural y social 22: un campo transicional, de ensayo y error, experiencias, juegos a ser "como si", tanteos, vacilaciones, respuestas e identificaciones a partir del cual el sujeto irá construyendo las bases para la consolidación de la identidad 23. Relativizando la situación tan fuerte e intensa que significa el proceso de adolescencia en un contexto de sociedad de consumo, individualista, hedonista, de herencia cultural neoliberal y el impacto que ello tiene en el ámbito penal 24. Este tipo de definición de la adolescencia tiene claramente una orientación de política criminal, ya sugerida en la Regla Nº 1.2 de Beijing cuando

18 Es casi una constante, aun cuando hay una tendencia hacia la baja, que la participación de los adolescentes representa entre el 4 y 5 por ciento del total de los delitos denunciados. Algunos ejemplos estadísticos se pueden ver en Estado e Infancia. Más derechos, menos castigo. Perla Benegas Coord. 104. ed. Publifadecs2011. Para un estudio comparado ver Mitos sobre la participación adolescente en el delito y la violencia. DNI Internacional. Sección Costa Rica.

19 Crímenes y Pecados: de los jóvenes en la crónica policial. Pag. 67. Leonor Arfuch. Ed. UNICEF.2000.

20 Para un mayor desarrollo, de la Teoría de Labelling o del etiquetamiento ver Outsiders. Hacia una sociología de la desviación. Howard Becker. Ed. Siglo XXI.2009. Estigma. La identidad deteriorada. Irving Goffman.

Ed. 2010. Ed. Amorrortu. Me refiero aquí al texto: Los pibes chorros. Estigma y marginación. Daniel Migues. Ed. Capital Intelectual. 2010.

21 Tal vez no sea necesario pero una vez más debemos decir que etimológicamente la palabra adolescente y adolescencia no tiene ninguna vinculación con la palabra "adolecer" o que " adolece de algo" o que "padece una enfermedad" sino que se vincula a una persona " en el periodo de crecimiento" o " en desarrollo" .

22 Adolescencia: del goce orgánico al hallazgo del objeto. Susana Estela Quiroga. Eudeba.1999.

23 Cita tomada del Proyecto de Atención a Adolescentes. Programa de Libertad Asistida, Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Neuquen.2013.

24 Un texto ilustrativo de este contexto social es La cultura del Control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. David Garland. Ed. Gedisa.2011. Nos indica "que durante el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado", que nos está diciendo cuidado con el derecho penal estático y fotográfico del hecho delictivo. Frente a un adolescente el sistema debe ser flexible que permita y absorba el dinamismo etario tratando de ver la película vital antes, durante y después del hecho prefigurado como delito. Al igual que la denominación menor, la elección de una u otra denominación, no es inocuo, sino que tiene efectos muy prácticos en la intervención.

El proceso de adultización de los adolescentes a jóvenes naturaliza y habilita la posibilidad de políticas criminales que aplican el sistema penal –delitos, proceso y pena de adultos a adolescentes. No se trata de erradicar la palabra juvenil del vocabulario, sino

solamente del ámbito de la cuestión penal de niños, niñas y adolescentes.

Ni conflictivos. Así como empezamos a denominar adolescentes y no "menores" o "jóvenes", también deberíamos repensar o directamente desterrar el uso habitual del agregado "en conflicto con la ley". En algunos ámbitos, para otorgarles un poco más de precisión a la función u oferta de servicios institucionales, sele incorporan la calificación de "penal", es decir expresan que abordan temas de "menores en conflicto con la ley penal". El adicional "en conflicto con la ley penal" no tiene un claro origen, pero me lo imagino como un eufemismo de transición. De paso de un paradigma a otro. Allí en el purgatorio, pero más vinculado a la historia institucional de los Juzgados de menores, allá por los años ¨80 25 y aferrado al modelo de justicia penal inquisitivo. Desde el punto de vista teórico, el planteo de "conflicto con la ley penal" es un absurdo y una paradoja. Se trata de un exótico sincretismo teórico de dos fuerzas contradictorias y en pugna a lo largo de muchos años de debate en la historia del derecho penal y procesal penal.

Primero Foucault 26, luego Christie2 7, en Argentina Binder 28 y en nuestra provincia Mendaña 29 han identificado y mostrado cómo conflicto e infracción son piedras básales de cómo se "produce" derecho penal y política criminal, con infinidad y disímiles consecuencias según la elección. Si se piensa el delito como "conflicto" nos ubica en un ámbito interpersonal. Donde el conflicto es una oportunidad y donde el sentido moral es neutro. Los conflictos penales llevan necesariamente la idea de daño a alguien –persona y tienden a concluirse o administrarse directamente por las personas mediante el diálogo directo o mediado.

25 No sin cierta arbitrariedad se podría hacer la siguiente periodización del juzgamiento penal adolescente: Una primera etapa o "la prehistoria": encontramos el juzgamiento realizado por la justicia penal de instrucción de adultos con el denominado incidente tutelar ; una segunda etapa o "la historia": aparece una primera especialización pre convencional con los Juzgados de Menores bifrontes con un Juez/a de menores con una secretaria penal y otra asistencial/ tutelar y; una tercera etapa o la actualidad (o el deber ser): una justicia penal adolescente pos convencional independiente del juzgamiento de los adultos pero también de lo asistencial. La periodización propuesta no es un proceso evolutivo esquemático ni lineal de superación de una etapa en otra, sino que es para indicar que contrariamente a ello podemos encontrar en el presente diseños de justicia prehistóricos como sucede todavía en algunas provincias (Río Negro) o como sucede en Neuquén que existe una justicia pos convencional en una jurisdicción y en el resto de la provincia una justicia de la primera etapa

26 La verdad y las formas jurídicas. Tercera y cuarta conferencia. Michel Foucault. Ed. Octaedro.2003

27 Los conflictos como pertenencia. Nils Christie en De los delitos y las Victimas, pag.160 y ss. Ad Hoc.

28 Por ejemplo en Política Criminal. De la formulación a la praxis. Ed. Adhoc1997.

29 En: Fiscales y víctimas frente a un nuevo enfoque del conflicto penal disponible en Internet. Se busca la solución, el "gerenciamiento" o la gestión del conflicto.

Si por el contrario, pensamos el delito como infracción, ya no es necesario la interpersonalita, la infracción se consuma con la violación al Príncipe, al Estado, a la ley. La infracción busca el disciplinamiento, no busca la solución interpersonal sino la identificación y el castigo de un culpable.

Para retribuir el mal causado y para fortalecer el cumplimiento de la ley de los no violadores o no conflictivos de la ley.

Esta última lectura se encuentra vinculada a la literatura criminológica de "ley y orden", a la dogmática del funcionalismo penal alemán, al sistema procesal inquisitivo y al retribucionismo hegeliano. En el cual el Estado confisca –estatiza el conflicto, desde tres perspectivas: por un lado desinteresado al verdaderamente afectado –víctima, por otro desinteresando a la comunidad en la resolución de ese conflicto –profesionalizando la resolución y por ultimo creando infracciones sin víctimas. La retórica, aun progresista, del menor infractor o de los jóvenes infractores a la ley penal es tributaria tal vez inconsciente de esta concepción. Si expresamos que un adolescente se encuentra "en conflicto", nos paramos en el paradigma originario, previo a la apropiación

por parte del Estado del conflicto interpersonal, por lo cual los conflictos son necesariamente con otras personas. Las leyes solo permiten su cumplimiento o transgresión.

En el terreno de la especulación, y forzando un poco los conceptos, se puede pretender que estar en conflicto con una ley significa un desacuerdo –cultural, ideológico o axiológico con una ley determinada. También podemos entender, que los niños y adolescentes cometen delitos como herramienta política para "conflictual" a la ley penal y a la estructura capitalista de la sociedad. Esta ultima visión, además de romántica y poco realista, corre el riesgo de distorsionar al "conflicto penal". Pero además, neutraliza cualquier intervención seria de política criminal frente al delito adolescente, porque en definitiva en cualquier intervención estatal de política criminal se estaría criminalizando la protesta adolescente. Desgraciadamente 30, el delito adolescente no tiene esa pretendida dimensión "política", no es un enfrentamiento al sistema capitalista y de consumo, sino más bien un acto exageradamente individualista, materialista, consumista desesperado, torpe y violento de incorporación. Que lejos de discutir al sistema legal, al contrario pretende, mediante el delito, remplazar los medios legales que le son negados materialmente, para acceder y ser incluidos en el sistema adquiriendo esos bienes de

Estatus que marcan simbólicamente ese ingreso (zapatillas, celulares y motos de baja cilindrada). Si bien existe desde el origen mismo de la disciplina cierta obsesión de la criminología por la "cuestión juvenil" la manifestación del delito adolescente, Merton mediante podemos expresar que 31 no solo no discute el sistema, sino que justamente es parte y derivado directamente del sistema y de sus valores 32.

30 Creo que la politización es una herramienta posible, útil y no violenta para conjurar las violencias y la cultura individualista de los adolescentes.

31 "Una gran importancia cultural concedida a la meta éxito invita a este modo de adaptación mediante el uso de medios institucionalmente proscriptos, pero con frecuencia eficaces, de alcanzar por lo menos el simulacro del éxito: riqueza y poder" Teoría y estructuras sociales. Robert K. Merton. Ed. Fondo de Cultura Económica.1964 pág. 150.

32 R. Merton con las correcciones a su determinismo estructural realizadas por Lea y Joung mediante el concepto de "privación relativa" en ¿Que hacer con la ley y el orden? Del Puerto 2001; el desarrollo de la técnicas de neutralización de Sykes y Matza. Revista Delito y Sociedad UNL Nº 20/2004; Delincuencia y Deriva,

El delito así presentado, es una de las respuestas posibles para el acceso a las metas impuestas por la estructura económica/cultural.

Por último, aquí también se observa nuevamente una idea segmentadora de la infancia y de la adolescencia, en tanto estaríamos frente a adolescentes "en conflicto" o conflictivos y los otros, los adolescentes "comunes", "los normales" o "los sin conflicto".

Creo que ello conlleva dos consecuencias erróneas: una, es la de excluir el conflicto de la etapa de la adolescencia donde, permitiéndome cierta imprudencia disciplinaria, el conflicto es indisoluble de la etapa en desarrollo que se está transitando; la segunda y tal vez más importante, es mirar " lo conflictivo" como algo negativo, con un aire peyorativo, algo que hay que temer, el conflicto como un ruptura, como un problema erradicable; y de alguna forma excepcionándolo, sacándolo fuera de lo corriente, de lo común.

Desde las teorías conflictualistas 33 hasta las ideas de justicia restaurativa nos hablan del conflicto como algo corriente, en un sentido positivo, como una posibilidad. Todo sugiere que la adolescencia es, necesariamente y aun saludablemente, conflictiva.

La idea que alguien pueda estar y vivir "sin conflictos" nos lleva necesariamente a la idea de que se puede vivir y convivir "sin conflicto". Haciendo una apretado desarrollo, la pretensión de sociedades "sin conflicto" muchas veces se vinculan a sectores con aspiraciones y modelos autoritarios y homogeneizadores. Definen autoritariamente lo que es "conflicto" y "conflictivo", tienden a hacer "desaparecer" el conflicto, –y a los conflictivos, ya sabemos cómo. En el marco de un derecho penal mínimo y de garantías que sirva de límite y cauce del poder punitivo del estado, la categoría de "chicos conflictivos" es justamente lo contrario, es una concepción expansiva del derecho penal una oportunidad teórica y práctica que habilita ampliaciones de intervención desproporcionada. Pienso actualmente en toda la literatura y retórica alrededor del denominado "bullying" adolescente como un ejemplo de esta tendencia de lo conflictivo como "antesala de lo penal" 34.

Aquí también observamos que palabras y significaciones habilitan o autorizan intervenciones determinadas. Cómo y por qué algunos jóvenes llegan a quebrantar la ley, de David Matza (siglo XXI2014), junto la obra de Gabriel Kessler (Sociología del delito Amateur. Paidos.2004) ; mas la nueva literatura de la criminología cultural por ejemplo "Tres movimientos de porqué los pibes chorros usan ropa deportiva" o "Prohibición, transgresión y castigo. Notas para una criminología cultural" de Sergio Tonkonoff, nos permite un primer acercamiento panorámico a la realidad criminológica del delito adolescente en nuestro país.

33 Elementos para una Teoría del conflicto social. Sociedad y Libertad. Ralf Dahrendorf. 1961. Pags. 182/207.

También un pionero articulo de Edwin Sutherland: El delito y el proceso de conflicto de 1929.

34 El caso del bullying (toro/torear) como me alertara la Profesora Perla Benegas –UNCose

Trata de una nueva forma de inhumanidad aplicada a los adolescentes animalizando al adolescente. Sobre el concepto de animalización se puede ver Poder y desaparición. Los campos de concentración en Argentina de Pilar

Calveiro. Ed. Colihue, 2008, también en la primera parte de La Pachamama y el humano de Eugenio Zaffaroni.Colihe, 2013. Me adelanto al desarrollo, pero en el proceso de animalización de los adolescente también se encuentra una vinculación directa con el positivismo italiano en su planteo del atavismo evolutivo del delincuente como un subhumano más cercano al animal; no olvidemos que en Argentina se busco animalizar a toda una clase social con la etiqueta de aluvión zoológico.

Querer significar con "conflicto con la ley penal" que se está imputado o condenado por un delito parece por lo menos vago y ambiguo, en definitiva un eufemismo decoroso y paternalista.

En síntesis, los niños, niñas y adolescentes no están en conflicto con la "ley" en general, ni tampoco con toda la "ley penal" en particular, sino llegado el caso estarán sospechados de haber cometido o habrán cometido un delito determinado del código penal.

Ni locos (ni inmaduros, ni inconscientes).

Como adelantara, al tratarse desde un derecho penal homogéneo a los niños como excepción o como anormalidad, no es raro que quiénes por primera vez, en el ámbito del derecho penal, distinguieran a los niños y adolescentes de los adultos fuera la Scola positiva italiana.

Ya todos conocemos los postulados de esta "escuela" de finales del siglo XIX en Italia, pero también en toda Europa y EEUU. Sintéticamente, la scola adopta el sistema de comprobación de la ciencia natural positivista en conjunción con la teoría darwinista y la aplica a la cuestión delictiva 35. La scola se propone encontrar científicamente las causas del delito. Ello lo realizan analizando anatómicamente a los criminales. La búsqueda científica era la idea de poder encontrar al "delincuente nato".

En síntesis, buscan las causas del delito en la morfología de las personas ya consideradas delincuentes. Buscan tamaños especiales de cráneo, de esqueleto, volumen y tamaño de cerebros, buscan variaciones en la sangre, en la longitud de determinados huesos, en la morfología de orejas y narices, entre otros datos

36. Pero ¿que decía la escuela positiva respecto del niño delincuente? Vale la pena la cita textual, por ejemplo Lombroso, nos dice que:

"Fue el niño el que inventó la jaula de junco y de mimbre, las trampas, las redes de mariposas y millares de otros pequeños ingenios de destrucción y tortura. El niño representaría un hombre privado de sentido moral, lo que los analistas llamarían un loco moral y nosotros un delincuente nato".

"La civilización, relajando los vínculos de familia, aumenta, no sólo el número de niños expósitos, que habrán de ser futuros criminales". "La pasión del niño por el tabaco le arrastra a la pereza, a la embriaguez y al delito" 37

"Tal vez en los niños donde las relaciones del crimen y la demencia se muestran con mas evidencia". C. Feré 38.

35 Merece citarse que para la misma época Gabriel Tarde desde Francia tenía una concepción del delito

Netamente social; concretamente sobre el delito adolescente nos dice: "esto no son para nada unos monstruos, estos jóvenes son bien hijos de sus padres" y "ante todo la explicación profunda debe ser relacionada con las transformaciones sociales de nuestra época" y entre las causas del delito juvenil indica "la ambición creciente de ascenso social y por la propagación de nuevas necesidades, hasta hace poco de lujo, que se presentan ahora como de primera necesidad…" Juventud criminal. Sociología Criminal y Derecho Penal AdHoc 2011 Pág. 111/112.

36 Para una síntesis de esta corriente ver Pág. 410 a 416 del Diccionario de Criminología de Eugene McLaughlin y John Muncie. Gedisa. 2005.

37 Causas y Remedios del Delito de Cesare Lombroso. Ed. Tor. 1940.

38 Degeneración y criminalidad. Charles Feré. Ed. Tor. 1940.

"Como el criminal típico, además de los caracteres del salvaje adulto, reproduce también,

Conservándolo de una manera permanente, esos otros que en el hombre civilizados son propios de la infancia y por consecuencias transitorios. Por cuya razón, lo que tan justamente se ha dicho de los salvajes, a saber, que son niños grandes, se puede decir con veracidad de los criminales que se hallan siempre en un estado de infancia prolongada" 39 . E. Ferri.

"En cuanto a los niños de quince años y más abajo, debe mandárselas a un verdadero hospital de enfermos" Bellemare 40.

En tiempos más recientes 1930y, paradojalmente, repudiando a la escuela positiva por tratarse de una búsqueda narcisista del sabio de diferenciarse a sí mismo y a sus prójimos normales desde el psicoanálisis moderno se decían cosas parecidas: " todo hombre es innatamente un criminal, es decir un inadaptado, y conserva en su plenitud esta tendencia durante los primeros años de vida" y concluyen: " cuando se reconozca la eficacia de los móviles inconscientes, podrá sustituirse la pena por medias curativas" 41 .

Anthony Platt en Los Salvadores del niño dedica todo un capítulo denominado "el delincuente por naturaleza" a describir la impronta lombrossiana en la políticas para la niñez a principios del siglo XX en Estados Unidos 42 y demuestra cabalmente cuanta influencia tuvo el positivismo en la construcción del modelo tutelar. Es conocido el desarrollo de las ideas positivistas en nuestro país con autores como José Ingenieros, Luis María Drago, Francisco Ramos Mejía y Norberto Piñero 43.

Lo paradójico, si se quiere, de esta escuela es que al identificar a delito con enfermedad y al delincuente con un enfermo son portadores de una dimensión crítica y abolicionista de todo el derecho penal, de la justicia penal y principalmente de la cárcel. Criticas que luego fueron retomadas por otros abolicionismos no positivistas. Esta vinculación positivista de niñez, locura y crimen que actualmente podría sonar cruel, no es un dato exótico de la historia, es ideología que aún permanece .44.

Lejos de ser un dato curioso, este primer encuentro de la cuestión penal con el niño ha sido determinante en la historia construida hasta la actualidad en la dimensión penal de la niñez. Esta estructura ideológica y política sostenía y funda el modelo tutelar de la ley 10.903 siendo Argentina pionera en ese sentido.

39 Sociología Criminal. Enrico Ferri. Pág. 54.

40 Bellemare, 1949 (original de 1829).

41 El delincuente y sus jueces, desde el punto de vista psicoanalítico. Alexander Franz y Staub, Hugo. Biblioteca

Ed. Nueva. 1935. Madrid. Pág. 44 y 89.

42 A. Platt. Pags. 44 a 54. Cita 5.

43 Para un desarrollo más complejo de este "viaje" ideológico de Europa a Argentina del positivismo ver

"Tradictore traductor" Traducción, importación cultural e historia del presente de la Criminología en

América Latina de Máximo Sozzo UNL.

44 Tal vez sea una solitaria voz pero es una acto de justicia marcar la disidencia que para la misma época 1891 desde España marcaba Concepción Arenal en su texto El visitador del Preso: "el identificar los delincuentes

Con los enfermos y las penitenciarías con los hospitales, no nos parece razonable" Pág.6 Arenal le dedica a los niños y adolescentes varias páginas cargadas de humanismo y lucidez que me excedería en la cita. (pág.

52/54).

En el proceso de deconstrucción de la primera línea la autoridad técnica/ideológica positivista detrás de la dimensión de lo asistencial quedó claramente en evidencia, no obstante no sucedió lo mismo en la dimensión penal del sistema tutelar donde el paradigma positivista también tuvo mucha influencia.

Lo curioso es que la escuela positiva cayó en un gran desprestigio académico y aun social y político no obstante varios de sus postulados son habitualmente utilizados en el espacio penal adolescente (y también de adultos).

Esta primigenia concepción de vincular "locura y niñez", como dijera, ha permanecido a pesar del transcurso de los años. Solo basta observar que lugar tiene asignado el derecho penal para los niños y adolescentes y nos encontramos que la categoría analítica y dogmática los ubican en el ámbito de los inimputables; o la similitud material y jurídica del internamiento tutelar de los menores (Ley 22.278

Art.1) y las medidas de seguridad para los locos (34. Inc. 1 CP).

En un primer lugar y explorando el lábil sentido

común, qué nos imaginamos cuando decimos

"inimputable"? seguramente que una persona no está en sus cabales, que no piensa, que no razona, o directamente que está "loco".

En este caso el sentido común no se equivoca, la inimputabilidad como categoría del derecho penal está vinculada unívocamente a lo psiquiátrico, a lo enfermo, a lo mental.

Es decir el vocablo técnico de inimputabilidad tiene una connotación de salud mental y de

Padecimiento. La contradicción de significación se patentiza cuando se expresa a la ciudadanía que esa inimputabilidad es aplicada a los niños y adolescentes. Justamente, porque la comunidad no tiene una idea de la adolescencia como una enfermedad mental (y al adolescente como enfermo mental) como lo anticipara el positivismo decimonónico.

La idea de los niños y adolescentes como inimputables rompe con el sentido común, porque socialmente no tenemos arraigada la idea normativa de niño como " incapaz mental" ; sintéticamente, la percepción social de la niñez y adolescencia ha superado el paradigma positivista pero el derecho penal aun lo mantiene vigente. Un derecho que no se entiende, se presta para grandes falacias y malos entendidos. Pero además no es un derecho democrático.

Desde una lectura normativa y, fuertemente constitutiva de sentido, inimputable es aquella persona que " no ha comprendido la criminalidad del acto" ya sea " por insuficiencia de sus facultades o por alteración morbosa de la mismas" 45 .

Una tercer lectura, esta vez teórica/dogmática, observamos que en cualquier manual de derecho penal que elijamos vamos a encontrar que la infancia y la adolescencia está en la misma categoría junto a las personas con padecimientos mentales graves. Para el concepto teórico/doctrinario de inimputabilidad, entonces, encontramos que solo se puede ser inmaduro mentalmente, insano o inconsciente 46 , es decir ser un incapaz para " querer y entender" las consecuencias de sus actos.

45 "El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones". Primer párrafo. Articulo 34 Código Penal

Argentino.1921.

46 Derecho Penal. Parte General. Carlos Creus. 2004. Pág. 261. Es justo advertir que Zaffaroni en este sentido realiza un desarrollo pormenorizado de esta figura que citando a Frank y ante cierto desconcierto teórico frente a la categoría de la imputabilidad la califica como un fantasma errante (pag.540). Para este ultimo

autor también la culpabilidad se encuentra vinculada a la capacidad psíquica del autor del hecho ilícito (Pág. 540) con una aclaración más que oportuna respecto que no hay una clasificación de personas en imputables e Volvemos a lo mismo, los niñ@s ahora no solo como incapaces, sino también como insanos/as o inmaduros/as mentales. La definición y medida sigue siendo claramente de defectos o insuficiencia biológica, aun en su dimensión psicologista o psiquiátrica. Esto último – lo psicológico como vemos no es más que un giro pero siempre dentro de la escuela "positivista".

Aun hoy en textos de psicología forense y en los modelos de intervención con adolescentes es posible encontrar estructuras teóricas del positivismo como por ejemplo: la utilización de la categoría de la peligrosidad/riesgo cada vez más determinante, la búsqueda de predicción de conductas futuras (factores predisponentes), estudios sobre personalidad con psicopatías cada vez más numerosas, estudios de campo sobre la población adolescente ya seleccionada por el sistema penal y por último la utilización de instrumentos de medición (ej. Escala de Conducta antisocial PCLYV) 47

En el caso de la infancia la situación es aún más insólita, en tanto se postula la inimputabilidad de toda una categoría de personas, en este caso etaria, pero podría ser de género, racial, de nacionalidad, por ej.: " todos los petisos son inimputables" . Ello cuando el concepto de inimputabilidad es necesariamente individual, subjetivo y personal. Esto último no resiste el menor análisis, es decir no se puede plantear la inimputabilidad de un grupo social.

Esta ideología de tratamiento –teórico/practico de los " chicos como locos" es claramente funcional, y es la otra dimensión aun no desmantelada del paradigma tutelar; lo cual rompe con la lectura dicotómica tradicional de la primera línea de reconstrucción . La dogmática penal –construida en base al derecho penal de adultos se encuentra en deuda con nuestros niños y adolescentes y acá encuentra el limite deconstructivo la primera línea 48. En el tema que estamos tratando una primera corrección dogmática podría ser ubicar la situación de los adolescentes en la categoría analítica de la punibilidad. Desde el punto de vista teórico seria una posibilidad para descontaminarla de lo referido a la salud mental/psiquiátrico y por otro lado de la discusión de sentido común pero también teórica del " discernimiento" en el caso concreto.

Ubicarlo en la categoría de la punibilidad nos habla directamente de que se trata de una política – Criminal de Estado, de una decisión por la cual se dispone que por debajo de determinada edad –en Argentina 16 años el Estado renuncie al castigo penal como forma de intervención en ese determinado conflicto.

Si bien tiene un punto de contacto respecto al valor político de la punibilidad no es exactamente similar a lo que Zaffaroni se refiere como concepto político de Bustos Ramírez 49 . Inimputables, sino injustos que son imputables y los que no lo son por razones de capacidad psíquica del autor" hechos (Pág. 540).

47 Un trabajo muy ilustrativo de esta actualidad de intervención, es el texto: Reincidencia delictiva en menores infractores de la comunidad de Madrid: evaluación, Características delictivas y modelos de predicción de la agencia para la reeducación y Reinserción del Menor Infractor también el texto Características psicopatitas en la adolescencia: Sistematización Teórica de Elizabeth Mayer y Daniela P. Zúñiga de la Universidad

Nacional de la Plata ambos disponibles en Internet. Un texto que relaciona psicoanálisis en su variante la caniana y la criminología puede ser ¿A quién mata el asesino? de Silvia Tendlarz y Carlos Dante García. Ed. Grama.2008.

48 Existe en Latinoamérica una incipiente corriente de desarrollo de una dogmática penal especializada por ejemplo el artículo: "El nuevo derecho penal adolescente y la necesaria revisión de su "Teoría del

Delito" del chileno Héctor Hernández Basualdo y "Aproximaciones al estudio de la culpabilidad en el derecho penal juvenil" del uruguayo Eduardo Pesce Lavaggi, también existen textos referidos a aspectos de la Tipicidad y de las causales de justificación.

49 Zaffaroni E. Citado. Pág. 547/549.

Desde este punto de vista existiría una aparente vulnerabilidad en el modelo propuesto de quedar merced de los vaivenes políticos, electorales y coyunturales. Esa posible vulnerabilidad o volatilidad de la política criminal actualmente ya no es resorte discrecional del Estado, sino que el corpus iuris internacional de derechos humanos lo limita explícitamente mediante el principio de no regresividad y el pro omine 50 . A los efectos más prácticos actualmente una propuesta de baja de punibilidad en Argentina se vería gravemente afectada de inconstitucionalidad.

Tal vez, desde el punto de vista biologicista o de salud mental 51 pareciera que fuera un límite " físico "para no permitir la baja de la edad de punibilidad, no obstante al costo muy alto de la patologización o minusvalía psíquica de la adolescencia.

Para ser claro el reproche a la tradicional teoría general del delito de adultos no es que la categoría dogmática de la culpabilidad/imputabilidad tenga contenido psíquico, sino que el reproche va dirigido a que sistémicamente allí se ubique a los niños, niñas y adolescentes como autores mentalmente disminuidos o insanos. Seguramente en el estudio de un caso concreto cuando el autor o presunto autor sea un adolescente tendrá necesariamente su impacto, como en la tipicidad y la antijuricidad, en el nivel de reprochabilidad acorde a su edad. Entiendo que tratar dogmáticamente a los adolescentes punibles como inmaduros mentales y a los no punibles como alterados morbosamente en sus facultades –aun para "protegerlos" del sistema penales un mensaje social y, aun para el propio adolescente, muy confuso y con un alto costo conceptual.

Aquí, como en las anteriores categorías analizadas, claramente la vinculación de adolescencia y salud mental es claramente funcional a políticas criminales erráticas, autoritarias y desproporcionadas –aun cuando abolicionistas. Ni…. un paso atrás.

Algunas consideraciones conclusivas. Entiendo que actualmente la primer línea de trabajo se enfrenta a por lo menos a seis situaciones problemáticas: la primera es el enfoque limitante y unidimensional que significa el énfasis normativo juridicista , la segunda es hasta dónde solo el cambio legislativo tiene o tuvo un impacto real en el tratamiento de los adolescentes imputados de delitos, la tercera es el gran esfuerzo dedicado a la justicia "penal juvenil" por sobre la implementación de dispositivos de protección e ingeniería de garantías secundarias 52 de derechos, cuarta que en el camino de reforma se secundarizaron los

50 Este principio ya se encontraba en los párrafos 32 y 33 de la Observación General Nº 10 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, pero es fundamentalmente el Documento Nº 78 de Comisión

Interamericana de Derechos Humanos llamado " Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas" del 13/07/2011 quien específicamente lo plantea como una obligación de los Estados (Principios Generales.

Principio de No Regresividad pág. 44/46).

51 Artículos que se pueden leer que ilustran esta postura son por ejemplo: " Fundamentos psicológicos evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad y de la ¡culpabilidad¡ de los jóvenes" . Gustavo Chan Mora. Revista digital de la Maestría de Ciencias Penal de la Universidad Costa Rica de la Nº 3. Año 2011 y " Edad penal y Psicología Jurídica: La necesidad de una respuesta social al adolescente infractor" . Eric García

López. México. Revista de Psicología Nº 02. 2004.

52 El Garantismo y la filosófica del Derecho. Pág. 132. Luigi Ferrajoli. U. del Externado Colombia.2005. Derechos económicos, sociales y culturales de la infancia 53 , quinta, que la línea llega a su máximo desarrollo proponiendo un derecho penal independiente y limpio de cuestiones sociales y un juzgamiento diferenciado de los adultos, pero, como adelantara, con un derecho penal construido sobre un modelo de adultos y sexta, cierta ingenuidad de la primer línea respecto a la propuesta de cierta indulgencia punitiva la cual se muestra muy permeable a reclamos de severidad punitiva.

Sintéticamente, el derecho penal actual trata a los niños como adultos y frente a ello la primer línea deconstructivista solo garantiza una " justicia especializada" .

Como adelantara, el derecho penal así como androcéntrico también es adultocéntrico , y solo teniendo como modelo de normalidad al varón adulto, se construyó el derecho penal que conocemos, siendo las mujeres y los niños anormales, para esa racionalidad

Es oportuno aclarar que, si bien niños, niñas y adolescentes comparten con las mujeres su

Invisibilización y discriminación practica del derecho penal, no obstante nuestra disciplina a diferencia de la las perspectiva de género, ha tomado otro camino.

Las perspectivas de género tienen un enfoque amplificador del derecho penal, entienden que las mujeres han sido invisibilizadas como víctimas (y maltratadas como victimarias).

Como estrategia de visibilización publica de las acciones contra las mujeres existe una utilización de la fuerza simbólica del derecho penal como un decálogo jerarquizado social e institucionalmente de malas acciones (creación de nuevos delitos y re conceptualización de antiguos) y en el ámbito de la criminalización secundaria se expresa con un renovado punitivismo retribucionista. Al decir de las precisas palabras de Tamar Pitch las mujeres: " construyen sus problemas en términos de delitos"

54 . Este contexto si bien es de una fuerte crítica al derecho penal preconstruido

Androcéntricamente y en general al patriarcado, paradójicamente también es un fuerte legitimador del mismo. El sistema penal adolescente que asoma; también pretende visibilización pero al contrario de la perspectiva de género y del derecho penal de adultos; es un derecho penal minimalista, critico, desnaturalizador del derecho penal tradicional, que interpela los lugares comunes aun aquellos considerados progresistas en el propio ámbito del derecho penal de adultos, es un derecho penal transformador y sustentable a mediano plazo, responsabilizante (subjetiva, social e institucionalmente), creativo, realista e interdisciplinario, que analiza el pasado pero que incorpora la noción de "futuro", con una fuerte despenalización y descarcelización al momento de la criminalización secundaria, ubicado procesalmente en una justicia especializada y con roles procesales adaptados pero articulada como parte sistema mayor, en la cual no se da a nadie por perdido , por ultimo donde el eje no es el castigo y mucho menos la pena privativa de la libertad.

Para decirlo en términos radicales, en el derecho penal de adultos todo el proceso es instrumental al castigo, en el proceso penal adolescente el castigo se convierte en un índice de su fracaso.

En síntesis, sospechemos de algunas palabras utilizadas habitualmente en el ámbito de la cuestión penal de la niñez y de la adolescencia, ellas tienen muy poco de inofensivas y son más bien ideología

53 Para un mayor desarrollo y paradojas de este movimiento se puede leer " Reforma Legal y DESC de los niños: las paradojas de la ciudadanía" de Mary Beloff.

54 Responsabilidades Limitadas. Actores, Conflictos y Justicia Penal. ADHOC.

2003. Pitch, Tamar. Págs. 124/126. Y pag.135). viva, que transmite significaciones, que enmascaran situaciones complejas, que naturalizan acciones y que habilitan intervenciones .Por otro lado, hay que continuar con el proyecto deconstructivista, desmantelando culturalmente el paradigma tutelar con tácticas de universalización de la infancia, de desjuridización del lenguaje y del abordaje, pero también y paralelamente debemos concentrar esfuerzos en la deconstrucción del derecho penal de adultos y la construcción de un sistema –derecho, proceso, dogmática, sociología, agencias, operadores penal especializado con dos mínimas orientaciones, por un lado que despatologice la infancia y por otro que desarrolle un derecho penal que no priorice el castigo.

Sepan disculpar cierta desorganización de estos comentarios

LA EDAD PUNIBLE DEL MENOR. CONTEXTO ACTUAL EN HONDURAS

JORGE ABILIO SERRANO VILLANUEVA.
Doctor en Derecho Mercantil por la Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Ex Sub Procurador General de la República. Magistrado de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia;

ANA C. NARVÁEZ RIVERA.
Abogada por la UNAH. Especialista en Derecho Procesal Civil, con énfasis en derechos Fundamentales por UNITEC. Diplomada en Derechos Humanos por la ÚNICA. Autora de varias publicaciones a nivel Nacional. Asistente de la Sala de lo Constitucional de Honduras.

Hablar de edad punible es hablar de delincuencia juvenil.- En las últimas décadas ha habido en Honduras, al igual que en la región, un incremento alarmante de acciones violentas protagonizadas por menores, constituyendo una preocupación constante no solo en la sociedad sino que a nivel estatal, puesto que va de la mano con cambios no solo cuantitativos sino que cualitativos, al ir incrementándose la agresividad y el tipo de violencia <de arrebato de accesorios o celulares a extorción y asesinato>, inducido por la violencia extrema -realizada por adultos- que vive en Honduras, encontrándonos con un grupo de menores infractores y otro grupo de menores víctimas, ambos, producto de la desintegración familiar y de las condiciones de pobreza y falta de educación en que vive un porcentaje importante de menores en nuestro país. La violencia producida por estos menores victimarios[1] o infractores de la ley penal, traspasa a la sociedad en general inquietándola, lo que ha provocado que algunos legisladores, acuerpados por campañas mediáticas, hagan esfuerzos por que se reduzca la edad punible como una posible solución a la problemática, lo grave es que no esgrimen razones de peso producto de análisis multisectoriales sino más bien razones puntuales como el hecho de que, antaño, cuando no había tanta violencia y mucho menos educación, ya el legislador protegía a la sociedad determinando una edad punible inferior; pues la inimputabilidad se aplicaba a los menores de 10 años[2], y de 10 a menor de 15 años, si no había discernimiento en la acción.

En nuestro sistema jurídico, el marco legal que regula los temas de Infracción de menores y la protección integral de la niñez lo conforma la Constitución de la República[3], la Convención Sobre los Derechos del Niño, el Código de la Niñez y la Adolescencia y el Código de Familia[4]. En ellos se determina la edad punible, así, los niños menores de 12 años son inimputables y solo cometen infracciones de carácter penal[5] los niños mayores de 12 y menores de 18 años.- El Código de la Niñez y la Adolescencia junto con el Código Penal conforman el bloque penal para los menores infractores, a la luz de los convenios internacionales que Honduras ha suscrito relacionados al tema. Para un sector de la sociedad lo anterior no basta, y como quedó dicho, han manifestando la intensión de proponer al Congreso Nacional la reducción de la edad punible de (18) dieciocho a (16) dieciséis años y en algunos Foros o discusiones académicas se ha llegado a plantear la viabilidad de una reducción hasta de catorce (14) años; intentona que ha sido controvertida en su momento por actores claves como la Fiscal Especial de la Niñez del Ministerio Público, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Iglesia y algunas agrupaciones de Sociedad Civil, quienes coinciden indicando que no es la solución al problema y señalan la responsabilidad del Estado al no proporcionar la efectividad de los derechos fundamentales de los niños, tales como seguridad, salud, educación en fin una protección integral[6].

Rebajar la edad punible en nuestro país pasaría en principio por denunciar la Convención Sobre los Derechos del Niño, que forma parte de nuestro derecho interno (artículo 16 de la Constitución de la República), y que en su artículo uno (1) al igual que en nuestra legislación, entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, previo a ello, Honduras devendría obligada a sustentar la propuesta en argumentos sólidos y responsables requiriendo de un análisis a la luz de: 1.- El Interés superior del niño, 2.- La aplicación de la máxima que el derecho penal es la ultima ratio, 3.- El cumplimiento del Estado en ejercitar acciones encaminadas a garantizar la protección de los menores[7]; debiendo participar un grupo multisectorial que no deje por fuera ningún aspecto que conforma el fenómeno social 3.

De la violencia juvenil, sean éstos aspectos biológicos, causas psicológicas, socioculturales, familiares, económicas; todo ello pasado por el tamiz dogmático

de la Justicia Penal Juvenil/justicia penal. En tanto esto no suceda, como Estado Constitucional de derecho, Honduras opta por una política criminal que respete los derechos fundamentales del menor, como se encuentran plasmados en los Convenios Internacionales suscritos por Honduras.

CITAS

[1] Vid., HALL GARCÍA ANNA PAOLA.- La Responsabilidad Del Menor, con especial referencia a la minoría de edad y modelos de justicia de menores, Editorial Gustavo Ibáñez, Colombia, 2004.-

[2] Código Penal de Honduras de 1906, en su Art. 7, establecía la minoría de edad como causa de exención de responsabilidad a los menores de 10 años. El Código Penal de 1983, en su art. 23, señala que no era inimputable, el menor de 12 años. Dicho precepto fue reformado por Decreto 191-96, según dicha reforma no es imputable el menor de doce años. 2}

[3] Artículo 122 de la Constitución de la República.

[4] Artículos 3 y 4 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

[5] Vid., por todos; ALBRECHT, el Derecho Penal de Menores, Barcelona, 1990, P. 11. Citado por HALL GARCÍA, La Responsabilidad del Menor.

[6] Artículo 119 de la Constitución de la República.

[7] Vid., GUILLÉN DE MARTÍNEZ, DILIA IRASEMA, Historia y Aplicación del Derecho de la Niñez en Honduras, La Ceiba, Atlántida, Hond. 2007, p.35.

LA EDAD MÍNIMA DE PUNIBILIDAD Y LA PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD

GONZALO LÓPEZ
Abogado (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA). Funcionario del Ministerio Público de la Defensa de la CABA. He aprobado la totalidad de las materias de la Carrera Interdisciplinaria de Especialización en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles (UBA, tesina pendiente de evaluación). Maestrando en Magistratura (UBA). He sido auxiliar docente en las materias Teoría General del Derecho y Fundamentos de los Derechos Humanos (UBA). Miembro de la Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia (ALAMFPyONAF). Argentina.
gonzaloandreslopez@outlook.com

En Argentina en la actualidad las personas menores de dieciséis años no pueden ser perseguidas penalmente. Entiendo que ampliar el rango a los niños de catorce y quince años resulta, cuanto menos, regresivo.

INTRODUCCIÓN

A principios de enero del corriente año 2017 el Ministro de Justicia de la Nación, Germán Garavano, anunció que se presentaría un proyecto de reforma del régimen penal juvenil, que incluiría la propuesta de bajar la edad de punibilidad (Infobae, 4 de enero de 2017; Télam, 4 de enero de 2017).

Ante dicho anuncio, diversos actores de la sociedad civil se pronunciaron en contra. Entre ellos se encontraron Unicef Argentina, el Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos –CEPOC–, la Procuración Penitenciaria de la Nación, la Asociación de Defensores del Pueblo de la República Argentina, la Defensoría General de la Nación, el Observatorio de Adolescentes y Jóvenes del Instituto Gino Germani, la Federación de Psicólogos de la República Argentina y la Sociedad Argentina de Pediatría, entre muchos otros.

Asimismo, se han creado diferentes redes como "Argentina no Baja" (2017) y "No a la Baja – Argentina" (2017). También se ha opuesto públicamente a la propuesta quien era titular en ese momento de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF), Yael Bendel (2017).

En febrero la Subsecretaría de Política Criminal convocó ocho mesas para debatir la "Reforma Penal Juvenil". En la última de ellas, llevada a cabo el 23 de febrero de 2017, se discutió el tema "Definición de Imputabilidad de los Jóvenes Menores de Edad". He participado en el debate como miembro de la Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia (ALAMFPyONAF).

En dicha ocasión, de la totalidad de las personas que expusimos nuestra postura, treinta y dos nos pronunciamos en contra de la baja, cinco (por diferentes motivos) no definieron su posición y tres se manifestaron explícitamente a favor de la baja. Es decir, el 80% nos manifestamos en contra de la baja de la edad de punibilidad.

Sin embargo, y más allá de los resultados, tanto el Presidente de la Nación, Mauricio Macri, como el nombrado Ministro de Justicia, advirtieron que se insistirá con el proyecto (El Trece, 2017; Clarín, 4 de marzo de 2017).

De las múltiples críticas que tiene la propuesta (Unicef Argentina, 2017; CEPOC, 2017), solo me centraré en su carácter regresivo. Es así que en el presente trabajo me propongo explicar por qué bajar la edad mínima de punibilidad resultaría una medida regresiva.

La edad mínima de punibilidad en Argentina

La edad de dieciséis años significa un límite a la actuación de la justicia especializada. Esa es la edad con la que en nuestro país en la actualidad se cumple con lo requerido en el art. 40, inc. 3. a, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por debajo de esta edad mínima de responsabilidad penal los jóvenes "no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un procedimiento penal" (Observación General 10, 2007, párr. 31). Tampoco pueden ser objeto de ninguna medida que, bajo un ropaje paternalista, restrinja sus derechos fundamentales.

Entiendo que, en el proceso penal, cuando se tome conocimiento de que la persona menor de edad impu-

tada no es punible se debe proceder al inmediato cese de la persecución en su contra. Ello se halla establecido en la actualidad en el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 2451, 2007, arts. 4 y 12).

En caso de que se compruebe una vulneración de sus derechos se debe procurar su satisfacción por fuera del proceso penal (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 40, inc. 3.b).

Por qué dieciséis años

En la Argentina, los dieciséis años de edad como edad mínima de punibilidad fueron establecidos hace más de sesenta años y su vigencia solo fue interrumpida por la última dictadura militar (CEPOC, 2012).

Si bien el Código Penal de 1921 establecía que no era punible "el menor de catorce años" (Ley 11.179, 1921, art. 36, primera parte), a partir del año 1954, en el marco de un "Régimen de menores y de la familia", se fijó la edad de punibilidad en dieciséis años (Ley 14.394, 1954).

El golpe de estado de 1956 si bien produjo reformas al régimen penal juvenil, no bajó la edad de punibilidad (Decreto Ley 5.286/57, 1957).

Ahora bien, fue durante la última dictadura militar cuando se produjeron las mayores cambios en el sistema penal juvenil: a) una de las primeras medidas tomada fue bajar la edad de punibilidad a catorce años (Decreto Ley 21.338, 1976); luego se estableció un "Régimen Penal de la Minoridad" en el que mantuvo la mencionada edad (Decreto Ley 22.278, 1980, art. 1); por último, al final del régimen dictatorial se elevó la edad mínima de punibilidad a dieciséis años (Decreto Ley 22.803, 1983, art. 1) [1].

De lo expuesto surge que desde el año 1954, salvo la interrupción de la última dictadura militar, la edad mínima de punibilidad en la República Argentina ha sido de dieciséis años.

El principio de no regresividad imposibilita considerar la baja de la edad de punibilidad fijada en dieciséis años

Mónica Pinto (2009, p. 10) afirma que "La noción de derechos humanos (…) conlleva ínsita la relación Estado-individuo. Si el último es el titular de los derechos protegidos, el primero es su garante. El límite al poder del Estado, que buscaron las declaraciones de derechos de fines del siglo XVIII, se mantiene vigente en la era de los derechos humanos."

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (1986) ha sido clara: "(E)n la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal."

El resguardo de los derechos humanos se vincula directamente con los límites que tiene el Estado frente a una persona. Es por ello que debe evaluarse con mucho detenimiento una medida que implique una ampliación del poder punitivo.

El despliegue del poder punitivo estatal puede implicar un menoscabo, entre muchísimos otros derechos, a la libertad, la intimidad, el patrimonio e incluso la vida de las personas. Estos derechos, en tanto sean categorizados como civiles y políticos, deber ser respetados, protegidos y garantizados por el propio Estado. Es por dichas obligaciones que los Estados no pueden tomar medidas regresivas, sino, por el contrario, tender progresivamente a una mayor protección de los derechos humanos involucrados (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, art. 2.2).

En el ámbito de los derechos humanos rige para los Estados la obligación de progresividad, que incluye la prohibición de regresividad (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, art. 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, art. 2.2; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979, art. 24; Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, arts. 24.2 y 28). Su aplicación no puede quedar limitada solo a los derechos económicos, sociales y culturales, toda vez que la noción de derechos humanos viene con un contenido dado que comprende, sin distinción, tanto a esa categoría de derechos como a los civiles y políticos (Pinto, 2004, p. 29). La diferenciación entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales "obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y otros" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1984. Voto separado del juez Piza Escalante). Por ello, la concepción contemporánea de derechos humanos "se caracteriza por los procesos de universalización e internacionalización de estos derechos, comprendidos desde el prisma de su indivisibilidad" (Piovesan, 2004, p. 25).

Los principios de progresividad y no regresividad implican la prohibición de adoptar políticas y medidas (y, por ende, de sancionar normas jurídicas) que empeoren la situación de los derechos de los que goza la población.

En Argentina, en la actualidad, las personas menores de dieciséis años no pueden ser perseguidos penalmente. Ampliar el rango de punibilidad a los niños de catorce y quince años, resulta evidentemente regresivo.

Más allá de lo hasta aquí expuesto, fue la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011) la que ha advertido que la baja de edad de punibilidad en los países de la región implica una afectación al principio de progresividad y, por ende, resulta regresiva. En el

Informe "Justicia Juvenil y Derechos Humanos de las Américas", la Comisión indicó que los proyectos de reforma que buscan "disminuir la edad mínima para ser sometidos al sistema de justicia juvenil" (párr. 141) significan una medida regresiva y advierte que la adopción de este tipo de medidas "…a través de las cuales se limite el goce de los derechos de los niños, constituye una violación a los estándares establecidos por el sistema interamericano de derechos humanos", por lo que insta "a los Estados a abstenerse de aprobar legislación contraria a los estándares sobre la materia." (párr. 144).

En caso de que se promulgue una ley que contenga la baja de la edad mínima de punibilidad a los catorce años, ella deberá ser sometida a un estricto control judicial.

La obligación de no regresividad, en tanto obligación negativa, constituye, una de las obligaciones típicamente sujeta a revisión tanto por tribunales de justicia en el ámbito doméstico de los Estados como por órganos o tribunales internacionales de derechos humanos (Rossi, 2006, p. 87). De este modo, el principio de no regresividad funciona como una suerte de control de razonabilidad agravado (Abramovich y Courtis, 2004, p. 96). Es decir, el tribunal de justicia frente a la adopción de medidas tomadas por los poderes políticos deberá considerar no solamente si las medidas son razonables, sino que, además, deberá analizar si dichas medidas no empeoran la situación del derecho vigente (Rossi, 2006, p.87).

Consideraciones finales

La discusión sobre un régimen penal juvenil democrático no tiene que implicar una baja en la edad de punibilidad. Por el contrario, varios son los motivos por los que dicha edad se tiene que mantener en dieciséis años.

La edad mínima de punibilidad representa una barrera a la actuación del sistema penal. Por debajo de ese límite, el Estado no debe perseguir penalmente a las personas acusadas de cometer un delito. Tampoco se deberían tomar medidas restrictivas de derechos fundamentales, fundadas en un paternalismo estatal. Los dieciséis años han sido establecidos como edad mínima en 1954 y su vigencia solo fue suprimida durante la última dictadura militar.

El poder punitivo estatal puede traducirse en un menoscabo de distintos derechos humanos fundamentales (vida, libertad e intimidad, entre otros). Estos derechos deben ser respetados, protegidos y garantizados por el Estado, cuyos representantes tampoco pueden tomar medidas regresivas que empeoren la situación del derecho vigente.

El principio de progresividad, que incluye la prohibición de regresividad, no es exclusivo de alguna categoría de derechos humanos, en tanto éstos son indivisibles. Es por ello que este principio resulta aplicable tanto a los derechos económicos, sociales y culturales como a los civiles y políticos.

Una normativa que regresivamente baje la edad mínima de punibilidad a los catorce años resulta contraria al principio mencionado. Debe recordarse que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos instó a los Estados a abstenerse de aprobar este tipo de legislación.

A lo dicho se suma que, en el marco de la mesa de debate convocada por el Ministerio de Justicia, hubo un contundente rechazo a la propuesta.

La prohibición de regresividad implica, asimismo, un control de razonabilidad agravado por parte de los magistrados respecto de las medidas tomadas por el Estado. Por ello, en caso de que se promulgue una ley que contenga una edad mínima de punibilidad por debajo de los dieciséis años, serán los jueces quienes deberán hacer ese análisis.

Por todo lo expuesto es que entiendo que la pretensión de bajar la edad de punibilidad de dieciséis años implica una afectación a la prohibición de regresividad en materia de derechos humanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2004). Los derechos sociales como derechos exigibles. 2a ed. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Argentina no baja [argentina-no-baja] (28 de marzo de 2017). Participan y/o adhieren de la Red #ArgentinaNoBaja. [Estado de Facebook]. Recuperado de https://www.facebook.com/notes/argentina-no-baja/participan-yo-adhieren-de-la-red-argentinanobaja/1807902516123279 Asamblea General de las Naciones Unidas (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI).
- Asamblea General de las Naciones Unidas (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución 2200 A (XXI).
- Asamblea General de las Naciones Unidas (18 de diciembre de 1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Resolución 34/180.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (20 de noviembre de 1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25.
- Bendel, Y. [yael.bendel] (5 de enero de 2017). La Secretaría Nacional de Niñez Adolescencia y Familia, como órgano especializado en derechos de la niñez en general y en derecho penal juvenil en particular, reafirma los compromisos asumidos en la materia, en el marco del Consejo Federal hacia la protección de derechos. (…). [Estado de Facebook]. Recuperado de https://www.facebook.com/yael.bendel/posts/1383615534982124
- Clarín (4 de marzo de 2017). Germán Garavano aseguró que el Gobierno planea bajar la imputabilidad a 14 años en "delitos gravísimos". Recuperado de https://www.clarin.com/politica/german-garavano-aseguro-gobierno-planea-bajar-imputabilidad-14-anos-delitos-gravisimos_0_B13B-vdqg.html
- Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos –CEPOC–

(2012). Ningún pibe nace chorro. Recuperado de http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44773-cepoc-ningun-pibe-nace-chorro

- Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos –CEPOC– (7 de enero de 2017). De qué hablamos cuando hablamos de "baja". Recuperado de http://cepoc-cepoc.blogspot.com.ar/2017/01/de-que-hablamos-cuando-hablamos-de-baja.html
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011), Informe Justicia Juvenil y Derechos Humanos de las Américas. Recuperado de https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/justiciajuvenil.pdf
- Comité de Derechos del Niño (25 de abril de 2007). Observación General nro. 10. Los derechos del niño en la justicia de menores. Recuperado de http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf
- Congreso de la Nación Argentina (3 de noviembre de 1921). Código Penal. [Ley 11.179]. BO: 8.300.
- Congreso de la Nación Argentina (22 de diciembre de 1954). Régimen de Menores y de la Familia. [Ley 14.394]. BO: 17.805.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (19 de enero de 1984). Opinión Consultiva OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (9 de mayo de 1986). Opinión Consultiva OC-6/86. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf
- El trece (19 de marzo de 2017). La noche de Mirtha - Programa 18/03/17. [Archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=8udY9RX1NIw&t=5207s
- Infobae (4 de enero de 2017). El Gobierno impulsará una ley para bajar la edad de imputabilidad. Recuperado de http://www.infobae.com/politica/2017/01/04/luego-del-crimen-de-brian-aguinaco-el-gobierno-apura-una-ley-para-bajar-la-edad-de-imputabilidad/
- Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (3 de octubre de 2007). Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. [Ley 2.451]. BOCBA: 2.809.
- No a la baja - Argentina [no-a-la-baja-argentina] (5 de enero de 2017). Estigmatización de niños, niñas y adolescentes en tiempos electorales. [Estado de Facebook]. Recuperado de https://www.facebook.com/notes/no-a-la-baja-argentina/estigmatizaci%C3%B3n-de-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as-y-adolescentes-en-tiempos-electorales/709124462596011
- Organización de los Estados Americanos (7 al 22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pinto, M. (2004). Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano. Revista del IIDH, 40, pp. 25-86.

- Pinto, M. (2009). Temas de derechos humanos. 2a ed. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Piovesan, F. (primer semestre, 2004). Derechos Sociales, Económicos y Culturales y Derechos Civiles y Políticos. Sur – Revista internacional de derechos humanos, 1 (1), pp. 20-47.
- Poder Ejecutivo de la Nación Argentina (20 de mayo de 1957). Minoridad. Modificaciones. [Decreto Ley 5.286/57]. BO: 18.402.
- Poder Ejecutivo de la Nación Argentina (25 de junio de 1976). Código ▪ Penal. Modificaciones. [Decreto Ley 21.338]. BO: 23.438.
- Poder Ejecutivo de la Nación Argentina (25 de agosto de 1980). Estableése el régimen penal aplicable a los menores incursos en delitos. [Decreto Ley 22278]. BO: 24.490.
- Poder Ejecutivo de la Nación Argentina (5 de mayo de 1983). Elevase la edad mínima de punibilidad respecto de menores que cometieron delitos. [Decreto Ley 22803]. BO: 25.168.
- Rossi, J. (2006). La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En Courtis, C. (Comp.) Ni un pasó atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales (pp. 79-115). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Télam (4 de enero de 2017). Para Garavano, la baja de la edad de imputabilidad de menores debe ser "en base a consensos". Recuperado de http://www.telam.com.ar/notas/201701/175514-imputabilidad-menores-garavano.html
- Unicef Argentina (23 de febrero de 2017). Ideas para contribuir al debate sobre la Ley de Justicia Penal Juvenil. Recuperado de http://www.hayalternativas.org.ar/files/posicion_unicef.pdf

CITAS

[1] El Decreto Ley 22.278, con las modificaciones realizadas por el Decreto Ley 22.803, se halla vigente en la actualidad.

BAJA DE LA EDAD DE PUNIBILIDAD: ¿IMPOSIBILIDAD LEGAL O IMPOSIBILIDAD BIOLÓGICA?

ANA MARÍA BLANCO
Abogada | Codefensora Penal - Primera Defensoría de Pobres y Ausentes III Circunscripción Judicial Mendoza | Maestrando de la Maestría en Derecho Penal y Ciencias Penales (Uncuyo) | Maestrando del Profamag (Program de Formación de Aspirantes a Magistrados) de la Escuela Judicial del Poder Judicial de la Nación

SUMARIO

En Argentina se discute en los últimos meses la necesidad de un Régimen Penal Juvenil acorde a las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y demás normativas internacionales y, particularmente, la edad a partir de la cual los jóvenes infractores se considerarán sujetos punibles.

En la actualidad el régimen penal minoril se encuentra regido por el decreto ley 22278/22803 y la edad de punibilidad se encuentra abarcada entre los 16 y los 18 años de edad.
La propuesta de este trabajo radica en el hecho de que la oposición a la baja de edad se funda no sólo en una imposibilidad legal sino también en una imposibilidad biológica dada por el propio desarrollo estructural del ser humano.

CONTEXTO

Resulta claro que en nuestros países latinoamericanos se advierten dos cuestiones, por un lado, una sociedad que reclama reducción de la edad a los efectos de considerar a los jóvenes punibles y, por el otro, una franja etaria que se encuentra, en general, desatendida por la misma sociedad que hoy los cuestiona.

Y detrás de ambos un cuerpo político que sólo pugna, desde siempre, por fines electoralistas y demagógicos en lugar de pensar un proyecto de vida positivo para los jóvenes y una política criminal a largo plazo.

La pretendida reducción de edad a los efectos de aplicar la ley penal a los jóvenes infractores es una muestra de ello.

En Latinoamérica tenemos edades muy reducidas de punibilidad. Así, la establecen a partir de los 12 años países como Costa Rica, Venezuela, Honduras, México, Ecuador, El Salvador; a los 13 años, RCA Dominicana, Uruguay, Guatemala, Nicaragua; a los 14, Panamá y Paraguay; y a los 16, Argentina[1].

Debiendo destacarse que Argentina carece de un Régimen Penal Juvenil propio, aplicando el Código Penal en toda su extensión a menores como a mayores.

NECESIDAD DE UN RÉGIMEN PENAL JUVENIL

Este último hecho constituye, en sí mismo, un grave incumplimiento a los compromisos internacionales asumidos. Así, en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) titulado «Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas[2]» , se establecen cuáles debieran ser los «Parámetros de edad para responsabilizar a niñas, niños y adolescentes por infringir leyes penales», afirmándose en el párrafo «*36. La Comisión exhorta a todos los Estados a adoptar las medidas necesarias, incluyendo modificaciones legislativas, para garantizar que los niños, niñas y adolescentes que hayan sido acusados de cometer un delito sean sometidos a un sistema de justicia juvenil excepcional y especializado, de forma tal que ningún niño sea procesado penalmente bajo las reglas de imputabilidad penal aplicables a los adultos, que ningún niño menor de la edad mínima para ser responsabilizado por infringir las leyes penales sea sometido a la justicia juvenil.*»

Ésta es, en Argentina, una manda constitucional, en virtud por lo dispuesto por el art. 75 inc 22[3]

Sin embargo hasta la fecha, dicho régimen juvenil no ha sido adoptado.

El principal obstáculo, a la luz de las discusiones tanto legislativas como mediáticas, resulta ser la edad a partir del cual los menores deben considerarse punibles.

EDAD MÁXIMA DE RESPONSABILIDAD PENAL

Debe reconocerse que Argentina es uno de los pocos países que mantiene una edad de punibilidad superior respecto del promedio.

Esto que resulta ser una nota favorable a la luz de lo dictaminado por la CIDH, la cual insta a los países miembros a elevar la edad de punibilidad a fin de acercarse a los 18 años, no resuelve el problema más grave en Argentina, la falta de un régimen penal juvenil diferenciado de los adultos.

En el informe citado, la Comisión analiza cuál considera la «edad máxima para que las niñas, niños y adolescentes sean responsabilizados por infringir leyes penales bajo el sistema de justicia juvenil» sosteniendo que la CorteIDH afirmó que «[...] se entiende por “niño” a toda persona que

no ha cumplido 18 años de edad". En particular, la Corte tomó en cuenta la definición de niño, niña o adolescente contenida en el artículo 1 de la CDN y el corpus juris internacional sobre la materia».

En el mismo sentido se ha expedido el Comité de los Derechos del Niño.

Así, sin perjuicio de que Argentina se ajusta a ese máximo, la aplicación del mismo régimen penal de los adultos aún cuando la autoridad judicial se encuentre facultada para no imponer una sanción penal, o para reducirla al grado de tentativa... «Este tratamiento no diferenciado puede resultar incompatible con el principio de proporcionalidad de la pena y con el juicio de reproche del menor que debe subyacer a toda conducta cometida por un o una adolescente conforme al interés superior del niño»[4]

EDAD MÍNIMA DE RESPONSABILIDAD PENAL

Con respecto a la «Edad mínima para que las niñas, niños y adolescentes sean responsabilizados por infringir leyes penales bajo el sistema de justicia juvenil», la CIDH sostiene en su párrafo 45 que «Ahora bien, no todos los niños menores de 18 años deben ser sometidos a un sistema de justicia juvenil en caso de infracción de una ley penal, sino sólo aquéllos que hayan alcanzado una edad mínima para infringir las leyes penales. A este respecto, el párrafo 3 del artículo 40 de la CDN dispone que los Estados deberán promover el establecimiento de una edad mínima de responsabilidad penal antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales. En la regla 4 de las Reglas de Beijing se recomienda que el comienzo de la edad mínima no debe fijarse a una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual de los niños».

Y continúa diciendo en el párrafo 46. Que «Si bien los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos no fijan una edad mínima para infringir leyes penales, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado a los Estados fijarla entre los 14 y los 16 años de edad, instando a no reducir dicha edad mínima. También el Comité de los Derechos del Niño ha establecido que no es aceptable internacionalmente que niños menores de 12 años sean responsabilizados ante la justicia juvenil por infringir las leyes penales, aún menos ante la justicia penal ordinaria»

Considerando por otro lado la CIDH que estas medidas e iniciativas [tendientes a bajar la edad mínima de responsabilidad penal] son contrarias a los estándares internacionales sobre la materia y al principio de regresividad, resultando por tanto para nuestro país legalmente imposible reducir la edad de punibilidad.

LA IMPOSIBILIDAD BIOLÓGICA DE LA REDUCCIÓN

Pero sin perjuicio de todo lo expuesto, y de las barreras legales que impedirían la reducción que se pretende, también existen límites de desarrollo físico que tornarían imposible dicha reducción.

Esto es así por cuanto, distintos estudios realizados desde la neurología y la psicología, ha sido claros respecto a estado de desarrollo de las regiones límbicas como al de la corteza pre frontal en los adolescentes[6]. [7]

Así, Alfredo Oliva Delgado en su trabajo «Desarrollo Cerebral y Asunción de riesgos durante la adolescencia» ha descripto que «El papel que desempeña la corteza pre frontal, concretamente la ventromedial, en la toma de decisiones, se ha puesto de manifiesto en los estudios con pacientes que presentan lesiones en dicha zona, ya que estos sujetos tienen dificultades para anticipar las consecuencias futuras, tanto positivas como negativas, de su conducta y valorar los riesgos de una situación (Bechara, Damasio y Damasio, 2000). Esa relación con la toma de decisiones destaca la relevancia que la inmadurez pre frontal tiene para entender la mayor impulsividad e implicación de chicos y chicas adolescentes en conductas de riesgo relacionadas con la sexualidad, el consumo de drogas o los comportamientos antisociales.»

Y continúa « [...] durante la adolescencia se produce un desequilibrio entre el circuito pre frontal cognitivo y el circuito motivacional meso límbico, como consecuencia de sus diferentes ritmos de maduración. Este último se muestra muy sensible a las influencias de las hormonas sexuales, por lo que experimenta importantes cambios durante la pubertad que incrementan su capacidad de respuesta y excitabilidad (Romeo, Richardson y Sisk, 2002). En cambio, la maduración del circuito pre frontal es más lenta, no se ve acelerada por los cambios hormonales de la pubertad y depende de la edad y del aprendizaje, no alcanzando su madurez hasta la tercera década de vida. Esto supone que la adolescencia es el momento en el que el desequilibrio es mayor, con un circuito motivacional muy propenso a actuar en situaciones que puedan deparar una recompensa inmediata y un circuito auto regulatorio que aún no ha alcanzado todo su potencial y, por ello, va a tener muchas dificultades para imponer su control inhibitorio sobre la conducta impulsiva. Además, como han planteado Nelson et al. (2005), existe una estrecha interrelación entre los mecanismos cerebrales que subyacen al procesamiento de las recompensas y los que se ocupan de la información social y emocional, por lo que la presencia de iguales y las situaciones con fuerte carga emocional van a potenciar los efectos recompensantes de las conductas de asunción de riesgos haciéndolas más probables. Por lo tanto, chicos y chicas van a situarse al inicio de la adolescencia en una situación de extrema vulnerabilidad a implicarse en conductas de riesgo y de búsqueda de sensaciones. Incluso podría señalarse la existencia de un cierto retroceso o

regresión comportamental coincidiendo con la pubertad como consecuencia de la reorganización cerebral que tiene lugar en ese momento (Sadurní y Rostan, 2004) [...].»

Para concluir que « [...] a partir de los 15 ó 16 años las capacidades cognitivas de chicos y chicas se diferencian muy poco de las de los adultos, y en situaciones de calma y baja activación socio-emocional sus decisiones suelen ser tan sensatas y racionales como las de personas de más edad. Tener en cuenta esa competencia cognitiva supondría la concesión de algunos derechos individuales, como la posibilidad de votar a partir de esa edad o permitir una mayor influencia en la toma de decisiones en los contextos familiar, escolar y comunitario. Los riesgos derivados de esas concesiones serían insignificantes y, por el contrario, podrían representar medidas de empoderamiento muy positivas para favorecer el desarrollo de la capacidad para tomar decisiones y para el aprendizaje en la asunción de responsabilidades.»

De lo expuesto, es claro que científicamente se ha concluído que es recién a partir de los 15 o 16 años que las funciones cognitivas de los adolescentes se diferencian poco de las de los adultos por tanto pretender asignar cualquier responsabilidad penal a un joven por debajo de dicha edad implica una distorsión del principio de reprochabilidad por el hecho y de proporcionalidad desconociendo la naturaleza humana, creando una verdadera desigualdad en la aplicación del poder punitivo del Estado.

CONCLUSIONES

Como conclusión de todo lo expuesto y haciendo propias las palabras de la CIDH[8] podemos sostener que:

1. «el elemento retributivo no es apropiado dentro de los sistemas de justicia juvenil, si los objetivos que se persiguen son la reintegración y la rehabilitación de los niños, niñas y adolescentes [...] El sacarlos del sistema de justicia juvenil no debe implicar el desconocimiento de la responsabilidad de sus acciones y tampoco implica negarles el debido proceso para determinar si lo alegado contra ellos es verdadero o falso»

2. Existe una necesidad-obligación de adoptar un sistema o régimen penal juvenil es un imperativo constitucional en Argentina.

3. Más allá de las discusiones demagógicas y/o electoralistas, debe tenerse presente que los jóvenes a quienes pueda aplicarse dicho sistema penal deben encontrarse entre los 15/16 y los 18 años de edad.

4. Surge este límite tanto de lo impuesto por nuestro derecho nacional y por el internacional a través de la suscripción de Tratados que así nos obligan como por un límite físico/biológico en el desarrollo de la persona cuya realidad no podemos desconocer si nos encontramos viviendo en un Estado democrático respetuoso de los derechos de todos y cada uno de sus ciudadanos a la hora de aplicar su poder punitivo.

5. Todo lo expuesto, lo es sin perjuicio de la también obligatoria necesidad de repensar el sistema al cuál deberían ser sometidos los menores de dicha edad infractores de la ley penal, cuyo desarrollo excede los límites de este trabajo◆

CITAS

[1] http://www.cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjindice.sp.htm;OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, 13 julio 2011. párrafo «47. Sobre este asunto, la Comisión observa que en la región hay una gran disparidad en la edad mínima para infringir leyes penales y que algunos Estados Miembros consideran responsables por infringir las leyes penales a niños incluso menores de 12 años. Por ejemplo, en Granada, Trinidad y Tobago y algunos estados de Estados Unidos, los niños de 7 años pueden infringir las leyes penales. En Antigua y Barbuda, San Kitts y Nevis, y San Vicente y las granadinas, dicha imputabilidad inicia a los 8 años. En Bahamas, Guyana y Surinam, se imputa a niños a partir de los 10 años por infringir las leyes penales, mientras que en Barbados la edad mínima es de 11 años. y 48. En otros Estados Miembros como por ejemplo, en Dominica, Santa Lucía, Jamaica, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Panamá, Perú y Venezuela la edad mínima para infringir leyes penales es de 12 años. En Haití, Guatemala, Nicaragua, República Dominicana y Uruguay se ha establecido como edad mínima de responsabilidad por infringir las leyes penales los 13 años. En Chile, Colombia, y Paraguay los niños son responsables a partir de los 14 años. El límite de edad más elevado en la región ha sido establecido en Argentina, donde la edad mínima de responsabilidad para infringir leyes penales es de 16 años y únicamente con respecto a delitos que no sean de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.»

[2] http://www.cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjindice.sp.htm;OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, 13 julio 2011. parágrafo 36 y ss

[3] Art. 75 inc. 22 Constitución Nacional Argentina: «Corresponde al Congreso...22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional».

[4] http://www.cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjindice.sp.htm;OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, 13 julio 2011. Párrafo 37. La Convención Americana sobre Derechos Humanos no define el término "niña, niño y adolescente". Sin embargo, la Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva 17, precisó que "tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por "niño" a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad". En particular, la Corte tomó en cuenta la definición de niño, niña o adolescente contenida en el artículo 1 de la CDN y el corpus juris internacional sobre la materia.

[5] CIDH, ibid., párrafo 42

[6] http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/El%20desarrollo%20del%20cerebro%20en%20el%20adolescente.pdf.- Desarrollo del Cerebro en el Adolescente. Ricardo Bustamante Quiroz. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

[7] http://fundacionbelen.org/base-datos/cerebro-los-adolescentes/

[8] http://www.cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjindice.sp.htm;OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, 13 julio 2011, parágrafo 59

MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD DE ADOLESCENTES.
LÍMITES AL ACCIONAR POLICIAL.

MARÍA RITA CUSTET LLAMBÍ
MARIANELA UGARTEMENDÍA

INTRODUCCIÓN

A partir de la Convención de los Derechos del Niño se ha dejado sentado que los niños y adolescentes quienes tienen derecho a exigir al Estado no sólo una protección especializada -conforme su condición de persona en desarrollo- sino, además, ser considerados como titulares de derechos y que la acción estatal que los afecte respete su interés superior.

Esta reconocida calidad de sujeto de derecho conlleva a exigir que en los procesos administrativos y judiciales se apliquen garantías procesales y sustanciales que se ajusten a los parámetros convencionales vigentes.

Esto que en el discurso jurídico en el ámbito de los derechos humanos resulta obvio y que nadie se atrevería a cuestionar abiertamente, no se traduce -en general- en las acciones estatales -tanto en el ámbito administrativo como judicial- que pongan en práctica los principios y garantías que el nuevo sistema impone a favor de los niños y adolescentes.

Particularmente en el campo de las medidas privativas de libertad, ocurre muy a menudo que se soslayan principios y garantías establecidas en el corpus iuris internacional, y como consecuencia, se dictan medidas privativas de libertad con referencia a "la protección del niño" que no condicen con los estándares procesales y sustanciales establecidos en dicho corpus iuris.

Las viejas prácticas del patronato perviven en el actual sistema y emergen mediante resoluciones que, bajo el argumento de un discurso convencional no superan el control de convencionalidad, violentando principios y garantías establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El sentido del presente es pasar por el tamiz de los derechos humanos las prácticas policiales de aprehensión de adolescentes sin causa legal en la provincia de Rio Negro.

Para ello tenemos como base el principio constitucional de inocencia que opera a favor de todo ciudadano, cuya restricción también posee garantías constitucionales, esto es, que nadie puede ser detenido sin orden judicial y sólo se admite la excepción a dicha regla en aquellos casos -habilitados por las leyes locales- en que la persona es sorprendida cometiendo un delito.

Estas garantías que sin ninguna duda amparan a las personas adultas, no son respetadas cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, que son privados de libertad con el argumento de su protección.

Si bien, no desconocemos que el actuar fuera del estatuto jurídico alcanza también a los adultos, en el caso de adolescentes adquiere una gravedad aún mayor, justamente por el plus protectivo del que gozan las personas menores de edad.

Indudablemente, el actuar estatal en un sistema democrático y su injerencia en la vida privada y en la libertad ambulatoria de las personas, se encuentra limitado por las garantías constitucionales y convencionales, sin embargo, son comunes las prácticas de demoras y aprehensión de adolescentes con diversas excusas que en nada se relacionan con una actuar delictivo, en una especie de práctica de "control ciudadano" con pseudos fundamentos de prevención del delito y que se imbrica en ejercicio de violencia estatal con disfraz prevencional o, peor aún, proteccional.

LÍMITES CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD ARBITRARIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

La Constitución Nacional en sus artículos 14, 18 y 19, la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 7, 8 y 9, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 9.1, 14 y 15 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 9, 12 y 13, establecen de manera clara el derecho a la libertad, el consecuente derecho a no ser detenido arbitrariamente ni sujeto de injerencias arbitrarias en la vida privada y el principio de legalidad que amparan a todas las personas, incluidos, por

supuesto, los niños, niñas y adolescentes.

La Convención de los Derechos del Niño, por su parte y en su especificidad, en el art. 37 inc b) establece que los Estados velarán porque ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente.

Además de los preceptos constitucionales y convencionales referidos, podemos decir que el tema que tratamos también ha sido abordado en el corpus iuris de la niñez ccomprendido por:

- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)
- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana)
- Opinión Consultiva 17/02 de la Corte IDH
- Observación General Nº 10 (2007), 14 y 21 del Comité del Niño
- Informes de la CIDH
- Fallos de la Corte IDH
- Recomendaciones de diversos organismos internacionales.

De este corpus iuris en concreto y en relación al tema de demoras y detenciones en comisarías sin causa legal, podemos extraer como de especial interés las siguientes interpretaciones:

- "Toda limitación a la libertad física de la persona, así sea una detención con fines tutelares, debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención. Al respecto, cabe señalar que las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad establecen que, "[por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor [de edad] por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública".[1]
- "[l]os menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar".

"[l]a conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurren en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños".[2]

- "La detención de un menor de edad por actos no delictivos, sino sencillamente porque se encuentra en una situación de abandono social, riesgo, orfandad o vagancia, representa un grave riesgo para la infancia […] El Estado no puede privar de su libertad a niños y niñas que no han cometido hechos tipificados como delitos, sin incurrir en responsabilidad internacional por violación del derecho a la libertad personal (art. 7 de la Convención). Toda restricción de libertad de un menor no basada en la ley, o en una acción tipificada como delito, constituye una grave violación de los derechos humanos. El estado no puede, invocando razones de tutela del menor, privarlos de su libertad o de otros derechos inherentes a su persona".[3]
- "[e]l poder estatal en esta materia no es ilimitado; su actuación está condicionada por el respeto a los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a Derecho".

"En cuanto a la facultad del Estado de detener a las personas que se hallan bajo su jurisdicción, [….] al analizar el artículo 7 de la Convención Americana, […] existen requisitos materiales y formales que deben ser observados al aplicar una medida o sanción privativa de libertad: nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)".[4]

- "[l]a privación de libertad […] solo podrá excepcionalmente justificarse en los casos previstos en la ley, la cual deberá establecer con claridad sus causas y condiciones, así como la competencia e instancias estatales especialidades en la materia, tanto a nivel policial como judicial y de las instituciones encargadas de hacer cumplir las medidas privativas de libertad".[5]
- "La Convención [Americana de Derechos Humanos] ha consagrado como principal garantía de la libertad y la seguridad individual la prohibición de la detención o encarcelamiento ilegal o arbitrario. La Corte ha manifestado que el Estado, en relación con la detención ilegal, "si bien […] tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos

fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción".-

"Así es que con la finalidad de mantener la seguridad y el orden públicos, el Estado legisla y adopta diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público. No obstante, la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida".-

"El artículo 7 de la Convención consagra garantías que representan límites al ejercicio de la autoridad por parte de agentes del Estado. Esos límites se aplican a los instrumentos de control estatales, uno de los cuales es la detención. Dicha medida debe estar en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, siempre y cuando su aplicación tenga un carácter excepcional y respete el principio a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática".-

"Particularmente, el artículo 7.2 de la Convención establece que "nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas". La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y "de antemano", las "causas" y "condiciones" de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana".[6]

Asimismo, las detenciones policiales ilegales y arbitrarias de jóvenes en Argentina y en los demás países de la región, ha sido objeto de preocupación por parte de los organismos internacionales de derechos humanos.

El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la Comisión de Derechos Humanos (ONU) visitó Argentina en el 2003 e informó que "[p]articular atención debe prestarse al cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño en lo relativo a la práctica de arresto y detención de menores. Debe respetarse lo establecido por los instrumentos internacionales respecto a la edad mínima de responsabilidad penal. Debe revisarse la práctica de detener niños en razón de su supuesta protección, de detener niños mendigos, de detener "niños de la calle", y erradicarse su envío a comisarías de policía. El poder judicial debe ser invitado a revisar la actuación de los jueces que mantienen niños en detención durante meses sin haberles escuchado. El poder ejecutivo debe revisar la situación de los niños en los institutos de menores. Debe distinguirse el tratamiento reservado a los niños en conflicto con la ley con aquel reservado a los menores en situación de riesgo o en situación irregular y el reservado a los niños que sufren carencias particulares, y sobretodo revisarse la necesidad y conveniencia de disponer la detención de dichos menores".[7]

El Comité contra la Tortura (ONU) en la Recomendaciones para la Argentina del año 2004 exhortó que se garantice "la prohibición del personal policial de realizar detenciones de menores por "motivos asistenciales" en todo el territorio nacional".[8]

El Comité de los Derechos del Niño (ONU) en las Recomendaciones para Argentina del año 2010 ha instado a nuestro país a "tomar todas las medidas necesarias para garantizar que la privación de libertad tenga lugar de conformidad con la ley y respete los derechos del niño enunciados en la Convención".

El Comité de Derechos Humanos (ONU) en las Observaciones Finales respecto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en Argentina, que en marzo de 2010 manifestó: "El Comité expresa nuevamente su preocupación por la subsistencia de normas que otorgan facultades a la policía para detener personas, incluidos menores, sin orden judicial anterior ni control judicial posterior y fuera de los supuestos de flagrancia, por el único motivo formal de averiguar su identidad, en contravención, entre otros, del principio de presunción de inocencia. (Artículos 9 y 14 del Pacto)".[9]

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe Violencia Niñez y Crimen Organizado del año 2015, sostuvo que "La Comisión observa con preocupación la existencia en varios países de la región de situaciones en que las fuerzas de seguridad del Estado ejercen violencia contra adolescentes que pertenecen a grupos sociales que se asocian con la inseguridad, o contra adolescentes que son detenidos en la comisión de una infracción a la ley penal. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la "Corte Interamericana", "la Corte", o la "Corte IDH") ha sido enfática en señalar las obligaciones de los Estados en términos de respeto y de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes: […] si los Estados tienen elementos para creer que [los niños] […] están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito y de la reincidencia. Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuer-

zos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a 'permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad'".

"Respecto del Estado Argentino, también se ha informado a la Comisión que la policía en algunas de las provincias detiene a adolescentes para la averiguación de antecedentes, quienes son conducidos a comisarías. Adicionalmente se ha puesto en conocimiento de la Comisión que adolescentes que son detenidos por supuesta comisión de delitos son trasladados a las comisarías donde se les recibe declaración indagatoria sin la presencia de un defensor, señalándose el riesgo de que se den tratos crueles, inhumanos y degradantes, y tortura en las comisarías en el marco de los interrogatorios, tal y como supuestamente estaría ocurriendo en algunos lugares ".[10]

En suma, todo este corpus iuris de la niñez debe interpretarse en clave de derechos humanos.

La Corte Suprema de Justicia tiene dicho que las interpretaciones de los organismos internacionales de derechos humanos son de obligatoria aplicación para los Estados (Fallos 315:1492, 318:514; 330:3248; 319:1840; 328:2056; 335:533, entre muchos otros). Así, desde "Mazzeo" y "Acosta", lo dicho por los organismos internacionales de derechos humanos ha dejado de ser "una guía para la interpretación" para pasar a ser "la interpretación" aplicable en relación a los tratados de derechos humanos, ampliándose la misma no sólo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sino también a directivas de todos los organismos internacionales, incluida, por supuesto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sabido es que la práctica de la fuerza policial que mantiene la ideología de "la doctrina de la situación irregular" devino inconstitucional a partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño a la Constitución Nacional –año 1994-, resultando de innegable aplicación "la doctrina de la protección integral" que considera a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y con derecho a una protección especial en razón de su condición de personas en desarrollo, limitando al mínimo la injerencia judicial y con más razón la policial en la vida de los mismos .[11]

El Estado a través de sus organismos proteccionales es quien debe atender la situación social de los niños, niñas y/o adolescentes en riesgo, excluyéndose la actuación de las fuerzas de seguridad.

Las garantías contenidas en los arts. 37 y 40 de la Convención de Derechos del Niño, arts. 7, 8 y 9 de la Convención Americana y art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos restringen la posibilidad de detención solo para casos en que exista orden judicial o la persona se encuentre en situación de flagrancia delictual.

De esta manera, en el actual paradigma de derechos humanos de la niñez vigente en nuestro país no existe posibilidad alguna de concebir que las fuerzas de seguridad utilicen la "protección" de la persona menor de edad para privarla arbitrariamente de su libertad, cuando la misma no se encuentra cometiendo actos tipificados en el Código Penal o cuando no existe orden judicial de detención.

DETENCIONES DE ADOLESCENTES EN LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO. INTERVENCIÓN DE LA POLICÍA. LÍMITES A SUS FACULTADES.

En Río Negro se encuentra vigente desde el año 2006 la Ley D Nº 4109[12] que sustituyó el viejo régimen del patronato y reguló, en el ámbito local, el sistema de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, receptando el paradigma emanado de la Convención de los Derechos del Niño.

La referida ley si bien destinó un capítulo entero a derechos y garantías procesales[13] , disponiendo la creación de un fuero especializado en derecho penal juvenil[14] , el mismo nunca se puso en marcha, resultando competente para entender en el juzgamiento de adolescentes punibles la justicia penal de adultos, como tampoco nunca se sancionó un proceso penal especializado en la materia.

Esta situación aún persiste. Ello a pesar de que en este último tiempo operó una revisión de todo el sistema procesal penal que llevó a sancionar un nuevo código procesal penal con neto contenido acusatorio[15] , así como también nuevas leyes orgánicas tanto para la Judicatura como para los Ministerios Públicos [16].

El referido contexto, que en definitiva no escapa de la realidad legislativa nacional que sistemáticamente niega poner fin al Decreto Ley Nº 22278, impone que los operadores de la defensa de los derechos del niño tengan que redoblar sus esfuerzos cotidianos para obtener el reconocimiento de los derechos humanos de sus asistidos.

En ese contexto, en la provincia de Río Negro, el año 2010 se encontraba vigente no sólo la Ley D Nº 4109 mencionada, sino también el artículo 9 inciso k de la Ley Nº 1965 -Ley de Policía-.

El artículo 9 inciso k de la Ley S Nº 1965 establecía que la policía tenía a su cargo el ejercicio de "la seguridad de los menores, especialmente en lo que se refiere a su protección, impedir su vagancia, apartándolos de lugares y compañías nocivas, reprimir todo acto atentatorio hacia su salud física o moral, de la forma en que las leyes y los edictos determinen, y contribuir a la acción social y educativa que en materia de seguridad ejercen instituciones públicas y privadas".

En virtud de la facultad referida se producían más de trescientas detenciones anuales de niños y adolescentes al año que eran trasladados a las comisarías en virtud de dicha norma (abiertamente inconstitucional)

y privados de libertad por varias horas hasta su retiro por parte de los padres u otro adulto responsable.

La Defensa Pública de la provincia, a través de una Defensoría de Menores[17] , tuvo una activa participación en la derogación del mencionado artículo al presentar un hábeas corpus en un caso concreto, planteando la inconstitucionalidad de la norma por vulnerar la normativa constitucional y convencional de la niñez vigente.

El juez del hábeas corpus hizo lugar al mismo y resolvió la inconstitucionalidad de la norma[18] . Esa sentencia fue recurrida por la Policía ante el Superior Tribunal de Justicia Provincial, quien no se expidió sobre el fondo por una cuestión formal, resolviendo apartar al juez que había intervenido, ordenando la remisión de la causa a otros jueces para su resolución[19].

Si bien el trámite finalizó con una sentencia que declaró abstracta la cuestión lo que importa destacar aquí es que finalmente la Legislatura de Río Negro derogó las facultades cuestionadas, en primera vuelta, el 16 de diciembre de 2010. Ante la falta de aprobación en segunda vuelta que exige la Constitución rionegrina para la sanción de las leyes [20], en junio de 2011, desde la Defensoría General de la provincia se requirió al Poder Legislativo que procediera a sancionar la ley modificatoria. Como resultado, la Legislatura sancionó días después la ley que publicó bajo el número 4699[21] y por la cual se eliminó el cuestionado inciso k, agregándose un nuevo párrafo al artículo 9 de la Ley de Policía que establece: "En todos aquellos casos en los que el personal policial en uso de sus facultades y en ejercicio de sus funciones tome contacto con niñas, niños o adolescentes, debe en forma inexcusable y de manera inmediata, dar fehaciente aviso al organismo proteccional a los fines de resguardar los derechos de los mismos."

A pesar de que en ese momento gran parte de la policía se encontraba en contra de la modificación y manifestaban que a partir de la vigencia de la nueva norma no podrían actuar ante delitos cometidos por menores de edad porque "se limitaba claramente la detención de adolescentes al supuesto legal de flagrancia delictual y orden judicial", evidentemente el nuevo texto resulta acorde a la normativa internacional que rige la materia.

El cambio normativo impulsó -no sin insistencia y exigencia por parte de las defensorías públicas- la creación de guardias del Organismo Técnico Proteccional en toda la provincia a efectos de tornar efectiva la norma y evitar que los niños y adolescentes fueran retenidos por horas en las comisarías.

A poco de sancionada la norma, se redujeron las demoras de adolescentes en comisaría. En ese momento creímos, evidentemente con ingenuidad, que la demora sin causa legal de jóvenes y la efectiva incorporación de estándares internacionales a las prácticas policiales era una batalla ganada. Sin embargo, nos equivocamos. Con el paso del tiempo se comenzó a advertir que se continuaba demorando a adolescentes, pero ya no con fundamento en el derogado inciso k del artículo 9 de la ley 4199, sino -con gran sorpresa- en el artículo 5 inciso a) de la Ley D Nº 4109.

El referido inciso a) es uno de los varios incisos del artículo 5 de la Ley de Protección y Promoción de Derechos de la Niñez de la provincia de Río Negro

-4109-, que en su primer parte establece "[e]s deber de la familia, de la comunidad, de la sociedad en general y del Estado Rionegrino, asegurar a la niña, niño o adolescente, con absoluta prioridad, el efectivo goce del derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al deporte, a la recreación, a la capacitación profesional, a la cultura, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria así como ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión". Ello, en clara coincidencia con la prohibición dispuesta por el art. 36 de la Ley 26061, que establece que en ningún caso las medidas de protección integral de derechos (referidas en el artículo 33 de la misma ley), podrán consistir en privación de la libertad.

Como se puede observar, el artículo transcripto en nada se relaciona con la aprehensión y privación de libertad de una persona menor de edad para su protección o resguardo, por parte de la fuerza policial. Sin embargo, el Estado provincial rionegrino ha decidido avalar la utilización de esa prioridad en la atención y goce de derechos establecido en el artículo 5 de la ley

para justificar la intervención de la policía con carácter proteccional. La consecuencia paradojal: se lleva a los adolescentes a las comisarías para protegerlos y darles prioridad en su goce de derechos.

Cuando la práctica adecuada a un sistema de protección integral de la niñez y la adolescencia, respetuoso de los derechos humanos de esa franja etaria, implica que ante un niño o adolescente en situación de vulnerabilidad que amerite auxilio, se otorgue inmediata noticia a la guardia del organismo técnico proteccional evitando las demoras de los adolescentes en comisarías.

Ante esa nueva situación de vulneración de derechos, la Defensa Pública provincial[22] recurrió –nuevamente- a la justicia, interponiendo un habeas corpus preventivo a efectos de denunciar que la policía de la provincia "demora, aprehende y detiene permanentemente niños y adolescentes bajo el amparo de lo previsto en el art. 5 inc. a) de la Ley D N° 4109, lo cual resulta ilegal, arbitrario e inconstitucional por cuanto afecta la libertad de locomoción de los jóvenes, quienes se ven limitados a circular por determinados sectores de la ciudad, violando el principio constitucional de inocencia".

La Policía de la Provincia de Río Negro, al momento de presentarse en el proceso señaló que las demoras e ingresos de menores de edad, "se realiza dentro de múltiples causas penales y en otros casos, por aplicación del art. 9 último párrafo de la Ley S N° 1965 y art. 5 inc. A) de la Ley D N° 4109."

De esta manera, la policía no sólo reconoce esta práctica ilegal y arbitraria sino que además la defiende, al referir: "resultando de público y notoria la participación de menores de edad en la consumación de delitos contra la propiedad y las personas, la Policía de Río Negro -conforme manda del legislador- debe velar por la seguridad de los bienes y de las personas y que, las demoras producidas con los menores se encuentran vinculadas con dicha función". Manifestando que lo contrario implicaría que la detención de personas menores de edad quedaría reducida para aquellos casos "in fraganti delito".

El 13 de noviembre de 2015[23] el Sr. Juez del habeas corpus resolvió hacer lugar a la acción interpuesta por la Defensa Pública, ordenando el cese de las prácticas policiales desarrolladas bajo el amparo del artículo 5 inciso a) de la Ley D N° 4109, en cuanto consiste en demorar a niños y niñas bajo la justificación de su protección, sin que se encuentren cometiendo actos de naturaleza correccional o delictiva [24].

Contra la sentencia de habeas corpus la Fiscalía de Estado provincial interpuso recurso de casación, manifestando que "el fallo es erróneo, fuerza una interpretación desacertada sobre el plexo legal con que la fuerza policial cuenta para realizar los procedimientos con menores...genera un estado de incertidumbre y absoluta confusión en la fuerza policial respecto al alcance de sus funciones en materia de policía de seguridad, en la preservación de la seguridad pública y la prevención del delito en torno a los menores de edad y las obligaciones emergentes del art. 9 in fine de la Ley S 1965 y del propio texto de la ley 4109".

Ante dicho recurso intervino la Defensoría General[25] y la Procuración General[26] solicitando su rechazo, remarcando la ilegalidad en la que se incurre al sostener procedimientos policiales amparados en razones proteccionales.

Finalmente, el 24 de mayo de 2016, Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, con el voto en disidencia de una de sus integrantes, resolvió revocar la sentencia dictada por el Juez del Habeas Corpus[27] , afirmando -entre otras cosas- "…que la Policía -que pertenece al Estado Rionegrino- cuenta con facultades para adoptar medidas proteccionales de su competencia, en los términos del art. 9 in fine de la ley S nº 1965 y del art. 5 inc. A) de la ley D n° 4109, y ello no supone por sí solo el ejercicio abusivo o desviado de tal facultad".

Contra lo resuelto la Defensa Pública interpuso recurso extraordinario federal, por considerar afectada la constitución y las convenciones internacionales con jerarquía constitucional. Si bien el mismo también fue rechazado por el Superior Tribunal Provincial[28] , en la actualidad nos encontramos a la espera de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelva el recurso de queja por extraordinario federal denegado[29].

CONCLUSIÓN

La efectividad de los derechos de la infancia y adolescencia encuentran su mayor obstáculo en las prácticas diarias de los propios funcionarios del estado que se niegan a adecuar las mismas al sistema de protección integral.

El uso de la fuerza policial, a través de la demora en comisarías de adolescentes, que solo podría ser justificada de manera lamentable por sus caras, modos de vestir, situación de pobreza o residencia en algún sector de la ciudad menos aventajado, o por el ejercicio arbitrario de poder, tiene su límite en la ley.

Este entramado oscuro que acarrea miles de adolescentes a comisarías sin causa legal como una expresión del estado de no derecho de los adolescentes, nos interpela como operadores del derecho a tomar una postura activa en el tema desde nuestro accionar, ya sea como defensores, fiscales, jueces, integrantes de organismos técnicos y de derechos humanos.

El reposicionamiento en la práctica de los operadores del sistema seguramente reflejará un cambio en las prácticas policiales. Es este cambio en nuestras propias prácticas que tal vez debamos fortalecer. Más denuncias, más visitas sorpresas a comisarías en horas disímiles –incluidos los fines de semana y feriados-, más exigibilidad, más control, más difusión de derechos,

generación de registros públicos, en fin, más derechos.

Sofía Tiscornia en relación al caso Bulacio, devela con claridad la oscuridad de estas prácticas que venimos cuestionando al referir que "[n]o se trata de la violencia del policía criminal que aprieta el gatillo a mansalva ni que tortura a su víctima hasta la muerte. Es la violencia del funcionario gris que detiene a un cualquiera porque le es sospechoso de algo impreciso, que se lleva personas para encerrarlas en la comisaría por unas cuantas horas porque tiene que cumplir con la estadística –con la cantidad de detenidos que la 'superioridad' exige–. Que obliga a cientos y cientos de pobres personas a ser requisadas, manoseadas, molestadas, cuando sólo están viajando desde los suburbios al centro. Que rodea con patrullas y cordones policiales un barrio, un estadio, una calle para clasificar quién entra y quién sale, y que decide en ese acto cuáles credenciales son idóneas y cuáles acreditan que cosa cada vez. Poder de policía es también la singular imposición de un orden que necesita cancelar el 'estatuto jurídico' de las personas como ciudadanos y como individuos, produciendo en ese acto un ser jurídicamente inclasificable porque no son acusados de estar cometiendo un delito y, por ello, sujetos a una ley que los castiga, sino que, como plantea Giorgio Agamben, son 'objeto de una pura señoría de hecho, de una detención indefinida […] en cuanto a su propia naturaleza, dado que ésta está del todo sustraída a la ley y al control jurídico' (2003:27) [...] en la Argentina, los sistemas contravencionales –provinciales y federal– y las figuras afines han concurrido en la creación progresiva de una especie particular de 'derecho de policía' (Salessi, 1994; Tiscornia, 1994; Martínez, Pita y Palmieri, 1998)".

Esa "pura señoría de hecho" debe ser duramente interpelada y cancelada, por una "señoría de derecho" como manifestación del más elemental Estado Constitucional cuya vigencia opere para todos los ciudadanos, pero con mayor vigor para quienes son sujetos de una mayor protección estatal: los niños, las niñas y los adolescentes◆

CITAS

[1] Corte IDH caso Mendoza vs Argentina. Párr. 187. 2013.
[2] Corte IDH en la Opinión Consultiva 17/02. Puntos 11 y 12
[3] "Informe Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas" Año 2011. Párr. 66. CIDH, Organización de Estados Americanos, con cita Informe 41/99 c. Honduras.
[4] Corte IDH Caso Bulacio vs. Argentina. Año 2003. Párr. 124 y 125
[5] Corte IDH Caso Landaeta Mejías vs Venezuela. 2014. Párr. 163
[6] Corte IDH Caso Torres Millacura vs Argentina. Párr. 69, 70, 71 y 74. Año 2011
[7] Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Sexagésimo período de sesiones. E/CN.4/2004/3/Add.3. 23 de diciembre de 2003. Los Derechos Civiles y Políticos, en Particular las cuestiones relacionadas con: la tortura y la detención.
[8] Comité contra la Tortura. ONU. CAT/C/CR/33/1. 10 de noviembre de 2004. Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención.
[9] Comité de Derechos Humanos. ONU. CCPR/C/ARG/CO/4. 2010.
[10] Párr. 183 y 187
[11] Del Dictamen 7/16 DG
[12] Ley Provincial D Nº 4109 Digesto. Protección Integral de los Derechos de las Niñas, los Niños y los Adolescentes de la Provincia. Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Rio Negro -Co.Ni.A.R.-. Carácter: Permanente. Sancionada el 08/06/2006 Promulgada el 31/07/2006 Por Decr.Nº: 890. Publicado en el B.O.Prov. Nº: 4438 Pag.: 1. Fe de Erratas: Publicada en el B.O.Prov. Nº: 4499
[13] Capítulo Cuarto. Artículos 67 a 73
[14] Artículo 68 inciso b.
[15] Ley 5020. Sancionada el 10/12/2014 Promulgada el 22/12/2014 Por Decr.Nº: 1791
Publicado en el B.O.Prov. Nº: 5319 Pag.: 13
[16] http://www.legisrn.gov.ar/LEGISCON/detallado_tratwp.php
[17] Defensora de Menores e Incapaces de Viedma, Dra. Patricia Arias
[18] Se. 32/10 del 9/08/10 Juez Bustamante de la Cámara del crimen de Viedma, Sala B
[19] Se. 2/11 del Superior Tribunal de Justicia de fecha 15/2/11. Puede consultarse en www.jusrionegro.gov.ar
[20] Artículos 141 y 142
[21] La Ley Nº 4699 puede consultarse en http://www.legisrn.gov.ar/DIGESCON/condigstan.php
[22] Dra. Patricia Arias. Defensora de menores e Incapaces de Viedma.
[23] "DRA. PATRICIA ALEJANDRA ARIAS, DEFENSORA DE MENORES E INCAPACES N°2 y ELSA NOEMÍ SARTOR, DEFENSORA DE MENORES ADJUNTA s/ HABEAS CORPUS", expediente N. º 1VI-16187-P2015". El Juez del Habeas Corpus resolvió: "1°) Hacer lugar a la acción de Habeas Corpus interpuesta por las Dras. Patricia Alejandra Arias, en su carácter de Defensora de Menores e Incapaces Nº 2, y Elsa Noemí Sartor, Defensora de Menores Adjunta, y ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Río Negro, Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, y al Ministerio de Seguridad, que cese de toda privación de libertad, detención, alojamiento o aprehensión de personas menores de edad en comisarías, y que las mismas sean realizadas en centros especializados de detención transitoria, que funcionen en lugares adecuados, con personal capacitado y separado de personas adultas. 2°) Determinar el plazo de cuarenta (40) días a partir de la firma de la presente, a efectos de la habilitación del inmueble para albergar -provisoriamente- a los menores de 16 a 18 años de edad incursos en causas penales".-
[24] En lo medular de la sentencia se sostuvo que el Estado, a través de sus organismos proteccionales (en la provincia el Ministerio de Desarrollo Social), es quien debe atender la situación social de los niños, niñas y/o adolescentes en riesgo, excluyéndose la actuación de las fuerzas de seguridad. Asimismo, que las garantías procesales contenidas en los arts. 37 y 40 de la Convención de Derechos del Niño, arts. 7, 8 y 9 de la Convención Americana y art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (al igual que nuestra Constitución provincial arts. 17 y 18 ult. párr) restringen la posibilidad de detención sólo para casos en que exista orden judicial o la persona se encuentre en situación de flagrancia delictual.
[25] Dictamen Nº 7/16 DG. Se puede consultar en http://ministeriopublico.jusrionegro.gov.ar
[26] Dictamen Nº 7/16 PG. Se puede consultar en http://ministeriopublico.jusrionegro.gov.ar
[27] Sentencia 51 STJRNSe4. 24/05/2016. Actuaciones caratuladas: "DRA. ARIAS, PATRICIA ALEJANDRA -DEFENSORA DE MENORES E INCAPACES- S/ HABEAS CORPUS PREVENTIVO S/CASACIÓN\" (Expte. N° 28317/16-STJ-). Se puede consultar en http://www.jusrionegro.gov.ar
[28] Sentencia 100 STJRNSe4. 14/09/2016. Actuaciones caratuladas: "DRA. arias, patricia ALEJANDRA -DEFENSORA DE MENORES E INCAPACES- S/ HABEAS CORPUS PREVENTIVO S/ CASACIÓN" (Expte. Nº 28317/16-STJ-). Se puede consultar en http://www.jusrionegro.gov.ar
[29] CSJ 001586/2016-00 "ARIAS, PATRICIA ALEJANDRA (DEF DE MENORES E INCAPACES) s/habeas corpus preventivo s/ casación"

LA MEDIACIÓN PENAL JUVENIL EN LA PROVINCIA DE TUCUMÁN: ¿Es una herramienta útil?

DR. CARLOS ACUÑA

INTRODUCCIÓN

En forma breve trataremos de responder al interrogante planteado, partiendo de diversas consideraciones sobre la mediación como método alternativo de solución de conflictos en materia penal. El tema que nos ocupa, reviste una importancia vital a los fines de poner en manos de justiciables y operadores jurídicos una alternativa para reparar hechos de mínima gravedad (hurtos, lesiones leves, amenazas, etc.). Los protagonistas son la víctima, victimario, y la sociedad .Se busca la posibilidad de que el menor escuche a la víctima, reflexione y se responsabilice de los actos cometidos.-

Pensamos que frente a la problemática del menor dentro del sistema penal nos lleva a buscar caminos que nos conduzcan al conflicto penal llevando una solución adicional del mismo. Ese camino es la mediación penal y la situación de las víctimas, basta destacar que se las reconoce como las ignoradas del sistema. Por ello resulta necesario incorporar a nuestro sistema penal soluciones alternativas basadas en criterios de oportunidad en la persecución penal.

Su finalidad es lograr un acercamiento entre las partes, eliminando la distancia que hay entre el imputado y la víctima y aspirar a medidas de participación, como la mediación penal.-

El instituto que se analiza consiste en un sistema, de resolución de conflictos, donde las partes, asistidas por un tercero neutral, son acompañadas en el proceso de tomas de decisiones con relación a un desacuerdo. Los elementos que lo integran son la voluntariedad, la confidencialidad y la flexibilidad del procedimiento.

Por ello partimos de que la mediación es una herramienta útil para que el "conflicto" deje de ser una amenaza abstracta para la sociedad ya que a través de víctima concreta se acercar al infractor a la ley y se humanizará la reparación del daño sufrido. En forma accesoria se comprenderá que tanto las víctimas como los victimarios integran la comunidad y que a través de este mecanismo la primera tendrá una reparación a la vez que podrá colaborar en la recuperación del autor del hecho evitando su exclusión social.

Lo expresado resulta más patente cuando los infractores de la ley son menores de edad que también merecen la posibilidad de reflexionar sobre sus actos y evitar la represión que los conduce inevitablemente a través de la pena a la escuela del delito

Las facultades para legislar sobre la materia, permite que cada Provincia ejerza su potestad no delegada. Y permite superar las limitaciones del principio de legalidad en materia procesal introduciendo el criterio de oportunidad que conlleva la mediación.-

La mediación constituye un método alternativo de resolución de conflictos, y su implementación en el fuero penal resulta viable, máximo si se tiene en cuenta que en el fuero ya se aplican como el juicio penal abreviado y la probación.-Sabemos que en nuestra provincia carecemos de una norma legal adecuada, y por el contrario vemos el éxito de las experiencias de mediación penal en delitos menores, que introdujeron criterios de oportunidad, y/o en la mediación penal juvenil desarrolladas en Neuquén, y en Lomas de Zamora, Mercedes y San Martín en la provincia de Buenos Aires.- En relación a que solo corresponde al Congreso de la Nación legislar sobre las causales de extinción de la acción y, por lo tanto, no podrían hacerlo las Provincia, se debe comentar que las mencionadas en el art.59 no son las únicas causas de extinción de la Acción Penal. Se mencionan entre otras, la extinción de la Acción Penal por reparación voluntaria del perjuicio al fisco (art.16, Ley 24769), o la suspensión del juicio a prueba (art.76 bis del Código Penal).

Nuestra legislación nacional, cuando trata el problema de menores en conflicto con la ley penal mantiene dos ámbitos: el del proceso penal y el del tratamiento tutelar. El Poder Judicial soluciona el primero y el segundo debe buscar alternativas y herramientas que posibiliten una total solución a la problemática del menor.

Conviene recordar el Art. 40 punto 3 Inc. b) de la Convención de los derechos del niño que establece que " los estados partes tomaran todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños den quienes se alegue que han infringido las leyes penales, … siempre que sea apropiado la adopción de medidas para tratar a los niños sin recurrir a procedimientos judiciales en el entendimiento de que se respetaran plenamente los derechos humanos y

las garantías legales" . La Mediación encuentra justificación normativa en principios Constitucionales, especialmente en las disposiciones de los arts. 14 y 18 C.N. (L.A. 1995-A-26) y concordantes de los Pactos de Derechos Humanos, principalmente la norma del art. 25. Convención Interamericana de Derechos Humanos (L.A. 1994-B-1615).-

CARACTERÍSTICAS GENERALES

Es necesario marcar que no se trata de una medida tutelar, va más allá pues permite obtener respuestas más satisfactorias para el infractor, victima y la sociedad toda. Puede ser solicitado por el Sr. Fiscal, por la victima, padres o tutores.-

En un panorama básico debería reunir las siguientes características: 1- que se haya denunciado penalmente a un menor de 18 años y que no revista la calidad de reincidente.2.- que exista reconocimiento del imputado en la realización del hecho denunciado. 3.- que no exista una grave afectación al interés público y 4 que el resultado de la entrevista con el joven y sus padres manifiesten la voluntad de someterse a un programa de mediación.- Esta entrevista debe ser previa a fin de no molestar a la victima generando en ella falsas expectativas. Se busca explicar al joven el motivo de la intervención judicial de la conducta antijurídica que se le atribuye y el sentido y alcance de la mediación. En la entrevista se busca conocer la actitud del menor frente al hecho, que nivel de responsabilidad acepta, la opinión de los padres y el ofrecimiento de reparación

Además de lo expresado cabe mencionar que el método no implicara Asunción de responsabilidad por parte del joven, para lo cual se firmara un convenio de confidencialidad que impedirá que lo manifestado pueda ser citado en una instancia civil o penal.

También resulta importante el papel de la víctima, haciéndole conocer los alcances del programa y la voluntad del joven de reparar el daño y el aval de los padres. Luego de ello y con una visión global del problema, el mediador valorara si es necesario un mayor trabajo de acercamiento de las partes. Cabe aclarar que en encuentro entre víctima y victimario no es imprescindible, se debe alentar el encuentro por parte del mediador por que podrá ayudar a que ambas partes puedan plantear sus razones y entender al otro. En caso de arribarse a un acuerdo, se firmara un acta en la que vuelcan los compromisos asumidos por el joven (ej. tareas comunitarias) con la firma de la víctima y el mediador. Dicho acuerdo debe ser puesto a conocimiento del Sr. Fiscal de instrucción, el Juez de Menores y el Ministerio Pupilar .El principio de legalidad penal exige que el ejercicio del poder punitivo tenga lugar dentro de los límites previamente establecidos. Ello es expresado en la Constitución Nacional a través de la norma que expresa "Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...Este principio de la legalidad procesal exige que todo delito de acción pública deba ser investigado, juzgado y castigado. Frente al criterio de legalidad se desprenden nuevos mecanismos de selección de carácter formal y que se sustentan en el llamado principio de oportunidad.

Se admiten así una serie de excepciones a la obligación de castigar todo delito, que se reflejan en institutos introducidos en los sistemas penales, como suspensión del juicio a prueba, juicio abreviado, o la utilidad valorada en ciertos casos como el llamado arrepentido o el advenimiento en los delitos contra la integridad sexual o el tratamiento de recuperación del adicto en la Ley de Estupefacientes. También hay que decir que la pena privativa de la libertad ha demostrado cumplir solo una finalidad deteriorante y de exclusión social bajo el amparo de un criterio retribucionista o de prevención general negativa.

Ante este panorama, es necesario procurar la flexibilización de los principios tradicionales (como legalidad, verdad real) y dar cabida al principio de oportunidad y lograr una respuesta más humana al drama social. Para ello es necesaria la incorporación de la víctima, la reparación del daño causado por el hecho y el reconocimiento del imputado, siendo estos los elementos necesarios en los que debería reposar el nuevo sistema penal alternativo.

En la medida que se dicte una legislación que busque un acercamiento entre el imputado y la víctima, con una herramienta como la mediación, se obtendrán beneficios que redundarán en la sociedad y permitirán crear la convicción de que el autoritarismo penal no es lo más conveniente, al existir otra forma de solucionar los conflictos y lograr la paz social.

Recordemos que la ley Penal para Menores N°22.278,) aplicable a los menores incursos en delitos, fue modificada por Ley 22.803 que estableció la no punibilidad de los menores que no cumplieron 16 años y de menores que no cumplieron 18 años cuando se trate de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de dos años, con multa o inhabilitación. Es punible el menor de 16 a 18 años que incurrieren en delitos que no sean los anteriormente enunciados.

Por lo expresado es que proponemos la mediación como el Instituto que devuelve la responsabilidad de resolver intereses encontrados a sus propios actores –autor del hecho y damnificado- para solucionar sus diferencias con la ayuda imparcial de técnicos mediadores. Ello supone poner la situación acorde con la Convención de los Derechos del Niño y llevar a la práctica el Derecho a ser oído y el interés superior del niño, tratando de evitar la institucionalización de niños y jóvenes...

No cuenta la Provincia con tratamiento especializado de sus niños. Los que infringen la Ley son someti-

dos a la investigación y juzgamiento común con la sola excepción de que existen para toda la Provincia solo tres Jueces Penales de Menores, que tienen a su cargo la administración y control de medidas tutelares, que generalmente se materializan a través de la institucionalización de los menores, en locales policiales o establecimientos inadecuados sin controles ni seguimiento alguno ni límites, quedando indeterminadamente el menor bajo el poder discrecional del Juez, no siendo pocos los casos en que optan por la fuga aunque no les es fácil escapar del círculo que los devuelve al encierro La otra medida es la disposición de entrega a sus padres que aún cuando tiene la ventaja de ser una solución integrativa, se realiza sin seguimiento ni control, interviniendo los equipos técnicos solo en el primer momento del proceso.

Entiendo que la mediabilidad depende no tanto del tipo de delito sino de otras condiciones como: las personales del menor, apoyo que reciba para asumir el proceso con responsabilidad, buena predisposición de la víctima para aceptar una solución consensuada y madurez de la comunidad para comenzar a admitir este tipo de soluciones.

CONCLUSIONES

La mediación es una mirada distinta al menor frente al delito, una alternativa válida que permita la extinción de la acción penal en ciertos tipos de delitos cuando existe una posibilidad de acuerdo mínimo de reparación entre víctima y el imputado, acuerdo que debe ser prestado en forma libre y voluntaria, con la debida intervención del Ministerio Publico que es quien detenta la acción pública.-

La mediación constituye un método alternativo de resolución de conflictos, y su implementación en el fuero penal resulta viable, máxima si se tiene en cuenta que en el fuero ya se aplican como el juicio penal abreviado y la probatión.

Sabemos que en nuestra provincia carecemos de una norma legal adecuada, y por el contrario vemos el éxito de las experiencias de mediación penal en delitos menores, que introdujeron criterios de oportunidad, y/o en la mediación penal juvenil desarrolladas en Neuquén, y en Lomas de Zamora, Mercedes y San Martín en la provincia de Buenos Aires.

Si tenemos en cuenta que existe un alto porcentaje de causas que ingresan en los tribunales provinciales que pueden ser sometidas a mediación les permitiría llegar a quienes accionan a una respuesta social que la Justicia tradicional difícilmente pueda darles, en especial en los casos de delitos menores y con autores conocidos, como lesiones leves, amenazas, peleas entre vecinos o usurpaciones.

La experiencia no dice que de los delitos cometidos, más del 40% de casos no son mediables (homicidios; ciertos hurtos y robos; lesiones graves y gravísimas; hechos contra la integridad sexual; abandono de personas; abortos; extorsión y otros), pero el resto de ellos, podemos dar una respuesta adecuada a los reclamos, y evitar generar en la sociedad una sensación de injusticia e inseguridad.- Esto genera un malestar social factible de ser atendido a través de métodos adecuados. La propuesta para esta área, como acceso a Justicia, es lograr la puesta en marcha de este método que abarque un cierto número de casos en conflicto, sometiéndolos a un procedimiento de mediación, y monitoreando los resultados (nivel de cumplimiento o reincidencia).-

En la medida que se dicte una legislación que busque un acercamiento entre el imputado y la víctima, con una herramienta como la mediación, se obtendrán beneficios que redundarán en la sociedad y permitirán crear la convicción de que el autoritarismo penal no es lo más conveniente, al existir otra forma de solucionar los conflictos y lograr la paz social.

A diferencia de lo que todavía muchos creen, entre quienes incluso la propugnan para los conflictos civiles, consideramos que la mediación es una forma propicia y apta para acudir a la resolución de conflictos denominados delitos y una respuesta necesaria a las normas constitucionales que requieren que el régimen penal y procesal del menor tenga como fin que sea tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y valor, fortalezca su respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales de terceros, promueva su reintegración y asuma una función constructiva en la sociedad.-

“MEDIACIÓN CON ADOLESCENTES EN CONTEXTO DE ENCIERRO”

DR. CAR JAVIER RICARDO CABRAL LOS ACUÑA
Ministerio de Justicia y DD.HH, de la Provincia de Córdoba – Secretaría de Niñez Adolescencia y Familia – Centros Socioeducativos de Régimen Cerrados – Modulo IV – Complejo Esperanza.

INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo es abordar la temática sobre la mediación con adolescentes privados de libertad, alojados en el Modulo IV del Complejo Esperanza, acusados de haber cometido algún tipo de delito, es decir que se encuentran en un contexto de encierro.

La mediación es una respuesta constructiva para la resolución de conflictos, utiliza el potencial de la transformación positiva de las personas, promueve a la solidaridad y la prevención de conflictos.

Es un método alternativo de resolución de conflictos, al que optan las partes de manera voluntaria, con la asistencia de un tercero neutral, el mediador. Constituye un ejercicio de racionalidad y madurez, puesto que en lugar de dejar en manos de otra persona la resolución de conflictos, las partes reconocen la existencia de un problema e intentan llegar a un acuerdo consensuado, de modo que la solución será siempre aceptada por ambas, nunca será impuesta externamente, por lo que en caso de acuerdo, la forma de llevarlo a cabo será mucho más efectiva y asumida por las partes en conflicto.

El ejercicio de la mediación abarca espacios como ser la mediación familiar, la mediación en el ámbito escolar, la mediación judicial, la mediación comunitaria, etc.

Me parece que este método alternativo para resolver los conflictos podría ser de ayuda para mejorar las relaciones en el ámbito de los centros socioeducativos de régimen cerrado.

Los objetivos son los siguientes:

- Establecer si la mediación puede aportar mejoras de convivencia en los centros cerrados. Si colabora con herramientas para asegurar conductas positivas y aprender modos de acordar disputas que sean mutuamente beneficiosas para todas las partes involucradas.
- Relacionar la mediación en contexto de encierro con la comunicación. Si esta favorece en la facilitación de la comunicación.
- Focalizar la mediación en contexto de encierro como un enfoque transformador. Esta posibilidad de transformación se origina en el proceso de mediación como un potencial específico de transformación de los adolescentes, lo cual promueve el crecimiento moral.

SOBRE EL INGRESO A UNA INSTITUCIÓN CERRADA, PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y SU ABORDAJE

“Cuando la niña, niño o adolescente sea acusado de cometer un delito y deba permanecer en condiciones que no admitan su externación será ubicado en un establecimiento idóneo para su protección y atención integral y excepcional garantizando lo conducente al logro de su integración social a través de una atención que dé prioridad al abordaje educativo multidisciplinario con especial énfasis para el acceso al mercado laboral”[1] . La inclusión del joven en un establecimiento idóneo o dispositivo de régimen cerrado implica la privación estricta de su libertad.

Si para este abordaje nos paramos desde la pedagogía de la Presencia no solo debe tratarse de resocializar, sino de ofrecer al joven una posibilidad de socialización que le permita concretar un camino más digno y humano para la vida[2] . Solo así él podrá desarrollar las promesas (las posibilidades) traídas consigo al nacer. El primer paso y el decisivo para vencer las dificultades personales es la reconciliación consigo mismo y con los otros[3] .

El encierro contiene al joven como consecuencia del acto transgresivo y el encierro contienen una historia previa y otras transgresiones no sancionadas. El encierro no debería aplastar la subjetividad del “encerrado”, sino todo lo contrario, posibilitar su subjetivación, acompañándolo al encuentro de su historia, proceso en el que podrá comprender su vida y así poder significarla, darle un sentido propio al encierro que genero su actuar, esto es la verdadera responsabilidad, conectar al adolescente con su verdad, la que porta su acto.

Cuando esto sucede así, que a pesar de la maquinaria del encierro y la violencia que lo sostiene, el adolescente puede pensarse y proyectarse, generando sentidos y opciones para un retorno al otro lado del muro de donde vino, diremos que estamos en buen camino.

En lo que respecta al joven: cuando éste puede, comprender su accionar, el porqué de su acto y el consecuente encierro, pensarlo, pensarse y darle un sentido en este aquí y ahora, cuando el joven puede diferenciarse de su acto, desmenuzarlo o comenzar a hacerlo y comprender que es o fue en su vida, hablamos de un cambio favorable, "encontrarse consigo mismo" [4]. Las preguntas que pueden abrirse son múltiples. La Presencia ofrecida de un tercero, en este caso el mediador, posibilita al joven la apertura.

CAPÍTULO I

1.1 Enfoque de Derechos para la implementación de medidas alternativas que colaboren en la disminución de situaciones conflictivas.

En virtud de todo lo expuesto he elaborado una propuesta de intervención dentro del marco constitucional de reconocimiento expreso de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990 incorporado al art. 19 de la ley Nac. 26061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, Ley provincial 9944, haciendo hincapié en lo siguiente:

Perspectivas fundamentales:

1. El sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental. El encarcelamiento deberá usarse como último recurso.

a) Se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley;

b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

12. La privación de la libertad deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores. Deberá garantizarse a los menores recluidos en centros el derecho a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad.

IV. La administración de los centros de menores

B. Ingreso, registro, desplazamiento y traslado

24. En el momento del ingreso, todos los menores deberán recibir copia del reglamento que rija el centro de detención y una descripción escrita de sus derechos y obligaciones en un idioma que puedan comprender, junto con la dirección de las autoridades competentes ante las que puedan formular quejas, así como de los organismos y organizaciones públicos o privados que presten asistencia jurídica. Para los menores que sean analfabetos o que no puedan comprender el idioma en forma escrita, se deberá comunicar la información de manera que se pueda comprender perfectamente.

25. Deberá ayudarse a todos los menores a comprender los reglamentos que rigen la organización interna del centro, los objetivos y metodología del tratamiento dispensado, las exigencias y procedimientos disciplinarios, otros métodos autorizados para obtener información y formular quejas y cualquier otra cuestión que les permita comprender cabalmente sus derechos y obligaciones durante el internamiento.

Procedimientos disciplinarios:

66. Todas las medidas y procedimientos disciplinarios deberán contribuir a la seguridad y a una vida comunitaria ordenada y ser compatibles con el respeto de la dignidad inherente del menor y con el objetivo fundamental del tratamiento institucional, a saber, infundir un sentimiento de justicia y de respeto por uno mismo y por los derechos fundamentales de toda persona.

67. Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluido los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor. Estarán prohibidas, cualquiera que sea su finalidad, la reducción de alimentos y la restricción o denegación de contacto con familiares. El trabajo será considerado siempre un instrumento de educación y un medio de promover el respeto del menor por sí mismo, como preparación para su reinserción en la comunidad, y nunca deberá imponerse a título de sanción disciplinaria. No deberá sancionarse a ningún menor más de una vez por la misma infracción disciplinaria. Deberán prohibirse las sanciones colectivas.

68. Las leyes o reglamentos aprobados por la autoridad administrativa competente deberán establecer normas relativas a los siguientes elementos, teniendo plenamente en cuenta las características, necesidades y derechos fundamentales del menor:

a) La conducta que constituye una infracción a la disciplina;

b) El carácter y la duración de las sanciones disci-

plinarias que se pueden aplicar;

c) La autoridad competente para imponer esas sanciones;

d) La autoridad competente en grado de apelación.

69. Los informes de mala conducta serán presentados de inmediato a la autoridad competente, la cual deberá decidir al respecto sin demoras injustificadas. La autoridad competente deberá examinar el caso con detenimiento.

70. Ningún menor estará sujeto a sanciones disciplinarias que no se ajusten estrictamente a lo dispuesto en las leyes o los reglamentos en vigor. No deberá sancionarse a ningún menor a menos que haya sido informado debidamente de la infracción que le es imputada, en forma que el menor comprenda cabalmente, y que se le haya dado la oportunidad de presentar su defensa, incluido el derecho de apelar a una autoridad imparcial competente. Deberá levantarse un acta completa de todas las actuaciones disciplinarias.

71. Ningún menor deberá tener a su cargo funciones disciplinarias, salvo en lo referente a la supervisión de ciertas actividades sociales, educativas o deportivas o programas de autogestión.

77. Debería procurarse la creación de un cargo independiente de MEDIADOR, facultado para recibir e investigar las quejas formuladas por los menores privados de libertad y ayudar a la consecución de soluciones equitativas.

CAPÍTULO II

2.1 El desafío de la convivencia en un centro cerrado.

El Personal asignado a la asistencia de los jóvenes es el encargado de trabajar los aspectos convivenciales a través del contacto respetuoso, permanente y diario e introducir y promover el funcionamiento de las normas en su quehacer cotidiano.

A tal efecto se entiende por aspectos convivenciales a todas aquellas prácticas, valores, destrezas y habilidades que permiten y promueven una interacción respetuosa con otros, en base a las normas establecidas, sin desconocer la diferencia y la diversidad.

2.2 Implementación de mecanismos para Regular la convivencia entre los adolescentes que se encuentran privados de libertad.

Con la necesidad de adaptar los dispositivos existentes y plasmar por vía reglamentaria los principios y obligaciones normados en relación a los y/o las jóvenes que son resguardadas en los Centros Socioeducativos de la Secretaría de Niñez, adolescencia y Familia (SENNAF), que conviven con pares y con el personal asignado a su asistencia, Se implementa a partir de marzo del año 2014 a través de la Resolución Nº 12 del Ministerio de Desarrollo Social de la provincia, el **Reglamento Interno de Convivencia para Centros Socioeducativos Cerrados** dependientes de la Secretaria de Niñez, adolescencia y familia (SENNAF).

Se pretende que la reglamentación sea posibilitadora del desarrollo de la persona de los Jóvenes, promocionando y protegiendo integralmente los derechos que les reconoce la Convención de los Derechos del Niño y que garantiza la Ley Provincial 9944, en consonancia con la Ley Nacional 26.061.

Todo ello avanzando en la consolidación de un sistema respetuoso de los Derechos Humanos y adecuado a los estándares previstos en la normativa internacional que rige en la materia.

El reglamento se propone regular las relaciones entre las personas que conviven circunstancialmente en los Centros Socioeducativos de la SENNAF, en el marco de los roles diferenciados y asimétricos que unen a jóvenes y personal asignado a su asistencia, y desde allí, integrar la finalidad única de hacer del resguardo de los Jóvenes una oportunidad de reinserción social.

El resguardo de Jóvenes debe concretarse en función de dar a la persona la oportunidad de revincularse saludable y ciudadanamente al conjunto social al que debe retornar como actor de una construcción que enaltezca la cultura del trabajo y del estudio, del respeto por la diferencia y la diversidad, y del democrático ejercicio de la identidad en un contexto de igualdad.

Esta reglamentación, orientada en los lineamientos citados, pretende ser un modelador desde la óptica educativa, de un modo socialmente insertado e integrado de vivir, en el que la existencia de normas, reglas y leyes, sea el marco en que puede desenvolverse armónicamente la convivencia humana, resolviendo conforme a derecho los inherentes conflictos.

Aspira el Reglamento a concebir un dispositivo que se valga de una intervención programática, integral y socioeducativa, que intente construir con el joven un escenario que lo aleje de la trasgresión de la norma, posibilitando su posterior inclusión social, su vinculación familiar haciéndolo protagonista y responsable de un proyecto de vida en comunidad.

Todo ello deberá darse en el marco del estricto respeto al "interés superior del niño, niña y/o adolescente", con una mirada amplia dirigida a la protección de sus intereses, teniendo como objetivo primordial la re vinculación social y los extremos que a esta le atañen, El "derecho a ser oído" del que gozan los jóvenes, y la consonancia de este derecho con su respectiva "capacidad progresiva", contemplada en el caso concreto, serán también parte del andamiaje que sirve aquí de sustento.

2.3 Hacia una definición de los Conflictos Convivenciales en contexto de encierro.

Las condiciones objetivas y subjetivas que condicionan la convivencia de jóvenes en contextos de

encierro, generan frecuentes episodios de violencia, que muchas veces son la consecuencia directa de la forma de dirimir diferencias entre los jóvenes alojados, o entre ellos y el personal.

En consecuencia, distintos y cotidianos conflictos de intereses, interpersonales e intergrupales, disputas por la asignación y la legitimación de roles, se saldan habitualmente imponiendo una visión unilateral que responde en muchos casos a la relación de fuerzas internas y la violencia.

La vida en los centros socioeducativos cerrados presenta peculiaridades que influyen siempre de manera negativa en las relaciones personales y grupales.

En ese marco los conflictos se potencian y multiplican a partir de datos objetivos tales como la diversidad y la multiculturalidad, y una convivencia forzada, en espacios reducidos, con personas con las que se tiene poco en común, y donde las clasificaciones y las formas de agrupación de los jóvenes responden a lógicas administrativas que no siempre atienden a esas particularidades y a esa diversidad.

Los jóvenes tienen el derecho a una convivencia armónica, aún en las condiciones difíciles en que deben cumplir su internación en los centros, de tal suerte que la misma facilite en el joven la incorporación del respeto a las normas y desarrolle en ellos capacidades compatibles con ese mandato constitucional.

El carácter no aflictivo de las penas, muchas veces se desvanece frente a las formas particularmente violentas que, en la práctica, priman en los contextos de encierro, y a la puesta en riesgo del ejercicio de derechos que formalmente le asisten.

Si estos jóvenes son ciudadanos a los cuales se les limita únicamente el derecho a su libertad física por el término que corresponde, deben como tales acceder de manera irrestricta al resto de los derechos y garantías que no les han sido debilitados.

Uno de esos derechos lo constituye el derecho a un desarrollo en paz, para lo cual las modalidades alternativas o no violentas de resolución de conflictos importan un insumo fundamental a tales fines;

Lo que se pretende con la presente iniciativa es -justamente- devolver esos conflictos a los propios interesados, y dotarlos de los insumos y las capacidades necesarias como para resolverlos apelando a formas dialógicas, donde la responsabilización, restauración y la reparación sean los paradigmas fundamentales a partir de los cuales los mismos se diriman, antes que la lógica acción/reacción imperante.

Estos cambios cualitativos suponen una adecuación para nada sencilla, que rompe con rutinas adversariales donde los conflictos arrojan ganadores y perdedores.

Entre los jóvenes alojados la propuesta fue necesariamente hacer hincapié en la idea de concebir al conflicto como una potencialidad, como un patrimonio antes que como un problema. Y al otro como alguien que interactúa en una problemática común, y respecto del cual la hostilidad, las ansias de venganza y la violencia interior, dificultan sobremanera la resolución del conflicto a través de vías superadoras.

El personal en contacto directo con los jóvenes, a su vez, comenzó a reformular las lógicas disuasivas de solución de problemas.

La base del éxito de estos abordajes radica en la estimulación del diálogo entre las personas y en fortalecerlo de cara a la cotidianeidad.

CAPÍTULO III

APLICACIÓN EN TERRENO DEL MÉTODO ALTERNATIVO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONVIVENCIALES

A los fines de la puesta en práctica de tal iniciativa en el Modulo IV del Complejo Esperanza, lugar en el cual se alojan a adolescentes entre 13 y 15 años, acusados de haber cometido algún tipo de delito, lleve adelante un espacio de mediación para la Resolución de Conflictos Convivenciales.

En forma conjunta con la Dirección del establecimiento nos encargamos de la implementación, seguimiento y evaluación de las pautas de convivencia y determinación de medidas socioeducativas de los jóvenes alojados en el módulo y definiendo el procedimiento de mediación/conciliación, basado en la comprensión, la tolerancia, la paciencia.

De esta forma todo lo atinente a Medidas no estuvo solamente a cargo de los responsables de gestión (directores) del centro ni del personal en contacto directo (Guardias/maestros).

Esta intervención se dio con la aplicación del Reglamento Interno de Convivencia, donde esta explicitados claramente el sentido y alcance de las Medidas y de la mediación/conciliación, la participación de los Operadores Convivenciales, la delimitación de los orígenes de los conflictos, los plazos que durará cada abordaje, las técnicas y rol del mediador y las formas que asumirá las conclusiones.

Los fines y objetivos, planteados desde el espacio fueron:

Proponer y poner en práctica los procedimientos y estrategias de Resolución Alternativa de Conflictos, en el establecimiento socioeducativo.

Todo joven o adolescente, alojado en el establecimiento socioeducativo cerrados señalado como autor de una infracción tiene derecho a recurrir a la mediación/conciliación, para solucionar sus diferencias y conflictos derivados de sus relaciones interpersonales

e intergrupales, con los alcances y en la forma que establecen Las Pautas de Convivencia.

Los principios en los que se basan las Pautas de convivencia son los siguientes: lógicas no violentas ni punitivas en la resolución de los conflictos que se suscitan intramuros, celeridad, autonomía de la voluntad de las partes, igualdad de las partes, confidencialidad, privacidad, informalidad y flexibilidad del procedimiento, buena fe, solidaridad.

Como mediador desempeñe el rol de comunicador entre las partes, situando correctamente la cuestión objeto del conflicto; sin ser árbitro ni juez, ya que no era quien resolvía en definitiva, al carecen de poder de decisión, sino que lo hacían las partes implicadas.

El proceso de Mediación estaba adaptado a la cotidianeidad institucional en cuanto a su tiempo y forma procurando ser un proceso simple y flexible.

El proceso de Mediación fue, en principio y salvo convención en contrario, confidencial, pudiendo las partes celebrar un acuerdo en el que se establecieron las reglas del proceso y se garantizó que nada de lo que allí se hablo fue transmitido fuera del ámbito del procedimiento. Tampoco, en ese caso, se reproducía nada de lo que en el procedimiento se decía, con excepción de los ejercicios de devolución, evaluación e intercambio que se consideraba oportuno hacer con sus pares respecto del caso al que debía asistir en tal condición.

En el proceso rigió el principio de celeridad, tendiente a que los conflictos se resuelvan en plazos breves, pudiendo pactar las partes un término máximo para arribar a una solución de los mismos.

El procedimiento de mediación se daba por terminado:

Al llegar las partes a un acuerdo y firmarlo, el acta en la que se plasma el acuerdo de conciliación cumplía con los siguientes requisitos básicos:

a) Lugar, hora y fecha en que se tomó el acuerdo.
b) Nombres, apellidos de las partes.
c) Nombres, apellidos de los miembros del consejo.
d) Relación detallada de los acuerdos adoptados.
e) Firma de las partes que hubieren intervenido en la audiencia en la que se llegó al acuerdo.

De no llegar las partes a un acuerdo, debían continuar con la medida que correspondía según las pautas de convivencia.

Las mediaciones con adolescentes se basaron en el concepto de responsabilización, entendido esto como una forma de trabajar el reconocimiento de las infracciones cometidas, las consecuencias que su accionar tiene para el otro y para consigo mismo, y su voluntad de reparar o compensar; todo ello a partir de la confrontación del sujeto con el propio acto cometido.

Se partía de la idea que trabajando la responsabilidad, se actúa directamente sobre la capacidad del adolescente o joven de reflexionar sobre sus acciones y el encuentro con el otro - siempre que sea posible - aporta al joven nuevos elementos que le permiten modificar su perspectiva de los hechos y producir cambios en su actitud.

En este sentido y en la medida que el espacio facilita y dirige el proceso de mediación se convierte también en educador, interviniendo en el proceso de desarrollo que permite al joven modificar sus pensamientos, sus actitudes, sus valores y su conducta, proporcionándole un modelo de resolución de conflictos que pueda transferir a futuras situaciones de conflicto.

Se ofrecía un espacio al joven para que pudiera hacer efectiva una propuesta de reparación del daño causado con su accionar. En este espacio pude observar que cuando el encuentro con el otro es posible, el trabajo conjunto es muy importante. La persona agredida tiene posibilidades de construir una imagen real del otro joven.

Para el propio joven infractor, al permitirle la participación en el proceso de resolución del conflicto con la persona agredida, es también una oportunidad para brindar una imagen real de su persona, de las circunstancias personales que pueden haber influido en la comisión del hecho. La posibilidad de expresarse, de descubrir a la persona que tiene adelante, de tomar conciencia del perjuicio y proponer una reparación, ayuda a su revalorización, el encuentro con su dignidad y su inserción social.

Al trabajar conjuntamente con ambos protagonistas, se posibilito la reconstrucción del vínculo, favoreciendo esto la reinserción del joven en su medio actual.

El acceso a estas medidas alternativas, con los objetivos educativos y reparadores, tenía un contenido preventivo, con el fin de evitar futuros conflictos.

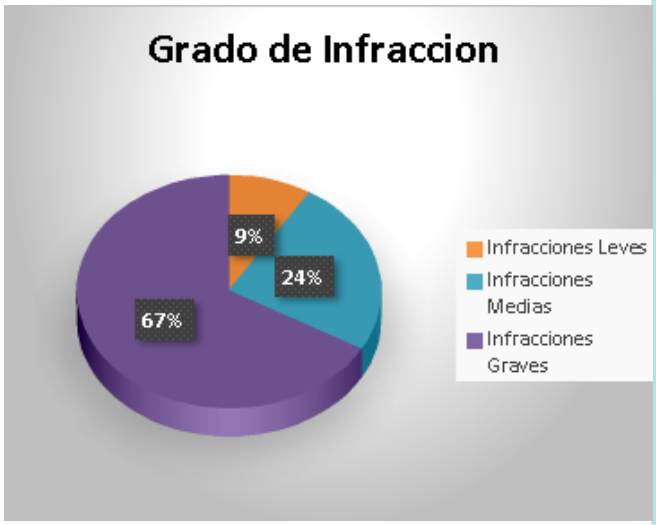
CAPÍTULO IV: SISTEMATIZACIÓN DE LOS DATOS OBTENIDOS.

4.1 CLASIFICACIÓN DE INFRACCIONES SEGÚN LOS 78 PARTES DISCIPLINARIOS ELEVADOS POR EL PERSONAL

Desde el 1º de septiembre de 2015 hasta el 20 de octubre del mismo año se receptaron 78 Partes Disciplinarios en los cuales se determinaba el grado de la supuesta infracción cometida, es decir, leve, media o grave, según el Reglamento Interno. (Ver Anexo).

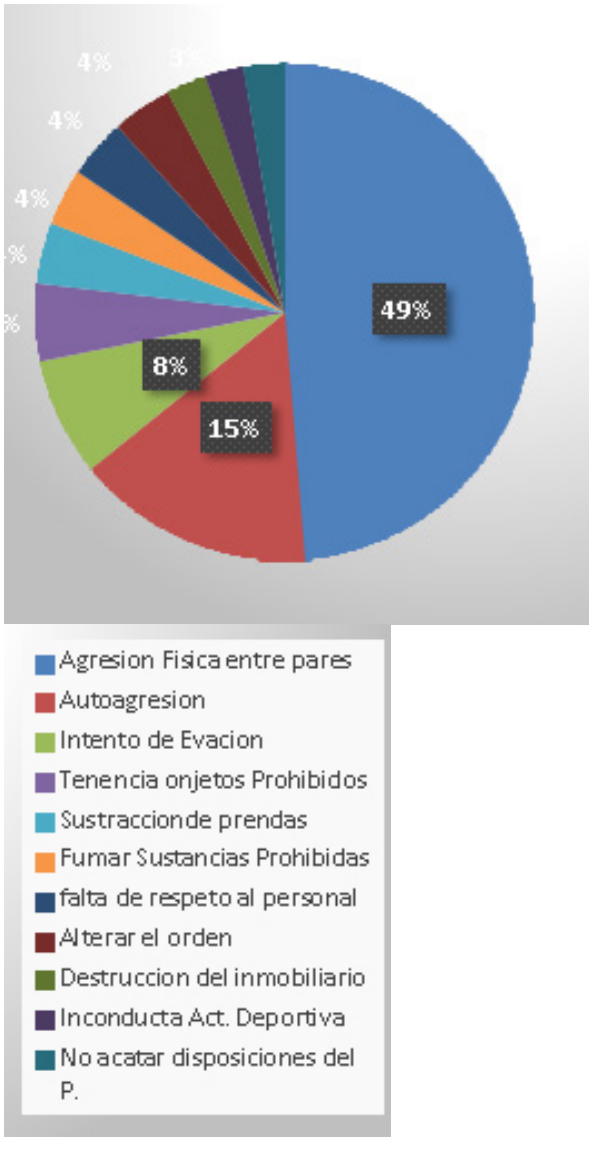
4.2 TIPO DE INFRACCIÓN COMETIDA EN LOS 78 CASOS ABORDADOS

Infracciones Leves	7	9%
Infracciones Medias	19	24%
Infracciones Graves	52	67%
Total	78	100%



TIPO DE INFRACCIÓN

Agresión Física entre pares	38
Autoagresión	12
Intento de Evasión	6
Tenencia objetos Prohibidos	4
Sustracción de prendas	3
Fumar Sustancias Prohibidas	3
Falta de respeto al personal	3
Alterar el orden	3
Destrucción del inmobiliario	2
Inconducta Act. Deportiva	2
No acatar disposiciones del P.	2
TOTAL	78

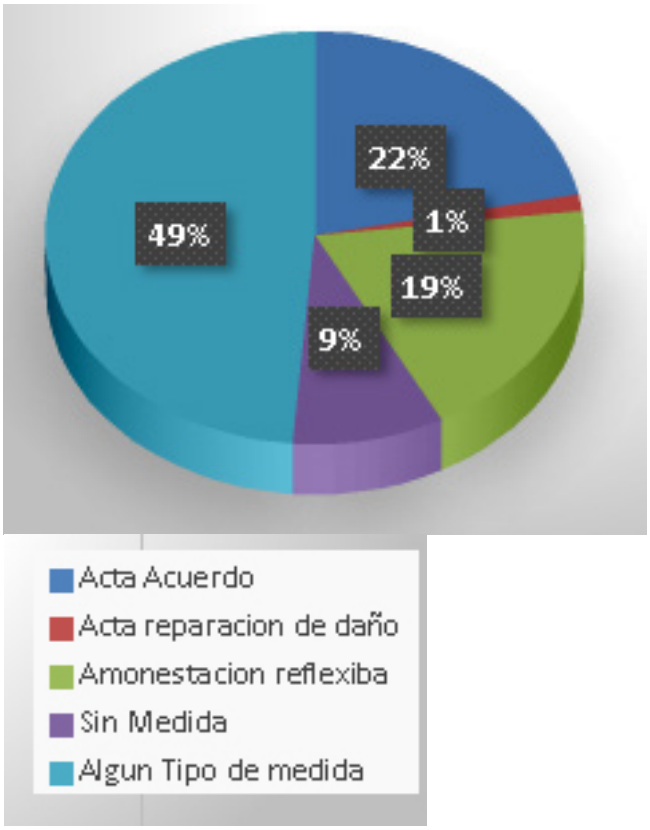


4.3 TIPO DE RESOLUCIÓN ALCANZADA DESPUÉS DE LA INTERVENCIÓN

Los 78 casos por infracción al Reglamento Interno de Convivencia se resolvieron de la siguiente manera:

Acta Acuerdo	17
Acta reparación de daño	1
Amonestación reflexiva	15
Sin Medida	7
Algún Tipo de medida	38
	78

TIPO DE RESOLUCIÓN

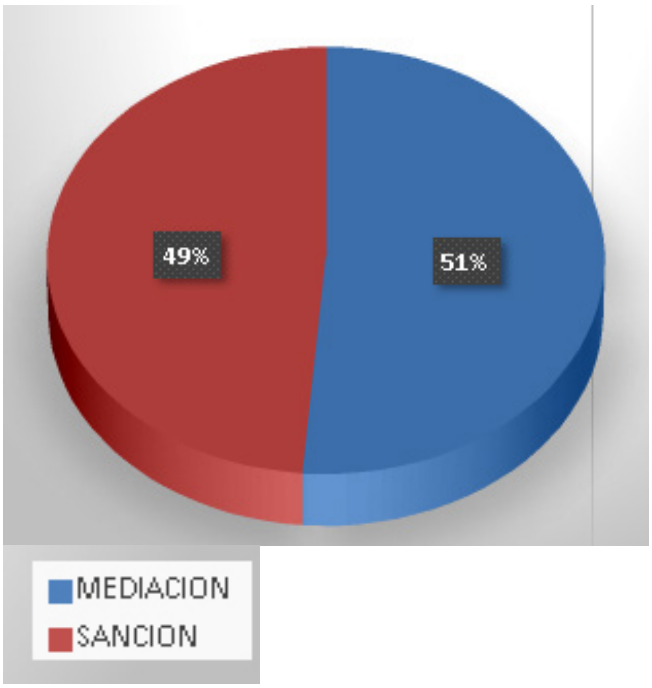


4.4 RESOLUCIÓN DE LOS CASOS A TRAVÉS DE LA MEDIACIÓN

Del total de las infracciones cometidas, es decir de los 78 casos, más del 50 % fueron resueltas por medio de la mediación.

MEDIACIÓN	40
SANCIÓN	38
Total de casos	78

MEDIDAS



OBSERVACIONES FINALES A MODO CONCLUSIÓN

A partir de mes de Octubre de 2015 comencé a implementar como pasantía, un espacio de "Resolución de Conflictos Convivenciales", a través de la Mediación en contexto de encierro, en el Centro Socioeducativo de régimen cerrado Modulo IV del complejo esperanza; dicha implementación se fue dando de forma gradual, a cada turno de guardia se le entrego una copia del Reglamento Interno de Convivencia (Reso. Nº 12 de SENNAF) para que el mismo sea comentado y discutido con todo el personal en contacto directo con los jóvenes, como así también se mantuvieron charlas con los jóvenes, sector por sector, para informarles a todos sobre la nueva modalidad, el tema se tomó con bastante seriedad y compromiso por parte de los jóvenes.

La implementación de dicho Reglamento ha sido en forma paulatina ya que al comienzo de esta experiencia el personal ofrecía cierta resistencia, lo cual estaba previsto y es entendible ya que una de las mayores

dificultades por las que atraviesan las personas es la de poder cambiar sus pensamientos, actitudes, comportamientos o conceptos.

Dicha resistencia fue mermando una vez que entendían que el cambio propuesto no era con el fin de perseguir y/o controlar al personal sino que está enfocado hacia la accesibilidad de derechos de los jóvenes, por ejemplo, tienen derecho a ser oído: presentar individualmente sus quejas o formular peticiones a las autoridades de la institución, y muy especialmente en el caso de ser sancionado, lo que también incluye el derecho a la apelación de la medida a la autoridad superior del Centro. Como así también que el Reglamento de convivencia es la enunciación de los derechos y obligaciones de los residentes (y los operadores del sistema) en el Centro. Tiene el propósito de establecer límites de comportamiento de los actores institucionales en función de los objetivos planteados, en el marco de una concepción democrática de las relaciones sociales y el legítimo ordenamiento de las funciones institucionales, en consecuencia de esto, Las transgresiones a las pautas de convivencia ahora son sancionadas de acuerdo a un procedimiento previsible y legítimo, acorde a los lineamientos contenidos en el Proyecto Institucional. Este esfuerzo institucional por establecer sanciones formales sobre la base de una normativa legal tiende, por un lado, a reducir tanto como sea posible la tendencia al castigo informal (y muchas veces cruel) por comportamientos que no transgreden normas explícitas sino imposiciones de líderes negativos. Por otro lado, debe constituirse en otra experiencia más de aprendizaje, sobre todo en la experiencia de relación con los otros (finalidad socioeducativa de la medida).

Es así que durante los meses de pasantía se realizaron 78 (setenta y ocho) resoluciones por faltas leves, medias y graves, la elaboración de los partes disciplinarios en el día de la fecha han mermado de manera considerable y esto puede obedecer a que ya no existen medidas arbitrarias donde cada uno sancionaba según su propio parecer y no existía un criterio único entre los distintos turnos. Con el paso del tiempo el proceder del personal ante situaciones conflictivas se ha modificado, se están tomando medidas conciliadoras o mediadoras entre el personal y los jóvenes.

Los partes disciplinarios elevados suelen ser por frecuentes episodios de violencia, que muchas veces son la consecuencia directa de la forma de dirimir diferencias entre los jóvenes alojados, por tal motivo se procedió a la entrevista con los protagonista de dichos episodios para mediar entre ambos, llegando a un acuerdo de convivencia no violenta, cabe destacar que después del proceso de mediación, firmado el acuerdo y de un seguimiento, no existieron nuevos enfrentamientos entre los mismo involucrados.

En este corto lapso de prueba se puede visualizar que La mediación y la negociación son herramientas fundamentales en la gestión y resolución de conflictos interpersonales entre los diferentes actores institucionales, sobre todo los residentes. Es por ello que Dichos Procesos deben consolidarse y ser instrumentados y desarrollados como experiencias de aprendizaje en la consideración y el respeto por el otro y sus derechos y así la institución en su conjunto se constituirá, a través de estos instrumentos, en ámbitos de aprendizaje del respeto por los derechos de las personas.

Con respecto a los objetivos planteados creo haber podido mostrar la importancia de la introducción de esta alternativa para la resolución del conflicto en los centros cerrados, no solo para poder resolver los conflictos actuales sino para poder prevenir futuros conflictos.

Sobre otro de los objetivos, en relación hacia el enfoque de la mediación, creo que es conveniente utilizar en este ámbito, el modelo transformativo, orientado a la comunicación y a las relaciones interpersonales de las partes. El objetivo para dicho enfoque no es el acuerdo sino el desarrollo de cambio de los adolescentes al descubrir sus propias habilidades.

Y para terminar me pareció fundamental poder demostrar la importancia que tiene tres cosas 1- Fomentar la comunicación, 2- mejorar la habilidad para comunicarse. Y 3- el papel que el dialogo juega en la mediación◆

BIBLIOGRAFÍA

- Convención sobre los derechos del niño, Ley 26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes y su Decreto Reglamentario, Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de menores (Reglas de Beijing) aprobadas por la Asamblea Gral. En su Resolución 40/33, Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, de la ley Provincial de Córdoba Nº 9944.
- Fichas De Trabajo DINAI, para los equipos de los Dispositivos penales Juveniles 2006-2010 (2010).
- Herramientas para trabajar en mediación – Francisco Diez y Gachi Tapia
- Resolución Nº 991 Secretaria nacional de Niñez Adolescencia y Familia.
- Mediación escolar
- La Mediación en conflictos familiares – Eduardo José cárdenas , lumen/humanista
- Programa Nacional de Convivencia escolar (cuadernillo II III) Ministerio de educación Presidencia de la Nación.
- Manual para la defensa del Derecho a la Integridad Física y a la Dignidad de las Personas – Josep Carbó.
- Programa de Mediación Penal Juvenil provincia de Neuquén.
- Monografía: La mediación penal Juvenil como nuevo Paradigma Social – Alumno Omar Nallim, Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Derecho, Registro Nº 16585.
- Avances y desafíos de Un Sistema Penal Juvenil En Construcción.- Ministerio de Desarrollo Social Presidencia de la Nación, Ministerio Publico de la defensa, UNICEF – Noviembre 2009.
- Procedimientos penales Juveniles a nivel Provincial, Estado de Avance de la Adecuación a la Convención Sobre los Derechos Del Niño en la Reforma Legislativa y en la Jurisprudencia Provincial.- Secretaría Nacional De Niñez Adolescencia y Familia, UNICEF, 2011.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 10

(2007) "Los derechos del niño en la Justicia de menores."
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 12 (2009) "El Derecho del niño a ser escuchado".
- Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del art. 44 de la convención; "Observaciones Finales: Argentina". (Junio 2010).
- Reglamento Interno De Convivencia para Centros Socioeducativos Cerrados dependiente de Senaf. Reso. Nº 12 Ministerio de Desarrollo Social – Octubre 2014.

ANEXOS

Anexo 1: Reglamento Interno de Convivencia para centros Socioeducativos Cerrados dependientes de Senaf.

Anexo 2: Resoluciones y Actas Acuerdos.

CITAS

[1] Articulo 82 ley de promoción y protección integral de los derechos de las niñas niños y adolescentes N° 9944. Pcia de Córdoba.2011

[2] Gómez Da Costa, Pedagogía de la Presencia -1995-

[3] Gómez Da Costa, Pedagogía de la Presencia -1995-

[4] Gómez Da Costa; Pedagogía de la presencia – 1995-

FEMINISMO… ¿EN LA NIÑEZ?

SANDRA VERÓNICA RIVERA RAMÍREZ
Estudiante mexicana de Relaciones Internacionales
Mail: veronica.newage@gmail.com ***Twt:*** VeronicaRmz27 ***FB:*** Verónica Rivera

En los últimos años, hemos escuchado constantemente hablar sobre el feminismo. En pláticas cotidianas con la familia o los amigos, en algunas clases de la escuela, en el vaivén de las calles, en los medios de comunicación, en redes sociales e incluso en los centros religiosos. Sin embargo, considero que hemos aprehendido un concepto o una manera de ver la realidad que no es lo que parece.

Normalmente atribuimos al feminismo una ideología que busca que las mujeres tengan "más" derechos que los hombres; es decir, al parecer de algunos cuantos, el feminismo significa buscar una superioridad de una persona sobre la otra. Por supuesto que lo anterior es una hipótesis completamente equivocada.

El feminismo, como ideología o movimiento social, pareciera incluso ser una corriente del pensamiento de los años más recientes. Sin embargo, es un movimiento que se ha ido gestando a través de la historia y que ha ido concretando cada vez más sus objetivos centrales: generar conciencia en las mujeres y en los hombres sobre la dominación, la opresión y la discriminación generalizada que ha sufrido el primer grupo, para que sea momento de exigir los derechos humanos fundamentales que por el simple hecho de ser seres humanos (independientemente de su sexo o género) les pertenecen; además es una teoría que busca el involucramiento, tanto de mujeres y niñas como de niños y hombres, para que juntos sean parte del proceso de transformación que la sociedad requiere, de forma tal que se logre vivir en igualdad de derechos y oportunidades.

Es entonces en este punto, donde me gustaría abordar la diferencia que existe entre equidad e igualdad. Normalmente esos dos conceptos se toman como sinónimos; sin embargo, el primero se debe entender como un punto de partida en el que se reconocen las necesidades respectivas de cada mujer y de cada hombre y con base en ello, el trato hacia unos o hacia otros sea justo. Es decir, la equidad se entiende bajo una atmósfera ética y moral en términos de beneficios, obligaciones y oportunidades. Por su parte la igualdad, como principio universal, reconoce que tanto hombres como mujeres son iguales ante las leyes y además va mucho más allá de eso. La igualdad de género en particular, busca la igualdad real de oportunidades y de derechos entre ambos grupos sociales. Por tanto, la igualdad es cuando todos los seres humanos son libres para desarrollar sus propias capacidades personales y actúan guiados por su propia esencia, de forma tal que las decisiones que ellos mismos toman, son sin limitaciones marcadas por la propia sociedad.

Ahora bien, es muy importante mencionar que el término "feminismo" recae directamente en las mujeres por la asociación que tiene el concepto con lo "femenino". Desde mi punto de vista, sí se presta a una malinterpretación por ese juego de palabras, por lo tanto, es necesario estar bien informados sobre el significado real de los conceptos y sobre todo de teorías que son tan importantes hoy en día.

Además de lo anterior, el término feminismo; o la concepción de buscar igualdad en oportunidades y derechos y equidad para un trato justo, se atribuye directamente a las mujeres porque a lo largo de la historia ha sido el "grupo minoritario" que más se ha visto perjudicado. No obstante, existen otros grupos que también han sufrido discriminación y tratos diferenciados en todas las sociedades y en todas las épocas. Tenemos el caso, por ejemplo, de la comunidad LGBTTI, afroamericanos, personas con capacidades diferentes, migrantes, la niñez y los grupos de jóvenes, etc. Por tanto, considero que, de aplicar el feminismo en la vida diaria, los tratos injustos y los abusos se irán erradicando y solamente así lograremos una sociedad más justa, equitativa y resiliente.

Es imperante que, desde organismos internacionales, instituciones gubernamentales, sector empresarial privado, la academia y la sociedad civil organizada, se busque educar en igualdad e involucrar a las y los niños y a la juventud en general en temas de equidad. Las políticas públicas deben estar pensadas con base en las necesidades de estos grupos en especial, pues son ellos quienes se encargarán de redirigir el mundo en el que estamos viviendo. La inclusión en particular de las niñas y las mujeres, el empoderamiento de ellas

mismas y la participación activa en sociedad, serán la herramienta clave para la transformación urgente y necesaria que necesitamos.

Si un infante crece en un ambiente de igualdad, de no discriminación, de tolerancia y de respeto; en sí en un ambiente de derechos humanos, lograremos tener en un futuro ciudadanos conscientes y sobretodo capaces de sentir y de expresar sus sentimientos como seres humanos. Todas y todos, debemos involucrarnos en una transformación real, que deje huella y que logre le igualdad sustantiva en acciones y hechos verdaderos.

Sin duda alguna, la **historia tiene una deuda enorme hacia las mujeres.** Es trascendente que, en todas las sociedades del mundo, se respeten, se defiendan y se hagan valer los derechos humanos que están estipulados en distintas declaraciones e instrumentos internacionales. Es de vital importancia reconocer que las mujeres ya no somos un grupo minoritario ni mucho menos vulnerable y que, por el contrario, entre más nos involucremos las mujeres en las distintas esferas de la vida, más justas serán nuestras sociedades. De igual manera, es necesario entender que hablar de feminismo no es sinónimo de estar en contra de los hombres. Al contrario, es comprender que solamente entre hombres y mujeres, trabajando hombro con hombro y con las mismas oportunidades de desarrollo personal, el rumbo de la historia va a cambiar y solo así lograremos las comunidades que merecemos◆

EVOLUCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EMBARAZO EN ADOLESCENTES.

AB. CHRISTIAN APROSOFF

INTRODUCCIÓN

Según datos de diferentes organizaciones entre ellas Unicef Argentina, los países que comprenden Latinoamérica y el Caribe son la segunda región mundial con mayor cantidad de embarazos adolescentes y es importante saber que en Argentina se mantiene estable el número de embarazos adolescentes por año en el periodo de los últimos 20 años. El origen de estas situaciones en algunas es cultural como en grupos étnicos pero en otros es falta de información certera al convivir con tantos canales de comunicación que llegan a esta población y debemos ser conscientes que los adolescentes no conforman un grupo homogéneo como fue ya referido por diversas fuentes, teniendo en común solo la edad. Al considerarlo un grupo heterogéneo estos viven en circunstancias diferentes y tienen necesidades diversas. En la actualidad se observa que hay una libertad sin responsabilidad de los medios de comunicación y donde los padres de estos adolescentes suelen trabajar jornada completa para poder satisfacer necesidades del núcleo familiar quedando relegado el dialogo entre los integrantes de la familia ante diferentes situaciones problemáticas, entre ellas el embarazo adolescente.

Evolución de la Autonomía de la voluntad en Adolescentes.

A través de los siglos diferentes influencias y necesidades de la sociedad llevaron de manera favorable aunque lenta la evolución de la familia actual, logrando en la actualidad preservar el interés fundamental en los niños, niñas y adolescentes basados en la solidaridad de los lazos familiares. Es por ello que desarrollaré brevemente la evolución de los derechos de los menores de edad para comprender un poco más como llegamos a la actual autonomía de la voluntad de los adolescentes.

En el Imperio Romano, el Derecho primitivo utilizado estaba caracterizado por ser un poder ejercido sobre todas las personas que constituían el núcleo familiar. Es así que el páter o padre respecto a los miembros de su familia, tenía el poder sobre la vida y la muerte.

Al llegar la época de la República esos poderes se encontraban limitados en virtud de la intervención de los magistrados públicos, se prohibieron los castigos extremos como la muerte y se comenzó a juzgar en forma pública los delitos. En materia patrimonial el "páter" era el titular del patrimonio de todos los integrantes del

núcleo familiar.

El Cristianismo tiene una incidencia fuertemente marcada en esta institución, ya que su protección va más allá de la autoridad paterna y es el interés de los hijos.

Avanzando en el tiempo, "el Derecho Español medieval manifestaba que la autoridad de los padres es sumamente amplia y se fue atenuando a través del tiempo, pero la misma mostró una clara intención de proteger al menor desprotegido asemejándose al Derecho Germánico" (López Díaz, 2005, p. 23). Además, la voluntad de los padres era decisiva en la celebración del matrimonio y esponsales, con el tiempo ganó cada vez más en importancia la voluntad de los contrayentes.

En la actualidad y sin pretender seguir un histórico detallado de la evolución que tuvo la autonomía de la voluntad de los adolescentes, en Argentina se observa que en el código Veleziano en su artículo 126 y consiguientes, los menores eran aquellos que no habían cumplido los 18 años, por lo tanto eran incapaces para cualquier acto jurídico y si fueran padres adolescentes estaban privados de ejercer la patria potestad de sus hijos, en consecuencia se ejercerá la tutela sobre el progenitor quien tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, sin tener en cuenta la opinión del menor, salvo que se emanciparan con determinados requisitos.

La gran maestra Lloveras (2009) refiere que en la reforma del año 1994 de nuestra Constitución Nacional se introdujo expresamente la jerarquía constitucional de diversas disposiciones internacionales sobre la igualdad y la familia, entre ellos la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en sus Art. 2 y 12 sobre la igualdad y a su vez declara en los Art. 5, 6 y 7, estableciendo derechos sobre la familia, su constitución, a su protección y en la protección de la maternidad e infancia, brindando cuidados y ayuda especial a la mujer y al niño que así lo requiera.

También expresó sobre el derecho a la familia en su preámbulo, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y en sucesivos artículos basándose en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. A su vez sostiene que la igualdad como fundamento constitucional de las relaciones familiares, determinará en cada supuesto el derecho reglamentario más beneficioso para garantizar los DD.HH. de cada uno de los protagonistas de aquellas. Es así que las familias se asisten solidariamente entre ellos generando una retroalimentación donde uno asiste a los otros y la vez ellos asisten al otro. Esto se basa en la cooperación y colaboración para la realización personal y grupal de los miembros de la familia.

Siguiendo la ideología de la Dra. Lloveras (2009) expresa que la familia en nuestra constitución se construye en base a la solidaridad familiar y que es uno de los fundamentos constitucionales de la protección y el resguardo de los institutos transcendentales del Derecho de Familia, entre ellos los alimentos, la asistencia, la seguridad social, la protección y trato digno entre los miembros de la misma asegurando además el pleno de desarrollo en todos sus aspectos de los niños, niñas y adolescentes.

El vigente CCCN que tiene vigencia desde el Primero de Agosto del 2015, atribuye un gran protagonismo a la autonomía de la voluntad, basándose en la convención sobre los derechos del niño quedando redactado de la siguiente manera:

"ARTICULO 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo."

Leyes que protegen a la Mujer Adolescente embarazada.

Desde 1985 en Argentina se avanzó en materia de disposiciones jurídicas ratificando tratados que promueven los derechos de las mujeres contra la discriminación y la desigualdad que estas sufren por motivos de género. Estos derechos se encuentran en diferentes niveles que van desde las convenciones internacionales, incluyendo regionales, leyes nacionales, provinciales en la mayoría de las provincias y ordenanzas municipales.

A nivel internacional, los Derechos Humanos se han ocupado de la discriminación por género en diversos aspectos, siendo en la actualidad un compilado de gran importancia que rige para nuestro país. Entre las principales normativas que protegen los derechos de las mujeres, podemos citar, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra

la mujer ratificada por nuestro país en el año 1985, por ley número 23.179, recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana (Herrera y Spaventa, 2008).

En el Art. 12 punto 2 de la ley 23.179 refiere que los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia. Este artículo sentará las bases para otras leyes nacionales que brindaran protección a las madres adolescentes.

En Junio del 2000 se sanciona la ley Nº 25.273 creándose un Régimen Especial de Inasistencias Justificadas como así lo justifica en su art. 1 alegando por razones de gravidez para alumnas que cursen los ciclos de Enseñanza General Básica, Polimodal y Superior No Universitaria en establecimientos de jurisdicción nacional, provincial o municipal, que no posean una reglamentación con beneficios iguales o mayores a los que otorga esta ley. Pero esta ley nada habla de la no discriminación en Institutos privados.

El 28 de noviembre de 2003 se promulga por el Honorable Congreso de la Nación la ley 25.808 que modifica el artículo 1º de la ley 25.584 prohibiendo que en las instituciones de educación pública y privada se impida la prosecución normal de los estudios de las alumnas embarazadas o madres en período de lactancia.

La Ley 26.061 que corresponde a la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes brega la prohibición de discriminar por estado de embarazo, maternidad y paternidad y asegurar la continuidad y finalización de los estudios de las niñas, niños y adolescentes. Además se tiene en cuenta que a la mujer privada de su libertad será especialmente asistida durante el embarazo y el parto, y se le proveerán los medios materiales para la crianza adecuada de su hijo mientras éste permanezca en el medio carcelario, facilitándose la comunicación con su familia a efectos de propiciar su integración a ella.

Este artículo es de vital importancia porque en la escuela pública y privada se elimina la discriminación que se realizaba a través de sanciones disciplinarias y por consiguiente la marginación de la mujer adolescente quien no podía finalizar sus estudios o bien terminaban siendo obligadas a la entrega en adopción de su hijo/a contra su voluntad para poder finalizar sus estudios y evitar cargas que la misma sociedad le imponía siendo estigmatizada.

Además todo niño que se vea afectado por un proceso tiene derecho a que le designen un abogado de su confianza, y en caso que no lo posea, el Estado deberá asignar uno de oficio. Desde este punto de vista, el derecho de defensa técnica establecida en el art. 27 de la ley 26.061 es una garantía que obliga al Estado a hacerla efectiva. De ello se infiere que es un derecho del niño contar con dicha asistencia letrada. Así para el niño la designación de un abogado de confianza es optativa pero para el Estado no lo es, por lo tanto siempre debe proporcionarle al niño un abogado de oficio, encontrándose comprometidas otras garantías constitucionales como el debido proceso.

CONCLUSIÓN

Esta orientación de las leyes y con la vigencia en pleno del CCCN, permite encontrar soluciones más respetuosas de la autonomía de la voluntad de los adolescentes, como por ejemplo, la intromisión del tutor en las decisiones que toma el adolescente, teniendo el derecho a recibir información clara, atención médica y métodos anticonceptivos de forma gratuita en centros de salud y hospitales públicos de todo el país. El poder decidir con quién ir a la consulta médica ya sea con sus padres, amigos, pareja o solos, y deben ser atendidos en un espacio de confidencialidad.

Debe quedar claro que la función del abogado del niño es llevar al tribunal la postura individual de su patrocinado y hacer prevalecer sus derechos y garantías, siendo su función asesorar al niño en el diseño de la estrategia procesal. Siendo además su función aportar pruebas y controlar la prueba contraria cuyas facultades están comprendidas en el art. 27 inc C.

De esta manera concluir que es de relevante importancia educar, promocionar y dar a conocer que todos tienen el derecho a vivir la sexualidad sin violencia, coacción, explotación o acoso y el derecho del menor de ser patrocinado por un abogado en caso de conflicto de intereses◆

REFERENCIAS

1- http://www.unicef.org/argentina/spanish/Embarazo_adolescente_Argentina-VB.pdf

2- HERRERA, M., SPAVENTA, C. (2008). Vicisitudes y derechos de las madres solas a cargo de sus hijos, en Grosman C. Familia monoparental. Buenos Aires. Editorial Universidad.

3- LÓPEZ DÍAZ, C. (2005). Manual de Derecho de Familia (1a Ed.). Tomo1. Santiago de Chile. Lom Ediciones.

4- LLOVERAS, S. (2009). El derecho de la familia desde la Constitución Nacional (1a Ed.). Buenos Aires. Editorial Universidad.

5- MINYERSKY, N., HERRERA, M. (2006). Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061. Buenos Aires. Editores del Puerto.

PRE CONGRESO MENDOZA

2 Y 3 DE JUNIO

PROPUESTAS DEL II PRE CONGRESO PREPARATORIO DEL IX CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ ADOLESCENCIA Y FAMILIA DE VIÑA DEL MAR CHILE 2017

PANEL:
Niños, Niñas y Adolescentes vulnerados: actuación de los docentes y el Ministerio Publico

• Proponer a la DGE que realice una jornada institucional en todos los niveles referida a Protocolos de Intervención en Situaciones emergente y sobre Sistema de Protocolos de Derechos.

• Respecto de los niños, niñas y adolescentes transgénero, se posibilite jornadas de sensibilización capacitación y abordaje a docentes y alumnos

• Incorporar en todas las carreras de formación docente el tema Formación en Derechos/ Ciudadanía como parte de la curricula.

• Generar protocolos eficaces que permitan la protección de a los docentes frente a denuncias de abusos o cualquier problemática.

• Que el personal que trabaja en OAL, DOATI Y DIRECCION DE NIÑEZ sean personas idóneas para la tarea, debiendo preverse legislativamente que los cargos deben ser concursados tanto de oposición como de antecedentes en la problemática de infancia y adolescencia,

• Articular sistemas de concursos para el acceso de profesionales en organismos vinculados a la protección de la niñez

• Articular circuitos de datos eficaces y completos que permitan que los órganos del Estado competentes como por ejemplo el OAL, devuelva información a la escuela acerca de las intervenciones o procesos de atención que se realizan a los niños y sus familias.

• Propongo que se concreten acciones que inter conecten cuando se detectan casos de violencia o abuso (entre DOATI Y OAL).

• Generar protocolos de actuación que permitan que los organismo sobre todo DOATI y OAL intervengan rápidamente

• Articular las adecuaciones necesarias para que las escuelas posean gabinete psicopedagógico propio, ya que DOAITE se encuentra desbordado por las problemáticas de las instituciones escolares.

• **Que el protocolo de actuación que se diseñe en la DGE, y también el Ministerio Publico preserven a los docentes y funcionarios escolares que denuncian casos de violencia o de abuso, de acciones de los denunciados, especialmente la relación con la familia de las victimas**

• Presar mayor atención desde los órganos escolares y administrativos a las zonas más alejadas por ejemplo Jocolí, que no cuenta con efectores de salud completos, para la atención primaria de la salud de los niños, niñas y adolescentes

• Realizar medidas preventivas en las familias, ya que es el primer agente sociabilizador.

• Formar equipos interdisciplinarios con docentes ya que estos están en contacto con los niños, niñas y adolescentes y con las familias de los mismos, teniendo así una amplia mirada de la situación.

• Propender a la Mayor integración y capacitación al personal policial en todos los proyectos mencionados en este pre congreso.

• Crear un organismo de control de desempeño de los profesionales que integran DOATI y OAL, armar material informativo que se pueda dar a conocer a través de jornadas institucionales.

• Brindar espacios de capacitación a docentes, directivos y personas dedicadas al trabajo de protección del niño, niña y adolescente, para ayudarlos a perder los temores a realizar la denuncia, acompañando esto con la rápida intervención de los equipos interdisciplinarios para abordar la problemática inmediatamente.

• **Propiciar y proponer a la DGE que Los GABINETES o SERVICIOS DE ORIENTACIÓN deberían estar en todas las escuelas.**

• Realizar una comunicación directa con la DGE para interiorizarse de una manera más directa, rápida sobre diferentes casos que hayan sucedido para agilizar los tiempos y no esperar a tener en mano el informe, logrando avanzar, lo que implicaría un compromiso a formalizar la denuncia.

PANEL:
Intervenciones del Estado Provincial y Municipios competencias y Proyecto de Reforma de la ley 6354 Comisión Bicameral NAF.

• Elaborar leyes que contemplen la creación de organismos interdisciplinarios de trabajo efectivo y eficaz que permitan a los distintos actores institucionales llevar a cabo las acciones de protección de niños, niñas, adolescentes y sus familias.

• Proponer que en la ley proyectada se tenga en cuenta la realidad y estadísticas de niños y niñas vulnerados por su grupo familiar primario, en su centro de vida por lo que se propone que en la legislación

la toma de medidas excepcionales sea evaluada como prioritaria en estos casos, para salvaguardar los derechos humanos de estos niños y niñas vulnerados

• Que en la legislación proyectada se distinga el grupo familiar primario, familia, de referentes afectivos o comunitarios, ya que la inclusión del niño aniña en esta alternativa familiar, debe ser último recurso y con el control jurisdiccional correspondiente por ser también una medida de excepción, debiendo propiciar la inclusión familiar genuina a través de otros institutos como la adopción .

• Incluir en la curricula de formación docente de manera obligatoria la legislación vigente en materia de Niñez Adolescencia y Familia, especialmente sobre derechos fundamentales y responsabilidad docente.

PANEL:
La situación de los Niños niñas y adolescentes vulnerados en nuestra comunidad.

• Con los niños en estado de vulnerabilidad trabajar para fortalecer su inteligencia emocional, potenciar sus habilidades y destrezas.

• Crear espacios claros para la denuncia y atención de los niños, niñas y adolescentes vulnerados, especialmente de atención integral

• Modificar el régimen penal juvenil para adecuarlo a la Convención de Derechos del niño prever la aplicación de sanciones alternativas a la privación de la libertad y poner más recursos para la implementación de medidas restaurativas e inclusivas

• Promover la restitución e derechos en el sistema de Protección Integral para todos los niños y niñas incluís} dos los infractores a la ley penal sean punibles o no punibles

PANEL:
Violencia y Equidad de Género nuevas intervenciones de los distintos poderes del estado y eficacia.

• Generar y articular mecanismos operativos, eficientes y eficaces para que la persona que ha sido víctima de violencia reciba ayuda inmediata.

• En relación a los casos de abusos sexuales o presunciones de Abuso Sexual Infantil cuando son detectados por personal institucional especialmente docentes, generar espacios y ámbitos de resguardo de la integridad psicofísica de las personas víctimas y de asesoramiento a los denunciantes.

• Articular medidas eficaces tendientes a Separar al victimario de la victima desde el momento que se toma conocimiento del hecho.

• Generar mayor visibilidad del problema y de las respuestas interinstitucionales y estrategias de intervención interinstitucional a través de los medios de comunicación masiva

PRE CONGRESO SANTA FE

VIERNES 9 DE JUNIO DE 2017

CLUB SOCIAL – LAS ROSAS - SANTA FE

Hacia el IX Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia - "Asociación Latinoamericana de Magistrados, Profesionales, Funcionarios y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia" - III Foro Latinoamericano de Adolescentes y jóvenes - Hotel Sheraton, Viña Del Mar, V Región y Universidad Andrés Bello, República de Chile, los días 6 a 8 de Noviembre de 2017.

PLENARIO DE CIERRE

Despacho elaborado por la Coorganizadora de evento Dra. Lujan Liliana Rocca, Referente en Pcia. De Santa Fe de ALAMFPYONAF y colaboradora Dra. Patricia Rovetto, que será leído por la Secretaria General, dando cuenta de lo propuesto por los disertantes y ponentes que hicieron llegar sus recomendaciones en relación al tema asignado.

Este despacho será publicado en la página Web de la ALAMFPYONAF, en la sección Pre congresos y en el Facebook de ALAMFPYONAF Santa Fe.

PANEL 1:
Derechos Humanos, Políticas públicas y legislativas respecto de derechos humanos de niños, niñas, adolescentes y sus familias

Tema: "Formación: Salud y Educación. Adicciones y consumos problemáticos".

En cumplimiento del compromiso asumido en Mendoza, año 2015[1], de formular en el territorio de la provincia una propuesta de abordaje que articule la mirada jurídica, sanitaria, sociológica y comunitaria con miras al diseño de algún proyecto piloto que permita la intervención comunitaria en conjunto se propone:

1) analizar /diseñar /implementar la formación del "Preventor juvenil", desde la metodología de formación

entre pares abordando la prevención inespecífica;

2) debatir la formación impulsando la mirada interdisciplinaria que articule lo jurídico, social, sociológico, salud y toxicológico;

3) comprometer al Estado y a la sociedad toda en la implementación del proyecto con base en criterios y políticas que le den sustentabilidad y sostenibilidad (Dra. Rocca).

Tema: Identidad.

Abordar el tema "La Identidad" en dispositivos de trabajo con una lectura multidisciplinaria, donde los profesionales que participen se encuentren comprometidos personalmente con la problemática a partir de una solidaridad básica con los principios éticos que su tratamiento amerita.

DISPOSITIVOS DE TRABAJO: 1.- Dispositivo de recepción y tratamiento: legal, psicológico, médico y social. 2.- Dispositivo de enseñanza y transmisión de la problemática Identidad: legal, psicológica, médica y social. 3.- Dispositivo de transmisión y participación ciudadana. (Mónica Marinelich).

PANEL 2:
Violencia de género, parental, entre pares, familiar, social e institucional

Tema: "Trayectoria de ida de las Mujeres desde el inicio de la Ruta Crítica al Recupero de sus Derechos".

Los Derechos de las Mujeres como Derechos Humanos se erigen en categorías no solo jurídicas sino políticas. Las mismas son inherentes a los procesos de Resistencias y Construcción de agendas, impulsados desde el Movimiento Feminista y otros Movimientos Sociales.

La Violación de los derechos de las mujeres tiene su mayor expresión en:

- Violencias en los espacios privados y públicos y en los cuerpos de las mujeres.
- Discriminaciones etarias, étnicas, de género y sexuales.
- Desigualdades sociales, culturales y económicas.

El análisis se realiza a partir de dos procesos: el de Des-Victimización y el de Ruta Crítica.

En el marco normativo es de destacar que en nuestro país se han aprobado leyes y ratificado tratados que promueven la igualdad entre varones y mujeres, y la erradicación de todas las formas de discriminación. Incluso se los ha incorporado a la Constitución Nacional. Sin embargo, aún falta un largo recorrido para dar garantías a la igualdad de género. (Duras Ritman y Donoso).

Tema: Violencia familiar.

El fallo bajo análisis anula la resolución de un Juez en lo Penal, que había sobreseído a un hombre que vendió un automóvil de origen ganancial, sin el asentimiento de su ex cónyuge, ocultándole tal venta, por lo cual la misma no pudo recibir la parte que le correspondía. La Sala, y he aquí lo verdaderamente novedoso del fallo, de oficio declaró la inconstitucionalidad del art. 185 del Código Penal Argentino, en cuanto exime de pena por los delitos de orden patrimonial causados por el cónyuge hombre en perjuicio de la cónyuge mujer e impide investigar los hechos, con fundamento en que tal norma contraviene las obligaciones asumidas por el Estado Argentino al ratificar la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer. (Dra. Marisa Malvestiti).

Tema: Violencia entre pares, bullying.

EL FORO DE LA INFANCIA considera fundamental acompañar la compleja tarea de la comunidad educativa de educar para una convivencia democrática y el ejercicio de la ciudadanía que no sólo remite a la defensa de los derechos individuales y colectivos, sino también a la posibilidad de compartir con otros un espacio común. LA ESCUELA es uno de los ámbitos de socialización más importante en la vida de los niños, niñas y adolescentes y es un espacio por excelencia de transmisión de valores para vivir en sociedad. CONVIVIR pacíficamente no se aprende por decreto ni por ley, sino que se aprende en la vida cotidiana teniendo experiencias positivas.

Entendiendo que el derecho debe servir para mejorar la vida de las personas, proponemos un marco jurídico procedimental que avanza sobre las expresiones de deseo, legislando fuertemente sobre aspectos reales que hacen a los vínculos entre todos los actores; donde el Ministerio de Educación salga con ayuda concreta hacia los establecimientos donde sea detectado un caso de acoso. Proponemos un marco jurídico procedimental, donde los menores y sus padres dejen de ser rehenes de escuelas y colegios, para ejercer libremente el derecho a la educación y a la salud del menor. Cuando existe un caso de acoso escolar, hay una luz roja que se enciende. Cada día que dejamos pasar, somos cómplices del daño. (Dra. Malatesta).

Tema: "Violencia y Salud Primal: una nueva perspectiva científica".

Impulsar y reforzar la intervención del Estado desarrollando políticas públicas que atiendan las necesidades del ser humano dentro de ese colectivo de pertenencia y desde su misma génesis, ofreciendo a las mujeres gestantes y puérperas un espacio para encontrarse a sí mismas y recibir la escucha y la contención necesarias. Fomentando de este modo la capacidad de amar, como paso previo e indispensable en la cadena de conductas que nos llevan a dañar al otro. (Stella Yapur).

PANEL 3:
Derecho, Sistemas de Justicia Juvenil y NNA en conflicto social

Tema: "Desafíos de un Régimen penal juvenil acorde al Derecho internacional de los DD.HH".

El modelo de Justicia Juvenil Restaurativa propone el RECONOCIMIENTO del hecho injusto por el ofensor y la

REPARACIÓN a la víctima, del modo que fuere, en pos de la RESTAURACIÓN del primero en su dignidad personal y en su vínculo con la comunidad. Para restaurarse es imprescindible reconocerse como perteneciente a una familia y, a través de ésta, a un grupo más grande de familias que tejen el entramado social. Víctima y victimario son parte de esa trama. El conflicto que el delito ha instalado no sólo los afecta a ellos, sino a la trama toda. De modo que la solución del conflicto se diseña y se ejecuta en conjunto. Son estrategias restaurativas, entre otras, la Mediación, la Conciliación, la Remisión, los Círculos de Paz, las Conferencias de Familia. La pena privativa de la libertad es tenida en cuenta también como una instancia restaurativa, aunque en último lugar.

Este modelo de Justicia Juvenil es propuesto por la Convención Internacional de los Derechos del Niño (art. 40) y recomendado por el Comité de seguimiento de los Derechos del Niño (Observación General N° 10: El niño en la justicia penal).

Tema: "Respuestas a la Infracción penal de NNA alternativas eficaces: sistemas de protección, sanciones privativas de la libertad y sanciones no privativas de la libertad. Propuestas".

"Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales", dice la Convención Internacional de los Derechos del Niño en su artículo 40 inc. b. Ahora bien qué significa y cuál es su alcance. La Remisión como instituto que excluye la intervención del poder judicial, a efectos de minimizar el aparato represivo del Estado, se transforma en una alternativa donde el Estado debe trabajar a través de la creación de programas comunitarios que permitan la integración del joven a su comunidad.

Si bien se recomienda que el joven preste voluntariamente su consentimiento para esta alternativa, la misma puede estar viciada o basada en el temor de participar del proceso penal. Asimismo la remisión no puede transformarse en una intervención administrativa que reedite prácticas tutelares, la intervención debe ser acordada cuando efectivamente se haya demostrado que el joven resulta ser autor el hecho. Porque de esta forma, el joven debe asumir su responsabilidad ante el hecho, en el marco de un procedimiento menos represivo pero cumpliendo igual con la finalidad educativa que debe tener el proceso para los jóvenes.

Si el joven no asume su responsabilidad sobre el hecho, y si el hecho a imputar no ha quedado establecido por una autoridad judicial que pueda impulsar el proceso penal, la remisión se transformará, independientemente de la calidad de las medidas a adoptar, en una reedición del paradigma tutelar. (Dra. Forte).

PANEL 4:
Derecho de Familia y Derecho Procesal de Familia

Tema: "Nuevas formas de filiación y familiares que impactan sobre los derechos humanos de niños niñas y adolescentes: Derecho a la Identidad".

En el Código Civil y Comercial se logra plasmar un régimen de la filiación por naturaleza y por TRHA que se corresponde con el sistema de fuentes interno. Si bien ciertas cuestiones sustantivas, como el derecho de acceso a la verdad de origen en la filiación por TRHA despierta interrogantes, los mismos pueden ser resueltos a través del diálogo entre fuentes.

La aclaración que precede coadyuva a comprender las razones por las cuales situaciones presentes en la realidad social no han sido finalmente captadas por el CCyCN. Y decimos esto, porque si bien podría haberse evitado la falta de regulación expresa de procedimientos instalados en nuestra realidad social como la gestación por sustitución y la filiación post mortem, no conduce esto a pensar que están prohibidos. Por el contrario, una lectura desde la idea de sistema nos permite afirmar que se está frente a procedimientos implícitamente admitidos y que pueden ser analizados desde una labor de interpretación e integración del conjunto de normas que constituyen el ordenamiento jurídico interno.

Tema: Guarda de hecho.

A poco de andar de la entrega en vigencia del C.C.C.N. tenemos una visión más clara de lo que representa el interés superior del niñ@ en la interpretación de las Guardas de Hecho y en este camino celebro que los fallos de Primera Instancia no hayan dudado en declarar la incompetencia de varios artículos del texto legal, cuando el caso así lo amerita, con el fin de priorizar derechos sublimes como es el reconocimiento de vínculos consolidados en el tiempo entre un niñ@ sin vínculo de parentesco con la familia guardadora. Existen muchas situaciones de guardas de hecho irregulares que por temor de las partes a ser separados no se ventilan, sin embargo es necesario dar a conocer que no toda prohibición en este tema no es taxativa e inflexible y somos los operadores del derecho los responsables en hacer priorizar "estos derechos" de las personas más vulnerables, pues es el fin del Derecho de Familia constitucional – convencional. (Abog. Adriana Ávila de Torrente).

Nuestro agradecimiento a los disertantes que se tomaron su tiempo colaborando en la elaboración de este documento.

En la jornada de hoy hemos dado un paso más hacia el objetivo de superar las distintas posturas para su mejora y así alcanzar el respeto pleno de los derechos de los niños latinoamericanos, con realidades similares en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niñ@.

Gracias a todos y todas.

IX CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA

HOTEL SHERATON MIRAMAR Y UNIVERSIDAD ANDRÉS BELLO
V Región Viña del Mar República de Chile 6 al 8 de Noviembre 2017

www.alatinoamericana-naf.com / 9congresochile.alatinoamericana-naf.com
Informes: alatinoamericanadenaf@gmail.com
Teléfono Fax +542614497985 / +542614497955 / WaSap5492615254608

Co- Organiza: Universidad Andrés Bello
Colaboran: Suprema Corte de Justicia de Mendoza
Centro de C E Investigaciones Judiciales Manuel A Sáez

PROGRAMA EN CONSTRUCCIÓN

"ES SUBLIME LUCHAR POR UN IDEAL PERO MUCHO MÁS LO ES PRACTICARLO"

LUNES 6

9 a 13 hs.	**III Foro Latinoamericano de Adolescentes y Jóvenes en UNAB *Quillota 980 Viña**
9 a 13 y 14 a 18hs	Acreditaciones y entrega de material. en Hotel Sheraton Miramar
16.00 hs.	Recepción de Autoridades y Bienvenida.
16.15 hs.	Apertura Solemne y constitución de la Mesa Académica
16.45 hs.	Palabras de Apertura y conferencia inaugural de la Sra. Presidenta ALAMFPYONAF Dra. María Fontemachi,
17.30hs.	Panel de Representantes de Cortes Supremas de países Latinoamericanos sobre "Vulneración de Derechos y Acceso a la Justicia de niños, niñas y adolescentes"
19.30 hs.	Conferencia Magistral Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci
20.30 hs	Cierre Cena libre

MARTES 7 **Universidad Andrés Bello #Quillota 980 Viña del Mar**

COMISIONES de 9 a 13 hs. Almuerzo libre y de 14 a 19 hs. Universidad Andrés Bello Quillotra 980

Disertantes Expertos y Ponentes en cada COMISIÓN - Ver Reglamento-

Comisión 1:	Derechos Humanos, Políticas públicas, legislativas
Comisión 2:	Derecho de Familia y Derecho Procesal de Familia
Comisión 3:	Justicia Juvenil y niños, niñas, adolescentes y jóvenes en conflicto social
Comisión 4:	Violencia parental, entre pares, familiar, social e institucional:

TALLERES de 15 a 18 hs. Planteo de los Temas por expertos y participación libre

Taller 1:	Vulneración de Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes.
Taller 2:	Educación y especialización en niñez, adolescencia y familia. Interdisciplina
Taller 3:	Crimen organizado y su influencia en la niñez y adolescencia
Taller 4	Alternativas al proceso y a la sanción: adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley penal.

19.00 hs Asamblea Ordinaria de Asociados de ALAMFPYONAF Salón Amarillo UNAB

MIÉRCOLES 8 **Hotel Sheraton**

9.00 hs.	Panel des de organizaciones e instituciones gubernamentales de la sociedad. civil de países de América Latina y el Caribe. **Tema: Educación: niñez y adolescencia en América Latina.**
10.15 hs.	**Receso**
10.30 hs.	Panel de Representantes de Latinoamérica **Tema: Responsabilidad parental: derecho a la comunicación y asistencia de niños niñas y adolescentes** Chile Dr. Felipe Pulgar Argentina Dra. Mariel Molina Colombia Carlos Montoya Perú Dr. Enrique Varsi

12 .30hs.	Panel de Expertos Tema: "Violencias contra Niños Niñas y Adolescentes en los entornos digitales: ausencias, deficiencias y programas eficaces". Dr. Carlos Chávez y Catedrático Mariano Chóliz Montañés **Almuerzo libre.**
13:30 hs.	Conferencia Sonja Caffe, Ph.D., MPH, M.Sc. Asesora Regional Salud Adolescente OPS
15:00 hs. 16.00hs...	Panel de Expertos de Latinoamérica y el Caribe Tema: Violencia en el ámbito familiar: casos perfiles, diagnostico y estrategias de intervención respuestas de la justicia Conferenciantes: Dr. José Luis Alba Robles (España) (Argentina) Claudia Paz Miranda (Chile)
17.30 hs.	Conferencia de cierre. Protección integral de derechos y delito adolescente Mag Victor Herrero Escrich
18.00 hs.	Lectura de conclusiones. III Foro de Adolescentes y Jóvenes. Comisiones y Talleres
19.00 hs	Palabras de cierre Comisión Directiva de ALAMPYONAF.. Entrega de certificados
21.30 hs.	Festejo del Encuentro Lugar y costo a confirmar

PONENCIAS FECHA LIMITE 1 DE OCTUBRE DE 2017

Al enviar un trabajo, el autor deberá autorizar a la ALAMFP YONAF a utilizar el mismo para su publicación impresa, digital, a través de la Internet, o cualquier formato electrónico y en documentos institucionales.

Especificar qué datos personales autoriza publicar. Será indicada la fuente por medio de la página en el LIBRO DE PONENCIAS el que se publica con código

a) Redacción en Word, idioma castellano o portugués con traducción al castellano, doble espacio, en hoja tamaño A4, simple faz, en formato Arial 11.

b) Incluir portada con el Tema. Comisión. Apellido y Nombre del autor o autores.

- Breve síntesis de la propuesta o ponencia - indispensable para su evaluación.
- La fundamentación no podrá exceder de 15 carillas
- Los trabajos deberán ajustarse a los temas y subtemas

ATENCIÓN. El archivo que remitan con la ponencia debe ir en formato WORD para posibilitar su publicación y en Sin excepción el ***nombre del archivo:*** NOMBRE DEL O LOS AUTORES y COMISIÓN A LA QUE LO PRESENTA ***no se admitirán archivos que solo digan camión o ponencia***

PASAJES Y ALOJAMIENTO

Transportador Oficial Aerolíneas Argentinas
Código del evento: LNAF7
Validez del viaje con descuento: del 01 al 13 de Noviembre del 2017 ingresar a la página y a congresos
http://9congresochile.alatinoamericana-naf.com/seccion-sede/transporte-y-alojamiento/

PAQUETES Y RESERVAS A CARGO DE SILVIA FRIDMAN
Cel.: 261 469 7059 | Tel.: 261 439 4844
Mail: silfrid2@gmail.com | Skype: silvia.fridman1 | Whats App: +54 9 261 469-7059

Gastos de reserva: 12 Dolores
Traslados con bus o avión
Tarifa por tres noches POR PERSONA tarifa en dólares estadounidenses

HOTEL	SINGLE	DOBLE	TRIPLE
SHERATON *****	1010	525	440
DEL MAR***	690	345	300
MARINA DEL REY *****	530	265	245
O'HIGGINS EJECUTIVA ***	370	210	210
O'HIGGINS SUPERIOR ***	330	165	165

CONSULTAR otras opciones alatinoamericanadenaf@gmail.com

REGLAMENTO

Art. 1.- SEDE.

El "IX CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ ADOLESCENCIA Y FAMILIA" y "III FORO LATINOAMERICANO DE ADOLESCENTES Y JÓVENES" se celebrará en la Ciudad de Viña del Mar, Quinta Región; las Sesiones Plenarias, en el Sheraton Miramar Hotel & Convention Center, entre los días 6, 7 y 8 de Noviembre de 2017 y las Comisiones Científicas en la sede del Campus de la Universidad Andrés Bello sito en calle Quillota 980' Viña del Mar.

Art. 2.- ORGANIZACIÓN.

La organización corresponde a la Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia, con la colaboración de la Universidad Andrés Bello sito en calle Quillota 980' Viña del Mar
del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza, el Centro de Capacitación e Investigaciones Judiciales Manuel A Sáez, Universidades, Escuelas y Centros de Estudios Judiciales, Asociaciones de Magistrados, Asociaciones de profesionales de otras ciencias etc.
Las tareas estarán a cargo de la Presidencia, Comisión directiva de la ALAMFPYONAF, un representante del Poder Judicial de cada país y de Asociaciones profesionales quienes coordinarán una Comisión Organizadora integrada por los miembros que designe cada una de las instituciones comprometidas y una Comisión Ejecutiva, con las siguientes secretarías:
a) Protocolo y Relaciones Públicas.
b) Trabajos y Ponencias.
c) Turismo y Agasajos.
d) Presupuestos y Finanzas.
e) Procesamiento de Datos.

Art. 3.- MIEMBROS.

La modalidad de participación en el Congreso, será categorizada de la siguiente manera: Miembro Honorífico, Disertante, Panelista, Asociado, No asociado Ponente, Becado y Asistente.

Art. 4.- INSCRIPCIONES.

Las inscripciones se recibirán hasta el día 6 de Noviembre de 2017 y se efectuarán por medio de la pagina web de la ALAMFPYONAF, www.alatinoamericana-naf.com y del Congreso, 9congresoChile.alatinoamericana-naf.com.

Art. 5.- ACTIVIDAD ACADÉMICA.

El Congreso contará con las siguientes modalidades de trabajo académico: Foro de Adolescentes y Jóvenes, Paneles de Representantes, Trabajo en Comisiones Científicas, Talleres Teórico-Prácticos, y Reuniones Plenarias.

Art. 6.- TEMAS Y LEMA.

El lema del Congreso es: ***"Con la Capacitación como herramienta de Transformación e Integración de instituciones y voluntades, lograremos desde un abordaje superador, los objetivos de protección y respeto de los Derechos Humanos de NNA de América Latina y el Caribe".***
Los temas del Congreso, se darán en cuatro ejes que serán abordados en las conferencias magistrales, en los Paneles de Representantes, en las Comisiones Académicas, siendo tratados los mismos desde un abordaje integral, es decir interinstitucional e interdisciplinario de los problemas jurídicos:
1. Políticas públicas, legislativas y judiciales relativas a los derechos humanos de niños, niñas, adolescentes y jóvenes.
2. Derecho de Familia y Derecho Procesal de Familia.
3. Justicia Juvenil:
4. Violencia de género, parental, entre pares, familiar, social e institucional.

También se dictarán Talleres sobre:
1. Integración de los tres poderes del Estado para el trabajo en red.
2. Educación y Equidad
3. Crimen organizado: niñez y adolescencia
4. Alternativas al proceso y a la sanción: adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley penal.

Se tendrán en cuenta los siguientes interrogantes:
• ¿Qué aspectos, desde el punto de vista administrativo, jurisprudencial y académico, inciden en el abordaje de los problemas de los niños, niñas, adolescentes y sus familias? (Evaluación de Programas para el abordaje propuesto)
• ¿Cómo articular las distintas disciplinas que intervienen en la temática de familia y la organización judicial, en forma sistémica?
• ¿Qué habilidades y actitudes deben promoverse frente a los nuevos conflictos sociales?
• ¿Cuál es la vinculación o el grado de incidencia existente entre políticas económicas de flexibilización laboral y los fenómenos de marginación, violencia social y criminalidad entre los niños, niñas y adolescentes?
• ¿Cómo se desarrolla una política de información hacia la sociedad y entre las instituciones? ¿Qué otras acciones se pueden desarrollar en relación a la información del los distintos poderes del Estado frente a la sociedad? (Distintos métodos y programas)
• ¿Qué incidencias tienen las Universidades, los Centros y Escuelas Judiciales, y los círculos académicos en general, en la integración de conocimientos y en la concreción de las acciones que los mismos se proponen?
• ¿Cómo se construye la confluencia entre los métodos tradicionales y los alternativos en la resolución de conflictos?

Art. 7.- TRABAJO CIENTÍFICO EN COMISIONES.

Las ponencias deberán ser presentadas hasta el día 1 de OCTUBRE de 2017. Los requisitos al efecto de su presentación son los siguientes:

a) Los trabajos deberán ajustarse estrictamente a los temas a tratar en las cinco Comisiones del Congreso, tener originalidad científica y ser inéditos.

b) Los trabajos deberán ser redactados en idioma castellano o portugués con traducción al castellano, doble espacio, en hoja tamaño A4, simple faz, en formato Arial 11.

c) Deberán incluir ineludiblemente una portada donde consten el eje temático y comisión el nombre del/a autor/a o autores, dirección, teléfono y dirección de e mail y resumen de la propuesta concreta, la fundamentación de la ponencia y no podrá exceder de 15 páginas.

d) Las conclusiones deberán ser presentadas en forma de ponencia o propuesta en puntos concretos y de hasta una carilla de extensión.

e) Para ser ponente deberá estar inscripto en el Congreso abriendo Secretaría un registro de miembros, conforme a las comunicaciones, inscripciones y ponencias que se reciban al siguiente e-mail: alatinoamericanadenaf@gmail.com.

f) El archivo eludiblemente deberá tener como nombre: COMISIÓN- TITULO – nombre de al menos un PONENTE para su rápida identificación

g) Certificaciones: Cada ponente recibirá cuando defienda su ponencia el certificado de ponente

h) La Presidencia de cada Comisión fijará el tiempo de exposición de las ponencia la que no podrá ser inferior a quince /15) minutos en cada caso, debiendo meritar el tiempo para la total exposición de cada ponencia y discusión de las mismas disponiéndose el horario de 8 a 13 y de 14 a 19 horas para su desarrollo.

i) Exposición de Ponencias Los ponentes deberán informar sintéticamente las propuestas contenidas en sus ponencias, evitando leerlas en detalle y acotarse al tiempo dispuesto en el punto anterior.

j) Unificación de Tratamiento Cuando se presente, dentro del mismo sub tema, más de una ponencia, individual o colectivamente, la Comisión podrá unificar su tratamiento. En caso de disconformidad, en el seno de cada Comisión, los despachos serán individualizados y se dejará constancia, únicamente, de su carácter mayoritario, minoritario o de simple disidencia. La Presidencia de cada Comisión designará al Relator único del o de los despachos, a los fines de ser informados en el plenario final.

k) Las deliberaciones en Comisiones se realizarán al terminar la exposición de cada ponencia o en bloque por tema según disposición de las autoridades de la misma conforme lo evaluado en el punto anterior y se votara al finalizar cada una en su caso y se aprobara por mayoría de votos. Las conclusiones deberán ser claras y sucintas, pudiendo contener despachos por mayoría y minoría, como así también cualquier otro aditamento o recomendación que se considere procedente.

l) VOZ Y VOTO Tendrán voz y voto durante las deliberaciones, que serán dirigidas por el Secretario de Comisión, todos los ponentes y asistentes regularmente inscriptos en el Congreso.

m) Los despachos serán informados al finalizar el congreso en el Tercer día en Plenario y remitidos por la red ALAMPYONAF y publicados en la página de la misma, y el libro de Ponencias

n) La Comisión Organizadora garantiza a los respectivos Ponentes, el oportuno tratamiento solo de los trabajos recibidos hasta la fecha mencionada y se notificará mediante e mail a los respectivos Ponente la aprobación del mismo.

ñ) Se publicará en la página Web del Congreso las ponencias presentadas y aprobadas y su orden de exposición y con CÓDIGO ISBN

o) Los trabajos ingresados con posterioridad solo tendrán tratamiento si existiere autorización expresa de la Comisión Organizadora y se notificará al respectivo Ponente

Art. 8.- TALLERES

a) Labor en los Talleres de Trabajo se llevará a cabo sobre la base de los temas propuestos y las exposiciones de los coordinadores de cada uno de 15 a 18 Hs

b) Las autoridades de los talleres de trabajo. Cada Taller de Trabajo contará con un con un disertante que expondrá el tema, un Coordinador del Debate y un relator: y se integrará con los participantes que se hayan inscripto en el Taller respectivo

c) Forma de deliberación en los talleres de trabajo. En cada uno de los Talleres de Trabajo la labor se llevará a cabo de la siguiente manera: El disertante expositor hará una breve introducción sobre el tema a tratar, y planteará los temas sobre los cuales se debatirá. Dara la palabra según su pedido debiendo ser las exposiciones no mayores a 10 minutos Expuestas las, y planteados los ejes del debate, será el Coordinador quien conferirá la palabra a cada uno de los que la solicitaren a quienes podrá adjudicar hasta cinco minutos para referirse al tema respecto del cual se abrió el debate. Luego procederá a otorgar la palabra a los interesados que así lo soliciten. Las intervenciones deberán ser breves y sobre aspectos concretos.

d) Conclusiones de los Talleres de trabajo. A medida que se van concluyendo las ideas, éstas deberán ser puestas a consideración de los presentes, y anotando a vista de todos, para que en un trabajo coordinado entre el Relator, el Coordinador y los participantes, se otorgue transparencia a la formulación de las conclusiones, de conformidad con las propuestas presentadas y debates desarrollados. Deberán ser claras y sucintas, y podrán contener recomendación que se considere procedente.

Art. 9.- PANELES DE REPRESENTANTES DE PAÍSES LATINOAMERICANOS

a) Representantes.

Para el tratamiento de los temas del Congreso, se organizarán Paneles en los que disertarán especialistas de la temática propuesta, representantes de países latinoamericanos Cada panel se integrará con el número de expositores que fije la Comisión Organizadora y un Moderador. Esta actividad se cumplirá de la siguiente manera:

b) Forma de trabajo

Cada expositor dará una explicación sobre el tema asignado, en un tiempo que no excederá los 20 minutos.

A continuación, el Moderador posibilitará la intervención de los participantes, quienes deberán formular por escrito sus preguntas.

Art. 10.- STANDS.

En el acceso del salón donde se desarrollarán todas las actividades, se instalarán Stands, en los que podrán las Universidades, Asociaciones, Escuelas y /Centros de Capacitación Editoriales etc. para exhibir sus actividades o material debiendo comunicar la utilización de tales espacios con la mayor antelación posible, hasta el 30 de Junio de 2017.

Art. 11- CERTIFICADOS.

Los certificados se expedirán, conforme el carácter en que se hubiere participado.
También se expedirán certificados a quienes presenten Ponencia
Art. 12.- Cualquier divergencia originada por aplicación de este reglamento será resuelta por la Comisión Organizadora. Su resolución será definitiva.

Art. 12 FORO DE ADOLESCENTES Y JÓVENES

a) Sede - Horarios: Se desarrollara de 9 a 13 horas del día 6 de Noviembre de 2016 / fecha a confirmar según disponibilidad de la Universidad,
b) Inscripción: Los interesados deben inscribirse por la pagina del congreso es gratuito para los adolescentes y jóvenes que concurran: 9congresochile.alatinoamericana-naf.com/
c) Modalidad Uno o más temas pueden trabajarse en las distintas instituciones educativas o no, Universidades y/o Centros que asistan y llevar las conclusiones para ser debatidas en el mismo.
d) Temas: que se tratarán a propuesta de las entidades y Universidades convocantes o teniendo presente que en los anteriores se ha trabajado sobre que podrán versar sobre

1. Consumos problemáticos y adicciones (Tecnología y sustancias prohibidas)
2. Responsabilidad parental, violencia familiar y entre adolescentes
3. Educación y participación.
4. Medios de Comunicación y su influencia en la niñez y adolescencia

e) Las conclusiones: serán leídas por los adolescentes y jóvenes designados el día de cierre el 8 de Noviembre de 2017 en el Plenario

El presente reglamento regirá las actividades del IX CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ ADOLESCENCIA Y FAMILIA

MESAS DE TRABAJO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA REPUBLICA ARGENTINA RESPECTO AL PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY JUVENIL

Las mesas fueron convocadas en el mes de Enero de 2017 y a continuación se transcriben los aportes de la Presidenta y asociados a ALAMFPYONAF

Se enviaron las conclusiones de los ocho congresos respecto a la justicia juvenil, que se pueden ver en la página *www.alatinoamericana.naf.com* en sección Biblioteca

MESA
ABORDAJE TEMPRANO - PREVENCIÓN

APORTE DE JOSÉ ERNESTO BIANCHI
e-mail: joseernestobianchi@hotmail.com

Con respecto a la necesaria y postergada discusión acerca de la restauración del régimen de responsabilidad penal juvenil, considero primeramente que para cumplir con plenitud su objetivo central y subyacente, el de generar las condiciones de posibilidad para el adecuado abordaje humano del conflicto por parte de las instituciones pertinentes, en aras de una futura reinserción del menor en riesgo, es imperiosa la necesidad de partir de un paradigma social inclusivo, a saber, que se base en la premisa de que toda conflictividad surgida en el seno de una comunidad es el resultado de un conjunto de variables anteriores, que en última instancia decanta en la actitud antisocial, en este caso, del menor en riesgo. Con esto no quiero hacer hincapié en una verdad evidente y cómoda, que nada aporte a finalidades prácticas, sino simplemente advertir el hecho de que si construimos un proyecto de Ley sobre bases endebles o parciales, sólo estaremos aplazando el problema hacia adelante, malgastando fondos públicos y el tiempo de nuestros profesionales; pero lo que es peor aún, no estaremos dando como adultos, una respuesta apropiada a la profunda injusticia que grita a través de las acciones de nuestros niños, niñas y adolescentes. Con esto tampoco quiero disminuir ni soslayar el dolor de las víctimas de estas acciones, las cuales desde su infortunio saben mejor que nadie de que se trata experimentar algo así, sino asentar que es imposible legislar desde la turbulencia de las pasiones; y que en honor a dicho dolor, es menester asumir una postura responsable, racional y previsora, para poder aspirar a curar de raíz este mal social, y no engañarnos al considerar simplemente sus variables más visibles, confundiendo así consecuencias con causas.

En relación con esto, debemos tener en claro entonces que la función de la verdadera Justicia es restaurativa y no punitiva, en este sentido es importante destacar y asumir de una vez por todas, el notorio desfasaje que, producto de esta confusión elemental, existe en las prácticas de nuestros funcionarios hacia el interior de las instituciones. Reconocer este flagelo y sus causas para tratar de sanearlo es el primer paso para poder propiciar a lo largo del tiempo y en la medida de lo posible la oportunidad de brindarle al menor en riesgo un regreso al seno social como persona de derechos y obligaciones. El afecto y la comprensión primordiales, que por "x" motivos no vivenciaron en sus hogares; la confianza en su valor personal; como así también los límites pertinentes y el ejemplo oportuno, que generen el ánimo de superación ante lo dado, deberían ser las banderas que asuma y profundice el Estado por medio de sus instituciones, si lo que quiere es sembrar en los corazones de los jóvenes la simiente para que ellos mismos a través de su voluntad puedan generar un futuro proyecto de vida como parte de una sociedad; de lo contrario, será la misma sociedad la que esté dilapidando su futuro.

MESA
JUSTICIA ESPECIALIZADA.

APORTE DE EDUARDO ALBERTO BRANDI
e-mail: ebrandi@jus.mendoza.gov.ar

La justicia juvenil, requiere el dictado de normas de derecho sustancial y procesal específicas para el tratamiento de los niños niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

El principio de especialidad comprende la especialidad orgánica judicial y administrativa. La judicial exige la existencia de jueces, fiscales y defensores especializados en todas las instancias y etapas del proceso. Requiere cuerpos auxiliares

interdisciplinarios integrados por profesionales con especialidad en materia infanto juvenil. También requiere funcionarios y auxiliares administrados debidamente capacitados.
Los órganos administrativos exigen funcionarios, profesionales, operadores de contacto, etc., todos debidamente especializados y capacitados en la materia.

El principio de especialidad también conlleva la existencia de una infraestructura edilicia adecuada tanto para el cumplimiento de los planes dirigidos al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes infractores como para los lugares de alojamiento de los mismos en forma completamente separada de los adultos.

En otras palabras el principio de especialidad hace al núcleo mismo del sistema penal juvenil y su auténticaefectivización está directamente vinculada al real y concreto goce de los derechos y garantías que se pretenden asegurar legislativamente. De manera tal que solamente una legislación de fondo y procesal unificada puede verdaderamente garantizar el cumplimiento de los derechos que se pretende proclamar en la nueva legislación.

En tal sentido obsérvese que todos los temas de las mesas de trabajo propuestas presuponen necesariamente la vigencia del principio de especialidad. La CIDN en el artículo 40 punto 3 establece que "... los Estados Partes tomaran todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones especificas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales...".

Ahora bien el Estado Nacional es el principal garante del cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos en el marco del art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional y por lo tanto está claramente obligado a garantizar que el principio de especialidad en materia penal juvenil se torne realmente operativo. Sin embargo la experiencia hasta el día de hoy demuestra que en la mayoría de las provincias argentinas no se ha podido hacer efectivo el cumplimiento del principio de especialidad mediante el dictado de normas procesales específicas y la creación de los órganos judiciales y/o administrativos especializados en la materia de referencia. Prueba de ello es lo que ha ocurrido con la ley 26061 en las diferentes provincias, situación que también fue puesta de manifiesto en la reunión inicial celebrada el día 12 de enero de 2017.

Así las cosas resulta necesario buscar una solución concreta a esta problemática irresoluta a través del tiempo. Consecuentemente el Estado Nacional debe asumir el compromiso de promover una legislación única para toda la Republica Argentina penal y procesal penal juvenil, asumiendo la competencia pertinente mediante órganos especializados a tal efecto de la justicia federal (tal como ocurre con algunos delitos como trata de personas y narcotráfico etc.), transfiriendo los órganos que ya se encuentran creados en algunas provincias y creando los que falten. Solo así en todas las fases del proceso se garantizaría un trato igualitario a todos los NNA de nuestro país y no como sucede hasta ahora en tanto y en cuanto el goce de esos derechos y garantías depende del tratamiento y posición que asuma cada Estado Provincial. Al respecto debe tenerse en cuenta que también se encuentra en juego el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Para llevar a cabo esta propuesta no hay obstáculo constitucional, teniendo presente el Interés Superior del Niño que está por encima de cualquier otra norma o interés. En suma es una verdadera galimatías promover por un lado el dictado de una ley penal juvenil y por otro saber que, según sea el procedimiento y situación en cada provincia los derechos que consagra esa legislación no llegaran a cumplirse efectivamente o sus términos quedaran distorsionados por las legislaciones locales, incumpliendo así con los compromisos contraídos por la República Argentina en materia de derechos humanos de NNA.

MESA
DELITOS Y SANCIONES acordes a la Convención sobre los Derechos del Niño

APORTE MARÍA AMANDA FONTEMACHI
e-mail: mfontemachi@alatinoamericana-naf.com

Respecto a este tema se recomendó para los diversos operadores del sistema juvenil de distintos países latinoamericanos en el marco del Seminario Internacional organizado por Unicef Uruguay y la Oficina del Representante Especial del Secretariado General sobre la Violencia contra los niños sobre "Seguridad ciudadana y penas no privativas": que los sistemas de justicia penal adolescente limiten la utilización de la privación de libertad y fortalezcan las sanciones de tipo no privativas.

La Corte IDDHH considera que la sanción en caso de NNA debe caracterizarse por la especialidad, proporcionalidad, división y posibilidad de revisión periódica.

Analizado lo actuado en las distintas mesas y encuentros realizados respecto del tema, observo

que hay una confusión entre las medidas procesales, cautelares y las sanciones

Considero que debemos separar claramente al analizar este tópico las sanciones que se legislen como consecuencia de la declaración de responsabilidad por delitos de adolescentes, de las medidas coercitivas de resguardo, de cuidado, o cautelares y sus causas, motivo de otro análisis.

En la justicia especializada, la respuesta a la declaración de responsabilidad por un delito pueden ser de distintos tipos, hasta ahora el Código Penal Argentino solo prevé la Multa, Inhabilitación, Prisión y Reclusión.

Una ley especial para adolescentes infractores debe prever otro tipo de respuesta: educativa, formadora, que propenda a su desarrollo, previo a resolver si es necesaria una pena o sanción que prive de la libertad ambulatoria, y analizar en forma interdisciplinaria el caso y al o la adolescente y las respuestas más adecuadas y posibles.

De acuerdo al marco normativo, la jurisprudencia, los informes y opiniones consultivas tanto de la Comisión como de la Corte IDDHH como también los fallos de la Corte Suprema de la Nación Argentina, Superiores Tribunales provinciales y jueces especializados, las r**espuestas deben ser diversas y la privación de libertad** por tiempo determinado solo en los casos de delitos en que se configure violencia y grave amenaza a la integridad de las personas y no exista otra respuesta más adecuada a los objetivos de la misma.

Respecto al tiempo de la privación de libertad en caso que esta sea la respuesta elegida, esta sanción debe ser siempre diferenciada de la que se aplicaría a los adultos.

Este es uno de los graves reproches que se hicieron y hacen a la ley 22.278/ 83 ya que la misma permite aplicar igual sanción a adultos que a adolescentes, habiendo posibilitado así que se sancionara con penas capitales a adolescentes sujetos al régimen especial y nuestro país sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No hay duda que el monto de la sanción debe ser reducido. Ahora, la decisión es sobre si debe regularse en porcentajes y con límites máximos, o, como en otras legislaciones, con montos diferentes cuando son adolescentes los responsables.

Considero que si se decide regular un porcentaje de las sanciones previstas en el Código Penal, este monto debe ser claro, que no dé lugar a diversas interpretaciones como ha pasado por ejemplo con la "reducción al grado tentativa" que produjo y produce grandes confusiones e injusticias de acuerdo a quien la interprete.

Que se prevea la absolución de pena cuando no sea necesaria.

Es necesario que se regule un monto máximo que ha sido establecido por la Comisión IDDHH y legislaciones latinoamericanas entre 5 y 10 años.

También propongo que el proyecto disponga que para resolver sobre la necesariedad de una sanción privativa de la libertad, deba considerarse la madurez que se requiere para asumirla, por lo que uno de los requisitos para la imposición de sanción es que el sujeto sea mayor de edad, aunque el juzgamiento y la declaración de responsabilidad sean previos. En caso de no ser necesaria la imposición de pena, puede resolverse antes de cumplir la mayoría

Otro principio que debe cumplirse es el de la **inmediación.** El juzgador debe conocer al adolescente o joven en audiencia, tanto en las instancias de aplicación, como de revisión de la sancón.

También es imprescindible el trabajo interdisciplinario e interinstitucional cuando se deciden las respuestas a la infracción penal juvenil.

La cesura, separación del juicio de responsabilidad del juicio sobre necesariedad de sanción, practica actual, debe persistir, si en el caso concreto es lo más conveniente.

En algunas legislaciones como la Chilena, es el Órgano administrativo, los responsables de los lugares donde se cumple la privación de libertad quienes resuelven sobre la ejecución (salidas, permisos, evolución y necesidad de permanencia etc.) y me parece adecuada esta regulación ya que son estos profesionales los que están con el adolescente y contribuye a responsabilizarlos de sus dictámenes.

También es imprescindible y fundamental que se cuente con lugares que cumplan entre otras con la normativa de las Reglas de la Habana para jóvenes privados de libertad de Naciones Unidas con presupuesto adecuado, organizados, con la obligación de respeto de los otros derechos humanos como salud, educación, espacio, intimidad, etc.

En resumen propongo:

1.- Diferenciar al analizar las respuestas a la responsabilidad penal de adolescentes las sanciones no privativas y privativas de libertad de las medidas cautelares, o cuidado.

2.- Análisis interdisciplinario e interinstitucional de las medidas alternativas a la judicialización y a la sanción de privación de la libertad

3.- Que se prevea la sanción privativa de la libertad solo en delitos que configuren violencia y/o grave amenaza a la integridad de las personas y no exista otra respuesta más adecuada a los objetivos de la misma y la absolución de sanción...

4.- Crear una escala diferente de la de los adultos, un porcentaje claro, no sujeto a interpretaciones y un máximo acorde al informe de la Comisión I de DD.HH de 7 años,

5.- Que se separe el juicio de responsabilidad del juicio en que se resuelve la sanción – cesura

6.- Que toda resolución o revisión sobre la sanción, tenga como previa una audiencia con el juzgador-

7.- Que previo a resolver sobre la sanción el joven haya cumplido la mayoría de edad

8.- Que los lugares de albergue o donde se cumpla la privación de libertad cuenten con presupuesto y programas suficientes para respetar los derechos humanos a la dignidad, un ambiente sano, intimidad, educación, salud, capacitación, proyecto de vida.

9.- Que el proyecto cuente con un capítulo sobre ejecución de las medidas y sanciones

10.-Que las sanciones y medidas sean factibles les de revisión periódica con intervención de los órganos encargados de su ejecución.

APORTE DE EDUARDO ALBERTO BRANDI

e-mail: ebrandi@jus.mendoza.gov.ar

En primer lugar es menester recordar que entre los objetivos del sistema penal juvenil está el de limitar el papel del "ius puniendi", siguiendo los estándares fijados por el Corpus Juris en materia de derechos humanos de N/Ñ/A, considerando que la C.I.D.H. ha destacado que dentro del derecho internacional de derechos humanos existe una clara tendencia a darle a los N/Ñ/A una protección mayor que a los adultos.

Ahora bien, en cuanto al sistema procesal aplicable en el juzgamiento de jóvenes infractores la nueva legislación debería consagrar un sistema de tipo acusatorio en el cual se conjugue el respeto por las garantías con la celeridad y la eficacia, es decir, simplificación procesal y formalismo mínimo, todo con la finalidad de que la resolución sobre la eventual responsabilidad penal del joven se produzca en el tiempo más breve posible, en otras palabras, que el juicio sobre la culpabilidad o no del joven tenga lugar lo más rápido posible, evitando así que se prolonguen medidas de tipo provisional con jóvenes que gozan del principio de inocencia.

En lo concerniente a las escalas previstas en el Código Penal para los delitos tipificados, es necesario establecer una regla clara que prevea la reducción de las mismas en la forma prevista para la tentativa, como se deduce del precedente MALDONADO de la C.S.J.N. y diversos tribunales del país, mencionando al respecto la Suprema Corte de Justicia de Mendoza y el Tribunal Penal de Menores de la Ciudad de Mendoza en reiterada jurisprudencia, fijando la escala – expresamente – en un tercio del mínimo y la mitad del máximo. Además en ningún caso debería fijarse una sanción mayor a siete años de pena privativa de la libertad, siendo este un estándar compatible con los principios expuestos por la C.I.D.H. sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas del 13/07/2011.

Sobre el particular vale destacar que la privación de libertad debe ser utilizada únicamente como medida de último recurso.

En esa línea de pensamiento cabe señalar que un joven nunca puede ser privado de libertad cuando por el mismo hecho o hechos un adulto obtenga la libertad.

Respecto a los tiempos de prescripción, de la acción y de la pena, siguiendo el criterio de reducción de la sanción y última ratio, nunca puede exceder de cinco años.

La ley debe prever un régimen de sanciones alternativas a la privación de libertad, como la Libertad Asistida, es decir una libertad de tipo condicional y bajo el seguimiento de personal administrativo y profesionales capacitados, de acuerdo a un plan de desarrollo personal y familiar orientado a la integración social del joven.

Las medidas o sanciones privativas de la libertad siempre deberán comprender un programa de reinserción social dirigido al desarrollo personal del joven favoreciendo su participación en actividades laborales, educativas y comunitarias.

Durante la ejecución de las sanciones sean o no privativas de la libertad los jóvenes gozaran de todos los derechos y garantías inherentes a su condición especial en razón de la edad, debiendo asegurarse en todo momento el derecho a ser oído y el derecho de defensa.

En caso que el joven antes de la sanción o durante su ejecución alcance la mayoría de edad debe permanecer en el centro de internación especializado, por lo cual no puede ser trasladado a las cárceles de adultos, tal como se desprende de la Observación General Nº10 del Comité de los Derechos del Niño y jurisprudencia del Tribunal en lo Penal de Menores de la Ciudad de Mendoza y Suprema Corte de Justicia de la misma provincia.

La ley debe establecer mecanismos de revisión periódica de la pena privativa de la libertad permitiendo de esa forma al joven recuperar la libertad en forma anticipada al cumplimiento de la sanción, en los casos que por su evolución favorable no amerite que continúe la privación de libertad debido a que

se han cumplido los objetivos tenidos en cuenta al momento de imponerse la sanción.

La situación en la República Argentina a partir del fallo MALDONADO de la C.S.J.N. ha evidenciado una notable disminución del número de condenas y una reducción en el monto de las sanciones, más interpretaciones jurisprudenciales que han llevado a la reducción de los tiempos de prescripción, lo cual permite afirmar que a partir de dicho precedente la jurisprudencia se ha orientado progresivamente en forma consecuente con los estándares internaciones recomendados por la C.I.D.H. en el Informe del año 2011. Queda por lo tanto pendiente que la legislación interna, precisamente la nueva ley penal juvenil en estudio, incorpore al derecho interno los mentados estándares en materia de derechos humanos de N .N.A.

MESA
SISTEMA DE ARTICULACIÓN PERMANENTE INTERSECTORIAL/DOTACIÓN DE RECURSOS

APORTE MARÍA AMANDA FONTEMACHI
e-mail: mfontemachi@alatinoamericana-naf.com

El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha tenido la oportunidad de pronunciarse en repetidas ocasiones sobre los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

Los derechos fundamentales vulnerados que atentan contra su dignidad, l son a crecer bajo el amparo y protección de una familia, a la salud, a la educación. Prioritarios para lograr la formación, protección y desarrollo de todos los y las adolescentes.

Por otra parte la acción preventiva del Poder ejecutivo a través de los órganos administrativos correspondientes es fundamental para potenciar su inclusión y desarrollo a través de una intervención temprana, reduciendo la desnutrición, impulsando el desarrollo cognitivo, social, físico y emocional, incrementando las competencias en el desarrollo personal, educativo y ocupacional aumentando sus capacidades y oportunidades

Solo será posible su cumplimiento por parte de los responsables si existe un acuerdo de articulación permanente, por ello, la legislación proyectada debe incluir un "Sistema que integre a los organismos del Poder Judicial, del Ministerio Público, del Poder Legislativo, del Poder Administrador con sus distintas competencias – Salud, Educación, Servicios sociales etc. -, entidades de servicios públicos, privados, nacionales, provinciales, municipales, asociaciones y prioritariamente a la familia del y la adolescente.

Deberá incluir el Sistema de protección y restitución de derechos de NNA a los fines de garantizar un trabajo interinstitucional, interministerial e interdisciplinario:

1.- La obligación de elaborar de un diagnostico de situación en cada región sobre derechos vulnerados y necesidades de cada región o provincia.

1.- Determinar los actores: Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ministerio Público, Organismos gubernamentales, no gubernamentales, entidades, servicios públicos, privados, nacionales, provinciales, municipales descentralizados, asociaciones, fundaciones el niño, niña, adolescente y su familia.

2.- Determinar las competencias y responsabilidades de cada uno de los participes y detalle de los recursos humanos y materiales necesarios.

3.- Concertar el mecanismo de articulación para lograr los objetivos y el efectivo goce de los derechos y garantías consagrados y a consagrar por la ley que se proyecta.

3.- Lograda esta concertación articulada de acciones deben: formular, coordinar, orientan, supervisar, ejecutan y controlan las políticas, programas y acciones en el ámbito nacional, provincial y departamental.

4.- Prever la creación de una Comisión Interministerial de los distintos ministerios, subsecretarias, direcciones, es necesaria, para acordar las responsabilidades y articular los recursos existentes y diagramar sobre los que faltan para el cumplimiento de los objetivos. 5.- A los fines de hacer efectivo y operativa esta articulación y concertación y unión de recursos se deben concertar convenios y responsabilidades conjuntas de los distintos efectores.

6.- En todos los casos se deberá elaborar un reglamento o protocolo para el efectivo y eficaz funcionamiento con objetivos y plazos de cumplimiento

7.- Establecer una clausula que prevea que: los procedimientos judiciales y/o administrativos que se establezcan, como la adecuación progresiva de los recursos humanos, materiales y financieros de los organismos intervinientes, no deben ser obstáculo para la intervención inmediata en situaciones de urgencia ante la autoridad que corresponda cuando exista riesgo para la vida o la integridad personal de NNA. Desde un solo lugar, desde un solo poder no se puede, el NNA es una integralidad y por ello es necesaria la actuación concertada, interinstitucional, multidisciplinaria e integrada

APORTE DE NICOLÁS ALBERTO BIANCHI
e-mail: nicalbbianchi@yahoo.com.ar

El presente trabajo intenta presentar alternativas de

intervención superadoras e inclusivas, que logren el desarrollo y la protecciónón integral de los y las adolescentes, con conductas y consumos problemáticos, quedando la responsabilidad de intervenir, para disponer medidas adecuadas a la defensa de sus derechos, al Poder Administrador y al Poder Judicial respectivamente.

La multicausalidad de estas conductas y la vulnerabilidad que presentan, además de ser el foco de atención del narcotráfico y el crimen organizado, demandan políticas intersectoriales e interdisciplinarias, que son fundamentales para promover intervenciones más integrales y a largo plazo, corriendo el foco de las urgencias y la respuesta a la demanda que tradicionalmente han caracterizado a la atención de los Niños, las Niñas y los y las Adolescentes (NNA). De allí, la necesidad de articulación entre los distintos ministerios como Salud, Desarrollo Social y Deporte, la Dirección General de Escuelas, el Poder Judicial, Municipios y demás implicados, a fin de responder positivamente al trabajo con adolescentes.

En casi todo el país existen Tribunales especializados en niñez y adolescencia, pero se carece de programas socio-educativos adecuados para lograr el desarrollo y protecciónón integral eficaz de estos.

Consideramos que lo básico y fundamental es tener un estado de situaciónón, es decir, tener la estadística de edades, conductas problemáticas, tipos de consumos, lugares de residencia, situaciónón familiar de los adolescentes de nuestra provincia, para ello, es necesario la creaciónón de un espacio para su identificaciónón, evaluación y derivación, en estrecha conexaón con las Fiscalías Penales que investigan los hechos tipificados en que los adolescentes se ven involucrados.

En segundo lugar, proponer un tipo de intervenciónón que nos permita conocer a todos los adolescentes que se ven involucrados en estas conductas para poder intervenir, con una modalidad territorial. El dispositivo territorial tiene como objetivo primordial abordar al adolescente en su centro de vida, a través de la intervención con promotores de derechos, el trabajo en redes y actividades tanto recreativas como educativas y laborales. Además creemos de suma importancia incluir a la familia en dicho proceso, a través de programas educativos, siempre apuntando a la protección y promoción de los derechos de los y las adolescentes.

Para cumplimentar con lo anteriormente descripto y concretar los objetivos propuestos se propone la modalidad de Centros de Desarrollo Integral para Adolescentes, los cuales, se consideran como una experiencia de intervención primaria y no asistencial, compatible con la permanencia del o la adolescente en su familia, siendo esta y el o la adolescente los principales receptores del servicio.

Las actuaciones estarán dirigidas y a la vez se interrelacionan en las siguientes dimensiones:

Familiar, nuestra intervención se ciñe en la promoción y en el ajuste en sus funciones como padres, estableciendo espacios de formación y capacitación. Escolar, desde este ámbito, se da cobertura a las carencias y déficits de los adolescentes en el contexto académico. Social, las relaciones sociales positivas con personas e instituciones del entorno, es considerado como un factor esencial para disminuir los riesgos de exclusión. Personal, favorecer positivamente la construcción de una personalidad integra en el/la adolescente, ya que se considera una etapa crucial en la formación de la misma. Programas transversales, nos referimos a determinadas acciones que enriquecen y complementan

Frente a la presente temática, hemos visto que el abordaje debe ser integral, pero para lograrlo, se debe implicar a todas las instituciones gubernamentales y no gubernamentales con una metodología de abordaje unificada, plantear una intervención específica a dicha franja etaria, es decir, a través de la consolidación de un programa específico como los centros de desarrollo integral planteados anteriormente, acompañados con la realización de protocolos interministeriales, y la conformación de una comisión que pueda supervisar dichas prácticas.

MESA
DEFINICIÓN DE IMPUTABILIDAD

APORTE MARÍA AMANDA FONTEMACHI

e-mail: mfontemachi@alatinoamericana-naf.com

El debate jurídico, mediático y social se ha centrado fundamentalmente en la inseguridad que sienten los ciudadanos, respecto de los niños, niñas y adolescentes que producen vulneraciones y privación de derechos fundamentales y se los considera no punibles (Decreto ley 22.278/803), solicitando y proponiendo que se baje la edad a los fines de poder encarcelarlos.

En nuestro país la RCA. Argentina, como en el resto de países latinoamericanos, ha cambiado la legislación, adaptándola a la CIDN y a las reglas de UN, un ejemplo de ello es la Ley Nacional 26.061, que modifico en algunas provincias órganos y responsables de la protección y asistencia de esta franja etaria en conflicto social y de los procedimientos.

No todas tomaron la misma conducta ni regularon de igual manera.

En algunas provincias, como Buenos Aires; comprobada la existencia de un hecho calificado por la Ley como delito, y presumida la intervención de un niño que

no haya alcanzado la edad establecida por la legislación nacional para habilitar su punibilidad penal, el Agente Fiscal solicitará al Juez de Garantías su sobreseimiento.

Sin perjuicio del cierre del proceso penal si se advirtiere la existencia de alguna vulneración de sus derechos específicos, el Juez de Garantías establecerá la pertinencia de aplicar alguna de las medidas de Protección Integral de Derechos en cuyo caso solicitará la intervención del Servicio de Protección de Derechos correspondiente y comunicará tal decisión a su representante legal o ante su ausencia al Asesor de Incapaces, en casos de extrema gravedad (Art. 64) en los que las características del hecho objeto de intervención del sistema penal aconsejen la restricción de la libertad ambulatoria del niño inimputable, el Fiscal podrá requerir al Juez de Garantías el dictado de una medida de seguridad restrictiva de libertad ambulatoria, en los términos previstos por la legislación de fondo y también en el "procedimiento" gozará del derecho a ser oído y de contar, bajo pena de nulidad, con la presencia de sus padres o representantes legales y el asesoramiento o asistencia técnica de su Defensor.

Mendoza regula en la Ley N° 6.354/95 de "Protección de Niñez y Adolescencia" la Justicia juvenil y prevé que el Juez P.M. "tomara las medidas de protección respecto de los menores inimputables que hubieren participado en un hecho previsto por las leyes penales o de faltas" y el art. 134 que regula la investigación preliminar establece que "Todos los delitos y faltas que se imputen a menores, deberán ser Investigados para acreditar la existencia del hecho, independientemente de la Punibilidad de los imputados..", (Art. 1 ley 22.278/803).La sanción de la ley 26.061, en la interpretación de la S.CJ Mza, (Autos 921/04/2P, 277/05/2P, "Fiscal c/ S.J P.T. P/av. Homicidios/ Casación) sustrae a la justicia PM la disposición de medidas de protección de los NA no punibles, otorgando esta responsabilidad al OAL y a través de la Acordada 21617, creando el protocolo que especifica :

1.- El Agente Fiscal deberá investigar el hecho y garantizar desde el primer momento pleno ejercicio de derecho de defensa y la participación de los progenitores /o representantes legales.

2.- El niño no podrá ser sometido a proceso penal pero tiene derecho a ser oído y a intervenir libremente en cualquier etapa de la investigación en ejercicio de los derechos y garantías previstos legalmente en cuanto le sean aplicables.-

3.-Una vez concluida la Investigación el Agente Fiscal por auto fundado se expedirá sobre la existencia del hecho investigado y la intervención o no activa del niño. La declaración de intervención activa no representa antecedente alguno respecto del niño y el Agente Fiscal se limitará a comunicar la resolución firme al Órgano Administrativo competente.

4.- La defensa del niño podrá oponerse fundadamente a la declaración dentro del plazo de tres días por ante el Agente Fiscal, el cual elevará las actuaciones de inmediato al Juez Penal de Menores o Juez de Garantías. La oposición deberá ser resuelta en el plazo de cinco días. Contra la resolución recaída procede el Recurso de Apelación ante el Tribunal especializado.

De estadísticas de la investigación fiscal surge que el 46% de NNA no punibles no intervino en el hecho y por ello no se tomaron medidas de protección por el OAL.

El gran problema que se presenta es la falta de programas y respuestas educativas, integradoras, que incentiven conductas pro-sociales a los NNA

Los Órganos administrativos, y las oficinas que de él dependen, no toman intervención eficaz y conducente al logro del respeto pleno de los derechos de los NNA, ejemplo de ello es que "recién al tercer hecho" disponen alguna medida. Esta falta de intervención tiene consecuencias terribles, impidiendo la protección, formación, desarrollo e inclusión de los NNA como es su derecho.

En Córdoba se admite la privación de libertad del NNA no punible y la investigación de los hechos. La SCJ resolvió la legitimidad de la investigación y privación de libertad de un adolescente de 15 años basado en "que es cierto que en autos hay indicios y sospechas de que el joven ha intervenido en la perpetración de un homicidio, y que su libertad puede considerarse un entorpecimiento a la investigación, por lo cual su derecho no es absoluto, toda vez que también se encuentran en juego: los derechos subjetivos de toda la comunidad de la investigación de los hechos penales, descubrir la verdad real, por lo que en este momento es imprescindible contar con la internación del joven hasta tanto se le realicen las peritaciones de ley. (SCJA Río Segundo, 14/2/14"Habeas Corpus Correctivo en favor de C.N.P." (E. N° H-01/14 – SAC 1712208).

En otras jurisdicciones, directamente se declara el sobreseimiento por edad, no se investiga el hecho, no se interviene, esto provoca la impunidad de adultos, y es la propuesta de muchos ideólogos: la mínima o ninguna intervención.

Esta actitud es errónea, cuando no se interviene educativamente, se reclamen respuestas punitivas, como lo es "bajar la edad de punibilidad o de imputabilidad para poder intervenir, cuando lo que debemos hacer es prevenir sobre las causas.

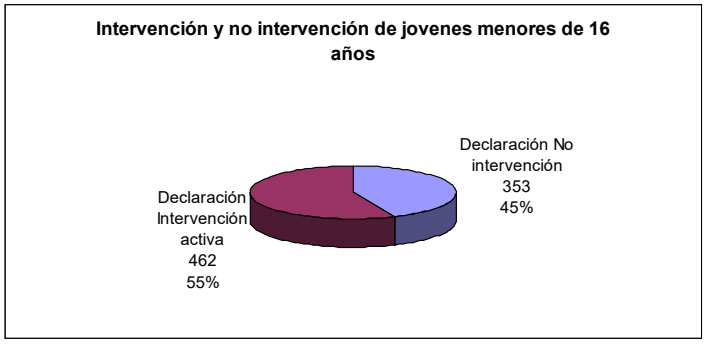
Por ello y lo previsto en la legislación convencional, estándares de UN etc., no es posible jurídicamente la baja de edad de punibilidad, ni seria conducente a los objetivos planteados, esto no significa "no hacer nada", debemos darles una solución integral, una respuesta legislativa a las desigualdades, que sirva al bien común y supere el control de convencionalidad. Dar una respuesta procedimental y educativa eficaz, lejana a la baja de edad, pues esto no solucionara el problema, al contrario, les da una pseudos respuesta a la sociedad, a las víctimas, no a ellos.

CUADRO ESTADÍSTICO DE PROVINCIA DE MENDOZA 2015/16

AÑO	TOTAL INGRESOS	NO PUNIBLES %	Año 2015	Cantidad	Año 2016	Cantidad
2015	886	12,76	15 años	72	15 años	31
2016	773	13,32	14 años	35	14 años	20
			13 años	18	13 años	11
			12 años	4	12 años	2
					10 años	1
					9 años	2

AÑO 2016	TOTAL	CONDUCTA SEGÚN LA EDAD						
DELITOS	TOTAL	09 Años	10 Años	11 Años	12 Años	13 Años	14 Años	15 Años
C/PROPIEDAD	59		1	1		2	13	42
HURTO-ROBO	4						1	2
HURTO AGRAVADO	4							4
HURTO AG. EGT	1					1		
HURTO-ROBO EGT	10						2	8
ROBO AGRAVADO	16		1	1		1	3	10
ROBO AG. EGT	4							4
ROBO AG. C/A.B.	1							1
ROBO AG. C/ A.F.	7							7
ROBO CAL.P/HOM	1						1	
ROBO AG. C/A.I.	2						1	1
DAÑO	8						4	4
DAÑO AGRAV.	1						1	

C/PERSONAS	17				1	1	4	11
HOM.CAL.P/A.F.	1							1
LESIONES	12				1	1	3	7
L.P/VIOL FLIAR	1						1	
LESIONES AGRAV.	3							3
C/ INT. SEXUAL	1					1		
ABUSO SEXUAL S.	1					1		
C/ LIBERTAD	10					1	1	8
AMENAZAS S.	9					1		8
AMENAZAS AG.	1						1	
C/SEG. PCA	5					1		4
TENENCIA IL. A.F.	5							2
TENENCIA IL. A.G.	2					1		2
C/ADM. PCA	1							1
ENCUBRIMIENTO	1							1
C/ORDEN PCO	1							1
AV. HECHO	3	1					2	
TOTAL	103	1	2	2	2	8	21	66



APORTE GONZALO ANDRES LOPEZ

e-mail: gonzaloandreslopez@gmail.com

La Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia propone rotundamente que "en la República Argentina no se reduzca la edad de punibilidad manteniéndose el límite de 16 años de edad, conforme el principio de no regresividad, consagrado en los estándares internacionales detallados en el informe de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos del año 2011" (Propuesta 13, Comisión 3, Sexto Congreso).

Cabe aclarar que se hace referencia a la edad de punibilidad y no de imputabilidad, en tanto el primer vocablo se relaciona con una causal personal de exclusión de la punibilidad (fundada o bien en la edad del joven al momento de los hechos o bien por la escala penal del delito que se le imputa), mientras que el último vocablo se vincula con la capacidad de culpabilidad de una persona.

2. La edad de 16 años significa un límite a la actuación de la justicia especializada (Propuesta 1, Comisión 2 A, Segundo Congreso). Esa es la edad con la que en nuestro país en la actualidad se cumple con lo requerido en el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por debajo de esta edad mínima de responsabilidad penal los jóvenes "no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un procedimiento penal" (Parágrafo 31 de la Observación General nro. 10 del Comité de Derechos del Niño). Tampoco pueden ser objeto de ninguna medida que, bajo un ropaje paternalista, restrinja sus derechos fundamentales.

En el proceso penal, cuando se tome conocimiento de que el/la joven imputado/a no es punible, se debe proceder al inmediato cese de la persecución en su contra. Si se comprueba una vulneración de sus derechos económicos, sociales y/o culturales se debe procurar su satisfacción por fuera del mencionado proceso.

En ese entendimiento la Asociación ha propuesto que "los niños y niñas no punibles en supuesto conflicto con la ley penal no sean sometidos a proceso penal judicial, quedando a salvo la facultad del niño y niña a ejercer el derecho de defensa en los procesos administrativos y en la investigación del hecho que cada Estado disponga según su legislación procesal." (Propuesta 3, Comisión 3, Sexto Congreso).

3. El principio de no regresividad imposibilita considerar la baja de la edad de punibilidad fijada en 16 años (Propuesta 4, Comisión 3, Quinto Congreso y Propuesta 2, Comisión 3, Sexto Congreso).

La Asociación ha insistido en que los Estados latinoamericanos promuevan reformas legislativas que incorporen al derecho interno los principios del "Corpus Iuris Internacional" de los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes conforme los estándares aconsejados en el Informe de la Comisión Interamericana de los DD.HH de fecha 13 de julio del 2011, "Justicia Juvenil y Derechos Humanos de las Américas" (Propuesta 1, Comisión 3, Tercer Congreso; Propuesta 1, Comisión 3, Sexto Congreso y Propuesta 10, Comisión 3, Séptimo Congreso). La Comisión Interamericana, en el mencionado informe, indica que los proyectos de reforma que buscan "disminuir la edad mínima para ser sometidos al sistema de justicia juvenil" (pár. 141) significan una medida regresiva y advierte quela adopción de este tipo de medidas"…a través de las cuales se limite el goce de los derechos de los niños, constituye una violación a los estándares establecidos por el sistema interamericano de derechos humanos", por lo que insta "a los Estados a abstenerse de aprobar legislación contraria a los estándares sobre la materia." (pár. 144).

4. Por último, la Asociación ha entendido que se deben efectivizar las políticas de prevención (conforme la Observación General nro. 10 del Comité de los Derechos del Niño), que el Estado debe cumplir con las políticas públicas destinadas a los niños, niñas y adolescentes y que las organizaciones civiles y uniones vecinales resultan una fuente de contención de los niños (Propuestas 13, 9 y 11, Comisión 6 A, Primer Congreso).

APORTE DE MARÍA AMANDA FONTEMACHI

Uno de los temas propuestos para esta Mesa es la definición de imputabilidad y punibilidad. Es importante definir claramente que es la imputabilidad, ya que de ello depende el ingreso de los adolescentes a un Sistema penal juvenil. Esta es "la capacidad humana de actuar culpablemente dentro de los cánones de la ley penal" también la "aptitud para comprender lo injusto o antijurídico del hecho y dirigir las acciones conforme esa comprensión". La delimitación negativa es la inimputabilidad.

La imputabilidad: es un concepto eminentemente jurídico que encuentra su fundamento en el sistema normativo, se funda en el libre albedrío, que es parte integrante de la responsabilidad penal.-

Existe una amplia gama de opiniones doctrinarias, dependientes de la posición dogmática que construya la Teoría del delito, que determina si un hecho o conducta es factible de ser reprochada a quien la ejecuta.-

Relacionando la imputabilidad y la capacidad: la imputabilidad se la ha asociado a la capacidad de acción, a la capacidad jurídica de deber, a la capacidad de pena y a la capacidad de culpabilidad. Respecto a la capacidad de acción, Mezger dice que no significa capacidad de acción, ya que los inimputables pueden actuar, pues acción no es solo la acción imputable. Res-

pecto a la capacidad de actuar la inimputabilidad no la suprime ya que un niño pese a ser inimputable puede actuar voluntariamente. La imputabilidad tampoco es capacidad jurídica de deber porque aun el inimputable puede estar obligado jurídicamente, su conducta puede ser antijurídica, ya que la responsabilidad civil de los inimputables a partir de los 10 años demuestra la anti juridicidad de sus actos. Tampoco significa capacidad de pena. Algunos autores llevan la imputabilidad a la sanción penal a partir de los fines de la pena. De acuerdo a esta concepción solo cabe imponer pena en aquellos casos en los que dicha imposición sea eficaz desde el punto de vista de la prevención especial o general.

Se consideró a la inimputabilidad como causa personal de exclusión de la pena, ya que la imputabilidad pertenece a la teoría del hecho punible y no de la pena.-

La imputabilidad debe ser entendida como capacidad de culpabilidad. Se discute si la antecede o bien es un elemento de la culpabilidad. Según Mezger la culpabilidad exige en el caso concreto un determinado estado de la personalidad del agente; la imputabilidad. Para Frank es un elemento de la culpabilidad. Von Hippel: afirmaba que la imputabilidad es el principal elemento de la culpabilidad, primero y necesario.

La mayor parte de los doctrinarios alemanes consideran a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.-

A. Concepto formal: se define como un estado, aptitud, o capacidad del sujeto base de la responsabilidad criminal. La culpabilidad es la irreprochabilidad personal de la acción típica, antijurídica (concepción normativa de la culpabilidad)

El concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad debe ser definido en su aspecto formal como "la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de obrar conforme a ese conocimiento". El art. 34 del CPA enumera las causales que la excluyen. Este concepto formal se compone de dos elementos:

1.- Intelectual capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta "facultad psicológica", que incluye al Axiológico que es la valoración de una situación real, capacidad de estimar una conducta como lícita o ilícita: entendimiento Según Mir Puig es poder comprender-querer -valorar -aceptar

2.- Volitivo en el supuesto de hecho el individuo: debe tener el impulso de obrar

Capacidad de obrar conforme a la comprensión del carácter ilícito de la conducta o la capacidad de autodeterminación conforme a derecho.-

Es la suficiente fuerza de voluntad para resistir la tentación o impulso de obrar ilícitamente.

B. Concepto material: Es la capacidad de obrar de otro modo (Cerezo Mir) de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico. La culpabilidad supone un determinado desarrollo o madurez de la personalidad que le permitan al sujeto conocer la licitud o ilicitud de sus acciones u omisiones y obrar conforme a ese conocimiento (capacidad y voluntad). Consideramos que el desarrollo o madurez de la personalidad es requisito de la imputabilidad. Para que a una persona se le reconozca capacidad de culpabilidad es necesario conocer su grado de madurez, inteligencia y de su voluntad, como dominio independiente de su propia conducta. El concepto de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad conecta, en primer lugar, con la "edad" y corresponde a una convención socio cultural y tiene que ver con el desarrollo biológico, intelectual y crecimiento físico.

La ciencia no ha demostrado que los niños niños y adolescentes sean más maduros o comprendan más en este 2017 que en 1983.

La Punibilidad, es la posibilidad de aplicar una sanción o pena, consecuencia de la imputabilidad y capacidad de culpa entre otros requisitos. Algunos juristas enmascarando una posición "garantista" diferencian entre imputabilidad y punibilidad expresando que el adolescente puede ser "imputado" y no "penado" proponiendo la baja de edad para imputarlos a los 13 o 14 años. Esto traerá como consecuencia conforme el principio de legalidad que nos rige, la introducción en el sistema penal punitivo.

En la legislación Argentina el Código de 1.886 consagra responsabilidad a partir de los 10 años, el Código Penal de 1.891 eleva el límite de imputabilidad a los 14 años, el Código Penal de 1.921 los niños de 14 años no eran imputables "iure et de iure", la Ley 14.394 de 1.954 establecía la edad de 16 años, la Reforma de la ley 21.338/76 bajo la edad a los14 años, la ley 22.278 fijo los 14 años y la Ley 22.803 vigente a la fecha, eleva a los 16 años la capacidad de imputabilidad y punibilidad, este es el estándar para Argentina vigente a la fecha. Considerando los principios, del interés superior del niño y el mandato no regresividad y progresividad de la ley, jurídicamente no es admisible bajar la edad de imputabilidad lo que apareja como consecuencia la NO PUNIBILIDAD, lo que NO SIGNIFICA NO INTERVENCIÓN. DEL ESTADO. Consideramos que todos los hechos se deben investigar y determinar la intervención. El Estado debe intervenir pero desde otro lugar, no punitivo, sino educativo, inclusivo, desde el Sistema de Protección y Restitución integral de derechos de niños niñas y adolescentes◆

LA MUJER COMO TRANSFORMADORA DE PARADIGMAS Y GESTORA DE CAMBIOS

MARIA VALERIA SALTALEGIO

Con motivo de conmemorar el mes de la mujer, el pasado 16 de marzo se llevó a cabo en el Salón de Actos del Poder Judicial de la provincia de Mendoza, un debate en torno a "La mujer y el Poder".

El mismo se vio engalanado con la presencia de mujeres destacadas del ambiente por su labor y lucha en la defensa y empoderamiento femenino en los distintos ámbitos sociales y laborales, demostrando que la mujer es capaz de desempeñarse con compromiso y excelencia, aportando valores propios que en muchos casos permiten un mayor acercamiento a la sociedad.

Con la propuesta de integración por la equidad, expusieron en la oportunidad: la organizadora del evento, Dra. María Fontemacchi; la vicegobernadora provincial Mgter. Laura Gisela Montero; la Lic. Claudia Najul, Ministra de Salud, Desarrollo Social y Deportes. Desde el ámbito Judicial se invitó a la Mgter. Mariana SilvestriBauco, nombrada recientemente como Defensora General de la Provincia. Por el Poder Legislativo se contó con la presencia de la Téc. Beatriz Cecilia Varela, Presidenta de la Comisión Bicameral de Niñez, Adolescentes y Familia. Desde el ámbito académico nos brindó su experiencia la Mgter. Claudia Alejandrina García, Decana de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la U.N.C. Sumó también su enriquecedor aporte la Lic. Cecilia Argones Maza, Comisario Inspector de la Policía de Mendoza y finalmente, en representación de los medios, la Lic. Marcela Postigo, Jefa de Coordinación Editorial del Grupo América.

EL DEBATE

Iniciando la jornada, que culminó con el cierre artístico del abogado y músico mendocino Marcelo López, la Dra. Maria Fontemacchi (Presidenta de la A.LA.M.F.P.y O.N.A.F.) sobre la temática propuesta señaló que es necesaria la igualdad de hombres y mujeres tanto en la vida diaria como en los distintos espacios de gestión y dirección y que en muchos casos, las diferencias existentes entre ambos sexos tiene que ver con estereotipos y prejuicios que nos han impuesto y que van en detrimento del protagonismo y las oportunidades de la mujer, aunque reconoció que esta tendencia se está revirtiendo de a poco.Destacó que todos los espacios de debate brindan un significativo aporte de enriquecimiento y enfatizó que ""el desafío es también que cada marcha de mujeres esté compuesta por hombres"

Por su parte, la Vicegobernadora provincial expresó que "es imprescindible el diálogo entre los Poderes del Estado para transformar la realidad" y destacó también que frente a los conflictos que enfrenta la sociedad "es necesario afianzar una democracia más participativa y de interacción para poder dar respuestas más certeras sumado a la oportunidad de contar con los medios tecnológicos". Manifestó que "las estadísticas señalan que en los países más avanzados es en donde hay mayor paridad y equidad en la participación de hombres y mujeres en espacios de poder y toma de decisiones".

"EL PODER COMO HERRAMIENTA DE TRANSFORMACIÓN, ANCLADO EN CONVICCIONES, PRINCIPIOS Y IDEALES"

Respecto al poder y la mujer la vicegobernadora señaló que "en el mundo masculino del poder, las mujeres somos ciudadanas de segunda". Asimismo, dejó establecida una agenda de trabajo entre la que se destacan temas como con la violencia de género y la equidad laboral y en ambientes de representación.

Por su parte, la Ministra de Salud expresó" Durante más de un siglo las mujeres venimos bregando porque se nos reconozcan los mismos derechos que a los hombres. Es por eso que en este ámbito, el de la justicia, es donde más protegidos están nuestros derechos".

Destacó también que "el acceso a lugares de decisión por sí solo, no significa mucho si no somos capaces de mantener claridad sobre los por objetivos por los cuales trabajamos para tener esos lugares". Asimismo destacó la importancia de la complementariedad entre el hombre y la mujer ya que es del aporte de ambos de donde surgirán las mejores propuestas y reconoció que "la administración del poder para ser verdaderamente equitativa y democrática debe ser representativa de la integración social".

"EL APORTE DE LA MUJER LE HA DADO AL PODER JUDICIAL UNA VISIÓN MÁS DE EQUILIBRIO Y ARMONÍA"

Con esta frase la recientemente nombrada Defensora General del Poder Judicial quiso señalar el aporte significativo de la mujer en el ámbito laboral y manifestó la necesidad de tener una visión más constructiva del poder, la cual según sus palabras, tiene que ver con "la sabiduría y la fortaleza que las mujeres solemos aportar, construyendo armonía en los lugares donde estemos".

A lo largo de todo el debate hubo varios puntos en común, entre los que podemos destacar a la educación como base de una sociedad más sana y que permita activar cambios en el rol femenino. Al respecto, la Presidenta de la Comisión Bicameral de Niñez, Adolescentes y Familia señaló que "nos quedan infinitas tareas por hacer pero creo principalmente en el fortalecimiento del hombre y la mujer en una sociedad igualitaria …"

"…..CUANDO UNA MUJER AVANZA NINGÚN HOMBRE RETROCEDE….."

Estas palabras formaron parte del contundente discurso de la Decana de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales quien enfatizo que"…en un mundo de hombres y mujeres, todos nos necesitamos, la lucha es de todos y para todos…" . Extendiendo su exposición al ámbito académico señaló que a partir d la reforma universitaria y del voto democrático se ha logrado una mayor equidad en lugares de decisión y sostuvo también que los paradigmas culturales se logran transformar desde la educación. Al respecto, señaló que se está trabajando con otras universidades en avances sobre la feminización. Fue contundente al expresar "…nos cruzan y nos atraviesan contextos sociales y políticos que impiden que decisiones políticas se lleven a cabo…"y señaló que "…el tema del aborto es el mejor ejemplo de la inequidad social…"

Por su parte, la Comisario Inspectora relató sobre su ardua lucha para empoderarse por ser mujer en algunos ámbitos que tradicionalmente son machistas, remarcando que en momentos sintió resistencia no sólo de sus pares sino también de la sociedad, lo cual nos habla de que aún hay un largo camino por recorrer al respecto.

…"EL DESAFÍO ES LA CONSECUCIÓN DE UN CAMBIO EN LA FORMA EN QUE CONSUMIMOS Y DIFUNDIMOS LOS MENSAJES.."

Así lo expresó en su charla la Jefa de Coordinación del Grupo América sobre la temática de la mujer y el poder en la sociedad. Señaló que se viven momentos de cambios en los medios de comunicación en donde se ve reflejado que de a poco las mujeres van ocupando lugares de toma de decisiones y de poder, por lo que reafirmó también la importancia de los espacios de debate y diálogo y se comprometió a trabajar desde su lugar para la difusión de la temática◆

II Asamblea por la equidad

PROMOVIENDO LA IGUALDAD Y EQUIDAD DE GÉNERO

MARIA VALERIA SALTALEGIO

En el marco de la II Asamblea por la Equidad se llevó a cabo en la Legislatura de Mendoza esta multitudinaria convocatoria que reunió a más de ochenta mujeres en representación de diversos sectores de la sociedad provincial. Estuvieron presentes los tres Poderes del Estado y mujeres referentes por su lucha para una sociedad más igualitaria en cuanto a la equidad de géneros y al lugar que debe ocupar la mujer en espacios de poder y decisión política.

Analizando los planteos expuestos y a la luz de la problemática actual al respecto, se llegó a la conclusión de que la concepción machista, excluyente y discrimi-natoria de la política ha llevado a la falta de incidencia real de la mujer en los espa-cios de poder y decisión.

Esto repercute en los distintos Poderes del Estado, así se observa la falta de paridad en la representación (Ley de Cupos) y también aún hoy se observa escaso acceso a lugares jerárquicos. Así, en el ámbito Legislativo, esto dificulta la participación política de las mujeres lo que trae un correlato de falta de consideración de las necesidades de las mujeres y una escasa representación de sus derechos en los distintos ámbitos.

LA PARIDAD NO VA A LLEGAR CON EL CUPO

Analizados los gráficos presentados de las elecciones del año 2015, éstos mostraron el incumplimiento del cupo. A nivel provincial se observa que la Justicia Electoral no ejercería el control suficiente y a nivel nacional, que éste sería ineficiente. Esto hace que el porcentaje de mujeres ocupando primeros puestos fuera de un 20% en las PASO y de tan solo un 18% en las Candidaturas Nacionales. Frente a este panorama, se determinó que los motivos del incumplimiento en la Ley de Cupos, tanto a nivel provincia como Nación, serían que no cumplen con los porcentajes mínimos, que no se respeta la alternancia y que no hay mujeres suplentes.

En el ámbito de Latinoamerica, la participación de la mujer en el ámbito Legislativo alcanza un mayor porcentaje en Bolivia, en tanto que Brasil se ubica en el último lugar. La Argentina está posicionada en el 6° lugar con un porcentaje de 35,80 %. A nivel provincial, el mayor porcentaje de participación lo revela Tierra del Fuego con un 47 % y el más bajo Santa Fe con un 20%; aquí nuestra provincia está más alejada del primer puesto con un porcentaje del 31 %.

Asimismo, el índice IPM (índice de participación de mujeres) del 2010 realizado en los ámbitos político, sociedad civil y sindicatos y economía y negocios dejan ver que en política, el mayor porcentaje femenino se da en el sector Legislativo y el menor en el Ejecutivo; en tanto que en los Sindicatos Nacionales el porcentaje es mínimo, tan solo un 5%; finalmente en las grandes empresas y cámaras empresariales también es ínfimo, no superando el 5%. Estos datos revelan el largo camino que queda por recorrer.

EL ACUERDO ENTRE LOS TRES PODE-RES DEL ESTADO

Finalizada la jornada en la que todas y cada uno de las mujeres asistentes pudieron brevemente exponer, se llegó a un acuerdo el cual tiene que ver con el compromiso de igualdad y equidad de género y diversidad entre todos los Poderes del Estado. Esto incluye promover la reforma 6831 artículo con el que se pretende igualar el porcentaje de hombres y mujeres en cargos electivos e incorporar la alternancia en la conformación de Listas. Esto, entre otros temas, tiene que ver con impulsar el tratamiento de proyectos legislativos

sobre paridad de género tanto en cargos legislativos como en todos los niveles del Estado e incorporar propuestas desde la perspectiva de género.

CONCLUSIONES Y DESAFÍOS

Sobre las conclusiones arribadas en la jornada, se reconocieron los avances a nivel mundial y nacional. En el primer caso, se observan menos mujeres en situación de empleo vulnerable y hay más mujeres en cargos directivos, mayor acceso a la protección de la maternidad y la disparidad de la remuneración se está reduciendo. A nivel país los últimos 30 años se han ido incorporando las mujeres al mercado laboral y se ha legislado en pos de la equidad de género y para prevenir y erradicar la violencia de género en todos los ámbitos.

Hay muchos desafíos pendientes como contar con una mayor cobertura de la protección de la maternidad y la paternidad, aplicar efectivamente la legislación vigente y lograr una paridad de géneros igualitaria, entre otros.

Es sin dudas en los ámbitos del debate donde surgirán propuestas enriquecedoras toda vez que son escuchadas la multiplicidad de voces y experiencias. La lucha es ardua y mucha pero sus efectos serán a largo plazo y en pos de una sociedad más justa y participativa◆

DEPOIMENTO ESPECIAL ("DECLARACIÓN ESPECIALIZADA") DE NIÑOS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS O TESTIGOS DE VIOLENCIA SEXUAL: LA EXPERIENCIA BRASILEÑA

Maria Isabel de Matos Rocha
Función: Juez Superior del Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso do Sul, Brasil
Titulación académica: Máster en Derecho Civil (Universidad de Coimbra, Portugal).

BREVE SÍNTESIS DEL TRABAJO

El trabajo relata la experiencia de la técnica de "depoimento especial", que es un modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles desarrolada por el Poder Judiciário del Brasil, en los servicios implantados en el Estado de Mato Grosso del Sur.

Se trata de una técnica especializada para la escucha de infantes y adolescentes testigos o víctimas de violencia, en audiencias judiciales en tribunales, que en gran parte envuelven actos de violencia de género y del tipo sexual, que tiene en vista reducir el sufrimiento y los daños psicológicos de los declarantes víctimas, así como generar prueba más segura para la responsabilización de los agresores.

Este trabajo informa acerca del sistema especializado implantado en el Estado de Mato Grosso del Sur desde los años 2014, que ya cuenta con centenas de audiencias y declaraciones, describe la técnica, sus dificultades y limitaciones y sus resultados. Analisa datos estadísticos del Servicio implantado por el Tribunal de Justicia de Mato Grosso del Sur, relatando resultados y limitaciones.

Por fin, presenta propuestas para que este sistema de escucha logre sus objetivos de proteger a la víctima y obtener una prueba más segura:

1) Que el Poder Judiciário dé prioridad a la instalación de este modelo en todas las comarcas, a la capacitación de entrevistadores y a la instalación de más Juzgados especializados en estas cuestiones.

2) Que la producción antelada de prueba de declaración especial de infantes y adolescentes sea garantizada mediante acciones integradas que permitan la entrevista temprana de la víctima, evitándose la repetición de su narrativa ante varios órganos de atendimiento;

3) Que el servicio de declaración especializada cuente con mecanismos de monitoramiento y evaluación continuada de su funcionamento y resultados, así como de sistematización de sus datos estadísticos, con su divulgación a la sociedad en general;

4) Que haya otros instrumentos complementarios que ayuden a construir una visión preocupada con la prioridad de los niños y con las cuestiones de género, además de los citados, como por ejemplo: capacitación permanente de Jueces, agentes fiscales del Ministerio Público, Defensores, Abogados y equipos psicosociales visando una actuación no machista ni adultocéntrica y promoción de estudios, seminarios y divulgaciones permanentes sobre la violencia contra los niños y los mecanismos judiciales de su protección...

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo relata la experiencia de la técnica de "depoimento especial", que es un modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles desarrolada por el Poder Judicial del Brasil, en los servicios implantados en el Estado de Mato Grosso do Sul .

Se trata de una técnica especializada para la escucha y toma de declaraciones de niños y adolescentes testigos o víctimas de violencia, en audiencias judiciales en tribunales, que en gran parte envuelven actos de violencia de género y del tipo sexual, donde la vulnerabilidad de las víctimas justifica una declaración especializada, teniendo en vista reducir el sufrimiento y los daños psicológicos de los declarantes víctimas, así como generar prueba más segura para la responsabilización de los agresores.

Este trabajo informa acerca del sistema especializado implantado en el Estado de Mato Grosso do Sul desde los años 2014, que ya cuenta con centenas de declaraciones, hechas por niños y adolescentes. El estudio relata cómo surgieron las prácticas de escucha especial en el panorama internacional, en Brasil y en el Mato Grosso do Sul, se refiere a motivaciones y precursores, informa fundamentos legales, describe la técnica y apunta dificultades, contribuciones positivas y limitaciones.

También analisa datos estadísticos del Servicio implantado por el Tribunal de Justicia de Mato Grosso do Sul, relatando resultados y limitaciones. Y por fin, presenta propuestas para que este sistema de escucha logre sus objetivos de proteger a la víctima y obtener una prueba más segura.

FUNDAMENTACIÓN

1. Dificultades y limitaciones en el sistema tradicional de toma de declaraciones de infantes y adolescentes víctimas de violencia

Cuando un niño o adolescente cuenta que fue víctima de violencia sexual (especialmente si el abuso es intrafamiliar), puede no alcanzar la credibilidad de sus familiares, porque la família busca preservar el equilibrio de las relaciones existentes. También en las instancias sociales y del poder, la víctima puede sentirse descreída, cuando es obligada a repetir los relatos muchas veces.

Las instancias judiciales en general no poseen un ambiente protegido para el niño le pueda relatar esa experiencia traumática de abuso, ni profesionales capacitados para oír, por lo contrario, tales ambientes son permeados de "una cultura adultocéntrica tomada por unas formalidades que llegan cerca de lo absurdo, dado los rigores en los actos procesales"[1], por eso, estas escuchas generan revictimación o victimación secundaria derivada de la "violencia institucional".

En la declaración tradicional, el infante está sujeto a cruzarse con el agresor en los pasillos del Juzgado, y tiene que hablar en el ambiente formal de una sala de audiencia judicial, en la presencia de adultos, casi siempre figuras masculinas del poder (Jueces, Fiscal del Ministerio Publico, abogados y el próprio agresor) respondiendo a preguntas que las partes le hacen directamente (según prevé el art. 212 del Código de Procedimientos Penales de Brasil).

Ese salón de audiencias es un ambiente hostil al infante, por la postura inquisidora y de confrontación de los profesionales del Derecho que utilizan tratamiento de ceremónia y formal[2], además utilizan un lenguaje técnico incompreensible para los infantes[3], no respetan su lenguaje, su tiempo, su silencio[4], o mismo dan muestra de duda acerca de su palabra o conduta, con preguntas agresivas, irónicas, inductoras o sugestivas, que pueden de alguna manera, culpar la víctima[5].

Además de eso, la víctima tiene que gerenciar el peso de la responsabilidad que indevidamente recae sobre ella, por el riesgo de la condenación del agresor, por el miedo de la disolución de la família, miedo de reprimiendas del agresor, además del dolor de la memoria (ante las repetidas inquiriciones).[6]

El ambiente intimidante, la formalidad y la frialdad de las prácticas judiciales generan sentimientos de verguenza, sufrimiento muchas veces expuesto por el llanto o silencios invencibles; eso explica la dificultad de los infantes en sostener sus depoimientos en momentos sucesivos (GOODMAN et al., 2009), y si el infante está abalado psicológicamente, no habla o habla poco, su testigo puede ser inseguro y no ser validado como prueba, impidiendo así la condenación del agresor y generando impunidad.

El llanto y los silencios angustiados de las pequeñas víctimas fueron alertando y sensibilizando a los jueces y sus equipos hasta que ellos reconocieron: "nosotros no estamos capacitados para ésto!". De ahí surgió la preocupación en adaptar los actos de escucha a la condición de mayor fragilidad del infante, mirando disminuir los daños psicológicos y también obtener una prueba mejor: así nascieron las prácticas de declaraciones especializadas, adoptadas en varios países, a partir de parámetros de la normativa internacional.

2- La escucha especializada de los infantes y adolescentes y su inspiración en la normativa internacional

Muchos cuestionan: "?Seria mismo necesario oir al infante víctima?"

Algunos defienden que se dispense el relacto de la víctima, para mejor protegerla y no revitimizarla, pero así, el infante puede sentir que el adulto no quiere oír su experiencia, de la misma manera como las personas no querian creer en el abuso, y así se refuerza el

abuso con el secreto que pude llegar a un síndrome de acomodación o incluso causar la retractación de las declaraciones.

Cabe recordar que la declaración de la víctima menor de edad muchas veces será la prueba principal, por vários motivos: a) dada la ausencia de testigos (ya que sobretodo el abuso sexual intrafamiliar es crimen cometido en la clandestinidad, en la intimidad del ambiente hogareño); b) en vista de la ausencia de lesiones o vestigios que puedan ser constatadas en la investigación del experto médico legal, en algunos crímenes sexuales que no consisten en relaciones sexuales completas que puedan dejar vestígios[7] ; c) una vez que la investigación del experto médico legal no siempre pude ser conclusiva, porque hecha mucho tiempo después de lo ocurrido (sobretodo en los casos de abuso intrafamiliar, que según los investigadores es uno de los más frecuentes[8], y es el que más tarda en ser revelado por los infantes y noticiado a las autoridades[9]).

Entonces, la declaración del infante en el proceso criminal muchas veces es la única prueba posible, y si dispensada, puede impedir la responsabilización criminal.

La normativa internacional obliga a respetar el interés y la opinión del niño en todo lo que le dice respecto, en función de su edad y maturidad.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1990, en su Artículo 12, § 2º, garantiza el derecho del niño ser oído y que su opinión sea llevada en cuenta en "todo proceso judicial o administrativo que afete a lo mismo, sea directamente, sea por intermediación de un representante o órgano apropiado en conformidad con las reglas procesales de la legislación nacional."

A menudo se aplica dicho principio en las aciones judiciales en Juzgados de Familia, de Niñez y Adolescencia, cuando la opinión del niño es relevante para decidir sobre la guardia o adopción, pero también debe hacerse en el proceso criminal que cuida de los crímenes sexuales, porque este puede cumplir función reparadora para la víctima, y por lo tanto es proceso también de su directo interés[10].

Además, ese resultado del proceso criminal (condenar o no, encarcelar o no el agresor, que puede ser familiar de la víctima) puede generar drásticos cámbios familiares, alteraciones de guardia de infantes o pérdida del poder familiar de los padres, entonces, se justifica que el infante sea siempre oído, pues se trata de su vida que se está decidiendo.

Claro que ese interés de oír a los infantes tiene límites de respeto a su silencio e intimidad, por eso, si los niños prefieren no hablar, "deben de ser respetadas las condicones subjetivas que muchas veces los ponen sin condiciones de expresarse sobre la violencia vivida o vista". (AMORIM, 2010,P.5).

La normativa internacional trajo parámetros para esa declaración especializada. La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, en 25 de mayo de 2000, el Protocolo Facultativo para la Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada por el gobierno brasileño (BRASIL, 2004), reconociendo la necesidad de proteción de los niños víctimas y testigos en todas las etapas del proceso judicial criminal, debiendo el Estado informar sobre sus derechos y el andamiento de los procesos, considerar sus opiniones, darles apoyo, proteger su privacidad y seguridad, evitando tardanza sin necesidad en los procesos.

La Resolución 20/2005 (ECOSOC, 2005) Del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sigue en el mismo sentido: reconoce el niño víctima como capaz de hablar y de testigo, valora su protagonismo y garantiza su derecho a la privacidad, reparación y ayuda ,debiendo ser tratado con dignidad, ser protegido de discriminaciones, ser informado, ser oído y ser protegido de sufrimientos en el proceso, y recomienda, incluso, reducción del número de declaraciones (por ejemplo, utilizándose grabaciones en video).

La publicación "Declaración sin miedo (?) : culturas y prácticas no revitimizantes: una cartografia de las experiencias de tomada de declaración especial de niños y adolescentes"[11] identificó prácticas de declaración especial de infantes y adolescentes en procesos judiciales en 28 países en los cinco continentes, siendo el mayor número de experiências en países de Europa (36%) y América Del Sur viene en segundo lugar (25%).

La "Cartografia" relata prácticas de declaración especial que se iniciaron em la década de 1980 (Israel, Canadá y Estados Unidos), y tuvieron lento crecimiento hasta el año 2000, ocurriendo una mayor aceleración a partir de 2005, com la Resolución Ecosoc nº 20/2005: a partir de ahí, el número de experiencias de declaración especial practicamente duplicó[12].

En 2011, el Parlamento Europeo y el Consejo de Europa editaron la Directiva 2011/92 EU con recomendación específica sobre la declaración especial de infantes y adolescentes[13].

En América Latina, el marco de implantación de esas experiências ocurrió en Argentina que reglamentó en 2003 la utilización de la Cámara Gesell, por medio de la Lei Federal nº 25.852/2003 de autoria de Dr. Carlos A. Rozanski, Juez Federal. El uso de esa Cámara ya ocurría con fines terapéuticos desde el año de 1990, influyendo los países de América Del Sur y Central. En Brasil, la "declaración especial" empieza a partir de 2003, como será relatado.

3. Descrición y objetivos de la técnica de inquirición especializada de infantes y adolescentes víctimas de violência

¿Cómo se debe hacer la escucha especializada de infantes y adolescentes?

Las metodologías recomiendan el uso de técnicas especializadas de entrevistas judiciales, con

grabaciones en video para crear un registro fiel de declaraciones del infante.

La toma de declaraciones sigue basicamente dos abordajes: "Closed Circuit Television " (CCTV) y Cámara de Gesell. La gran mayoría de los países utiliza el sistema CCTV, que colecta declaraciones por medio de un circuito cerrado de televisión y de videograbación. Los otros 34% de los países utilizan la Cámara Gesell, que utiliza dos ambientes separados por un espejo unidirecional.

La experiência de Inglaterra tuvo marco legal en 1991, por medio de Criminal Justice Act (Ley de la Justicial Criminal), que permite la videograbación de declaraciones de infantes víctimas o testigos en procedimientos penales y su utilización como prueba principal.[14]

La Cámara Gesell consiste de dos salones divididos por espejo (espejo de un lado y vidrio transparente por otro lado), el infante sabe de todo que está siendo grabado y filmado, el entrevistador establece un buen "rapport" inicial con el infante y la entrevista es semi conducida.

En algunos países se exige que la entrevista sea grabada y filmada en un único momento y no sea repetida para que no sea revitimizado el infante (en Peru la llamada "sala de entevista única" fue implantada en 2006).

En Brasil, el infante es acogido en ambiente separado de la sala de audiencia y allí es oído por profesional experto en el uso de entrevista cognitiva; la toma y registro de declaración son hechos por teleconferencia, utilizando dos ambientes separados y equipajes electrónicos para registro de audio y de imagen, en sigilo procesal, con acceso solamente por las partes y profesionales del proceso.

4. Marcos legales y práctica de declaración especial en Brasil

El Brasil es signatario de la Convención Interenacional sobre los Derechos de los Niños y sus arts. 3º y 12 tienen princípios repetidos en el "Estatuto da Criança e do Adolescente" en los artículos 18, 28§ 1º y 100, párrafo único, inciso XII, consagrando la obligatoriedad de escucha de infantes y adolescentes y de la asesoria de equipo técnica interprofesional.

Pero no hay reglas expresas en la ley brasileña que conternplen la especificidad de la declaración infantil y juvenil.

Algunos dispositivos del "Código de Processo Penal" de Brasil señalan para un respeto mayor y humanización en la inquirición de la víctima: es el caso del art. 201§ 4º del CPP (reserva espacio en separado al ofendido), § 5º (encamina al ofendido para atendimiento multidiciplinar psicosocial, asistencia jurídica y salud) y § 6º (preserva la intimidad, honor e imagen del ofendido, incluso con sigilo de los procedimientos).

El art. 217 del CPP dice que el testigo debe deponer en sala de audiência con la presencia del reo, pero el Juez pude usar la vídeo conferencia o mandar sacar al reo del salón, prosiguiendo con la presencia de su defensor, si nota que la presencia del reo causará temor, inseguridad, humillación o intimidación del deponiente.

El CPP prevé la producción antelada de pruebas urgentes (CPP, art. 156, I y art. 225) en tiempo corto después del hecho. En caso de infantes, ellos deben ser oídos pocas veces y por pocos profesionales, en respecto al principio de la intervención mínima y precoz, previsto en el art. 100 del Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA).

Esas normas procesales aún son tímidas para garantizar la inquirición especializada de infantes con respecto a las condiciones peculiares de su desarrollo, entonces, las prácticas revitimizantes persisten en Brasil, como señaló Veleda Dobke, que apuntó los daños secundarios de la inquirición, causados a las víctimas del abuso sexual infantil[15].

Esta situación solo empezó a cambiar a partir de los estúdios de Dobke y la implantación de la experiência pionera del 2º Juzgado de Niñez y Juventud de Puerto Alegre, RS, en 2003, tomando el frente el Juez José Antonio Daltoé, que inauguró una escucha de infantes más humana y diferenciada.

En los Tribunales se fueron legalizando esas prácticas. El Superior Tribunal de Justiça de Brasil legalizó la producción antelada de prueba de declaración especial de infantes y adolescentes, justificando con la necesidad de protección a la víctima, y la "posibilidad de olvido de los ocurridos por los posibles traumas psicoemocionales sufridos por el próprio decurso del tiempo, sin perjuício de influencias ocasionadas por presiones en el seno familiar"[16].

La práctica brasileña de declaración especial fue tema de investigación realizada entre 2011 y 2012, con colecta de datos del sistema judicial, redundando en la publicación "Cartografia Nacional das experiências alternativas de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes em processos judiciais no Brasil: o estado da arte", que presenta el mapeamiento y la compilación de esos datos estadísticos[17].

Fueron identificadas 42 experiencias desarrolladas en 15 estados brasileños y en el Distrito Federal. Sus autores afirman que la experiencia iniciada em Rio Grande del Sur constituyó " un divisor de aguas en la temática del testigo infantil en Brasil por su alto poder de replicación", una vez que el número de salones creció más de 20 veces desde 2003, cuando fue creado ese primer salón de declaración especial.[18]

En 2010, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) reconoció la necesidad de una declaración adaptada a las condicones del niño y del adolescente, al editar la Recomendación nº 33/2010 que orienta los Tribunales

a: I – que implanten un sistema de videograbación en ambiente separado del salón de audiencias; II – que realicen la escucha con profesionales capacitados en el uso de entrevista cognitiva, III – que esclarezcan al infante o adolescente sobre el motivo y efecto de su declaración; IV – que presten apoyo y encaminamientos médicos y asistenciales de la víctima y familiares; V – que garanticen el principio de la actualidad cogendo la declaración en el tiempo más aproximado de la fecha del conocimiento del hecho.

En Brasil, la "declaración especial" ocurre sobretodo em procesos criminales y procesos de la Niñez y Juventud y los entrevistadores son en la mayoría psicólogos o asistentes sociales de los equipos judiciales[19] pero no es obligatoria la cualificación de psicólogo para ser entrevistador, lo que abre un abanico de opciones de capacitar otros servidores para tal actuación, en casos de pocos equipos psicosociales.

5. "Depoimento especial" (declaración especial) en Mato Grosso do Sul

El Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso do Sul reglamentó la Declaración Especial mediante la PORTARIA Nº 548/2014, que prevé la videograbación para registro de la declaración: el infante le habla al entrevistador en un salón en separado frente a la cámera de video y micrófono de ambiente, y el entrevistador se comunica con el Juez, el agente del Ministerio Publico, el abogado (que están en outra sala), a través del micrófono de solapa y punto de sonido en el oído, mientras ellos asisten a la declaración del infante en tiempo real por una televisión.

El entrevistador acoje al infante o adolescente y su responsable y usa preferentemente la técnica de Entrevista Cognitiva, iniciando con la acojida ("rapport"), después el entrevistador incentiva el relacto libre del hecho, repasa preguntas hechas por los profesionales del derecho que asisten en el otro salón, evitando preguntas sugestivas, impertinentes, agresivas, prefiriendo preguntas abiertas para no inducir al declarante, y aún respetará eventuales silencios y manifestaciones emotivas del infante así como su derecho de no hablar.

El art. 7º de la nombrada Portaria estableció como parámetros: 1) el principio de la actualidad, disminuyendo el tiempo entre el conocimiento del hecho y la declaración; 2) la participación del Ministerio Público, y de la Defensoria Pública o abogado; 3) la presencia solamente del entrevistador y del declarante en la sala de declaración (permitido un responsable por el infante si necesario); 4) la grabación en audio e imagen de la declaración con sigilo del archivo audiovisual; 5) la degrabación del audio para acceso por las partes del proceso.

El registro visual y verbal constituye documentación de las gesticulaciones y expresiones faciales, señales, miradas, además de la palabra, que pueden ser revistos mucho tiempo después por otros profesionales (incluso en casos con recursos de las sentencias).

La previsión de rápida escucha de la víctima en juício (lo más cerca posible de la fecha de los hechos) abre espacio para la producción antelada de prueba, que puede ser consultada en varias etapas procesales y disponible en otros procesos del niño, evitando así, que el infante tenga que repetir su habla en vários momentos.

El art. 6º prevé la atuación de un Equipo de Protección, que encamina a la víctima o su família a los servicios de apoyo y assitencia a la salud física y psíquica, cuando necesario y los artículos 13 y 14 prevén el Programa de Evaluación Continuada visando padronización de los procedimientos y monitoramiento de los resultados.

La reglamentación del Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso do Sul dejó en abierto el área de formación del entrevistador, no exigiendo que sea un psicólogo, pues la experiencia mundial indica que otros profesionales pueden ser entrevistadores, desde que sean capacitados en el uso de la entrevista cognitiva[20] .

Entonces pueden ser capacitados entrevistadores de várias áreas (áreas humanas y de salud, educadores, pedagogos o juristas); Todavia, como ese tema de la entrevista cognitiva es de conocimiento de los psicólogos, eso se vuelve naturalmente más fácil a ellos, esa habilidad, lo que explica su actuación en muchos países[21.]

6. La consagración legal del " depoimento especial ("declaración especial") : La Ley 13.431 de 4 de abril de 2017.

La consagración en la ley bralileña de la "declaración especial" ocurrió con la aprobación de la Ley 13.431/2017 La ley 13.431 de 4 de Abril de 2017 establece el sistema de garantia de derechos del infante y adolescente víctimas y testigos de violencia y consagra el derecho del infante a ser oído y el modo cómo eso debe hacerse.

Esta ley establece la escucha diferenciada del niño, que va a realizarse como se describió anteriormente[22].

El Proyeto de Ley nº 3792/2015[23] tuvo una Subemenda Sustitutiva[24] y fue aprobado en 21 de Fevereiro de 2017 por la Cámara de los Diputados Federales, siguiendo el asunto al Senado Federal (PL 3792-B / 2015). En 4 de abril de 2017, la Ley 13.431 fue promulgada y publicada en el Diario Oficial y entra en vigor un año después de su publicación.

Analizado en su redacción original, el PL 3792 / 15 estabelecía aplicación obligatoria de sus procedimientos para las personas menores de dieciocho años, siendo opcional en otros casos (art. 3, segundo párrafo).

El PL definía como situaciones de violencia, además de las tradicionalmente conocidas: 1) los actos

de alienación parental (que es violencia psicológica, de acuerdo con el artículo 4, II b); 2) la exposición de los niños a los testigos del crimen violento contra un miembro de su familia o persona de su red de apoyo (que se considera violencia psicológica de acuerdo con el artículo 4, II c.); 3) la explotación sexual comercial (violencia sexual de acuerdo con el art. 4, III b) y c); 4) la violencia institucional[25] y la revictimización[26], de acuerdo con los puntos IV y V del articulo 4.

El Proyeto de Ley nº 3792/2015 establecía que el testimonio en moldes especializados debería ocurrir cuando la víctima tuviese menos de siete años o cuando hubiese recomendación técnica interdisciplinaria.

Si la víctima quisiese dar declaración directamente al Juez, sería informada a respecto y serían tomadas cautelas para protegerla en esa forma tradicional de deponer[27].

El proyecto de ley establecía que este modo de testimonio no se repitiese en el nivel administrativo o judicial, incluso en los crimenes contra la vida (art. 24 y sus párrafos), salvo en caso de necesidad y con el consentimiento de la víctima

En sus incisos el artículo 8º establecía: VI identificación de situaciones que preconicen antelación del atendimiento a la víctima; VII – reconocimiento de interdependencia de los campos de acción entre seguridad, asistencia social y salud; VIII – integración del atendimiento, con entrevista evaluativa de la víctima y evitándose la repetición de su relacto ante otros órganos de atendimiento.

El art. 5º VI establecía el derecho de el infante "ser oído, expresar sus opiniones y preocupaciones y participar, a la medida de su desarrollo y de su voluntad, de las decisiones que le digan respecto, así como permanecer en silencio".

El artículo 4º, § 3º establecía la atención a la víctima en la forma de: 1) Escucha cualificada (entrevista ante los órganos especializados de la salud, asistencia social o seguridad pública por profesional cualificado para registro de los hechos y la análisis sociopsicológica de la víctima y de su contexto familiar) y 2) Declaración judicial especial ante procedimiento reglamentado en el art. 26.

El artículo 26 determinaba la actuación del equipo multidisciplinar que:

I – preparará el infante deponiente, informándolo de sus derechos y de los procedimientos, vedada la lectura de la denuncia o piezas procesales que puedan sugestionar falsos recuerdos; II – en caso de que la víctima se recuse a deponer, será informada sobre las implicaciones en el proceso y debe garantizarse entrevista con su defensor y con el Ministerio Público; III – el equipo velará por el habla libre del infante, inteviniendo solo cuando necesario con cuestiones abiertas o no sugestivas; IV – la declaración del infante será visualizada por el Juez, por el indiciado o acusado y su defensor y por el Ministerio Público por medio de transmisión electrónica; V – puede haber preguntas complementares (del Juez, Ministerio Público, defensor, asistentes técnicos) repasadas al entrevistador; VII – el profesional podrá simplificar el lenguaje y los términos de la pregunta, para mejor compreensión del infante o adolescente; VIII – las metodologias deben seguir protocolos reconocidos por el Consejo Nacional de Justicia que reduzcan el trauma del infante y eviten su revíctimación ; IX – las declaraciones serán grabadas por medio electrónico o magnético, cuya transcripción y mídia integrarán el proceso, para que puedan ser usados en ese proceso y demás procesos en que sea relevante, evitándose así su repetición.

El articulo 23 establecía la audiencia en un ambiente acogedor, con sus propios muebles y adecuado para diferentes grupos de edad y para permitir la privacidad, asegurando que la víctima no vea el acusado antes, durante o después de la toma de declaraciones.

El § 8º garantía la tramitación en secreto de justicia y la seguridad de la mídia para evitar su indevida utilización irrespetando al derecho a la intimidad y privacidad de la víctima.

El art. 8º, establecía acciones articuladas de los sistemas de justicia, seguridad pública, asistencia social y salud, para la humanización del atendimiento, no revictimación de las víctimas y responsabilización del agresor, con capacitación interdisciplinar de profesionales y atendimiento coordinado, célere y prioritario, además, con mucho más urgencia cuanto más joven fuese la víctima.

Era prevista la actuación articulada de varios Juzgados (Criminales, de Família y de la Niñez y Juventud), a partir de una sola declaración disponible a todos (mediante toma unificada de declaraciones o mediante envio de copias, de acuerdo com §§ 6º e 7º).

El PL 3792-B de 2015, ya con la subemenda sustitutiva, fue aprobado y en sua redacción final la Ley 13.431 de 4 de abril de 2017 establece la obligación de la escucha especializada de los niños y adolescentes en situaciones de violencia (art. 4, párrafo 1).

La ley establece su aplicación opcional a las víctimas y testigos de la violencia entre los 18 (dieciocho) y 21 (veintiuno) años (art. 3º , solo párrafo).

El artículo 4 describe las formas de violencia que justifican la escucha en moldes especializados, como hecho en el texto anterior, y reafirma en el art. 5, VI, el derecho del niño "a ser oído ya expresar sus deseos y opiniones, así como permanecer en silencio.".

Los artículos 10 y 12 describen el modo de toma de las declaraciones de acuerdo con los criterios generales de la técnica de inquirición especializada. La privaci-

dad sigue siendo garantizada en la toma de declaraciones en secreto judicial (artículo 12, § 6). La obligación de confidencialidad de la información proporcionada por el testigo prohíbe la transferencia de sus declaraciones a excepción de los fines de asistencia a la salud y la persecución penal (art. 5, XIV)[28].

Se mantiene la garantía de que el niño o adolescente no tenga contacto, incluso visual, con el autor o otras personas que representen una amenaza o vergüenza (artículos 9 y 10) y se mantiene la penalización de la conducta de violación del secreto de procedimiento[29].

El PL 3792-B, despues Ley 13.431/2017 , establece la obligación de la toma de la declaración especializada ocurrir mediante producción de prueba anticipada, cuando el niño es menor de siete años o en el caso de la violencia sexual (art. 11, § 1, I y II).

La ley expresa clara preferencia por la escucha especializada como prueba anticipada: 1) en el artículo 11 establece que "cuando sea posible" la declaración especializada se llevará a cabo "una sola vez y por prueba anticipada" ; 2) en el artículo 20 VI establece que los agentes de policía representen el Ministerio Público para proponer la medida cautelar de la prueba anticipada cuando "el retraso puede ser perjudicial para el desarrollo del niño o adolescente".

Además, la ley establece que el testimonio especial no se puede repetir,

a menos que la autoridad competente justifique su indispensabilidad y si el consentimiento de la víctima o de un testigo o de su representante legal menos que lo justifique su carácter indispensable la autoridad competente y habiendo el consentimiento de la víctima o testigo o de su representante legal (art. 11, § 2).

Luego, la declaración especializada anticipada debe ser la regla y no la excepción, desde que la ley establece que se hará una sola vez, y como prueba anticipada.

Estos dispositivos, combinados, suavizarán la victimización del niño debido a que tales declaraciones ocurrirán en una fecha cada vez más cerca del evento o de su revelación, permitiendo que el niño siga su infancia y adolescencia, sin necesitar revivir en su memoria los eventos traumáticos repetidamente, a cada vez que se le pregunta a declarar sobre el incidente.

La ley, en su artigo 12, §§ 1º, 2º, 3º e 4º , mantiene la posibilidad del niño / adolescente testificar directamente ante el juez, si se prefiere, en cuyo caso reafirma los dispositivos de precaución de los jueces para preservar la intimidad, la privacidad y la seguridad del declarante : en estos casos puede ser determinado por el juez el alejamiento del agresor de la sala de audiencias, si hay riesgo para el entrevistado o perjuicio de los testimonios (§ 3).

De acuerdo con los artículos 13 a 22, debe haber integración de las políticas con acciones coordinadas de los sistemas de justicia, seguridad pública, bienestar y salud, con formación interdisciplinar de profesionales (art. 24).

Sobre el tema de la atención por los órganos de seguridad pública y justicia, existe la preocupación con la especialización de servicios y la formación continuada y permanente de los profesionales[30].

7. Estadísticas de atendimientos de los servicios de Declaración Especial en Mato Grosso do Sul.

El servicio empezó en la Capital del Estado, Campo Grande, en 2014, y fue después gradualmente estendido a otras doce ciudades[31], priorizando las comarcas mayores, así, los equipos de las ciudades pólo hacen escuchas en las comarcas próximas, atendiendo la necesidad de comarcas pequeñas que no poseen equipo especializado.

Desde la instalación (de 10/06/2014 hasta 29/09/2016), el servicio ya ha realizado 246 audiencias[32] siendo 97% de los casos, procesos de la Capital Campo Grande.

El número de infantes y adolescentes oídos soma 290, los infantes oídos fueron 236 y los adolescentes 54. La mayoria de los infantes oídos son del sexo femenino (223) y 67 son del sexo masculino.

Los abusadores son en mayoria del sexo masculino (con edad entre 30 y 48 años): 262 niños/ adolescentes fueram abusados por personas del sexo masculino y 28 infantes/adolescentes fueron abusadas por personas del sexo femenino.

De los 290 infantes oídos, 30% fueron abusadas por el padrastro, 11% por el padre, 10% por los tíos, 3% por la madre, y los demás por personas del convívio familiar como: profesor, hermano, vecino, novio y bisabuelo.

Los datos enseñan mayor celeridad de los procesos en el Juzgado Especializado de la Capital Campo Grande, y enseñan el restricto funcionamento del sistema en otras ciudades, que realizaron un número reducido de audiencias.

Los datos corroboran estadísticas oficiales brasileñas de la Secretaria Especial de los Derechos Humanos y del Ministerio de la Salud[33] que atestan que la violência ocurre en los moldes de violencia intrafamiliar y relacionada con las cuestiones de género, envolviendo dos desigualdes básicas (de generación y de género), pues la mayoria de las víctimas son menores de edad de sexo femenino y la mayoria de los abusadores son adultos del sexo masculino.

CONSIDERACIONES FINALES

Investigadores tienen alabado la perspectiva que considera la protección de la víctima pero no se olvida del interes de punición del agresor, en tema de abuso sexual.

Eduardo Rezende Melo (2014, p. 99-100) comenta sobre el modelo de intervención judicial, que, sien-

do la respuesta al infractor, también se centra en la protección de los derechos individuales de los niños / adolescentes. Melo menciona algunos autores sobre la importancia simbólica de esta intervención judicial para los niños víctimas, empezando por Morgan y Zedner[34]:

"(...) primero, valida la experiencia, dejando claro que el comportamiento del ofensor es inaceptable; segundo, uma persecución exitosa puede ayudar al infante a superar la culpa de normalmente sufre como resultado del acto por lo cual no esresponsable y em los cuale fue envuelta a causa de su vulnerabilidad. Por fin , puede ayudar a romper el ciclo de abuso. Uno de los más importantes factores para la restauración de la salud mental del infante abusado es el de compelir al abusador a asumir su responsabilidad por lo que fue hecho, Esto apenas puede ser hecho si es publicamente reforzada la verdad de la palabra del infante, enfatizando que el infante en ningún sentido debe de ser vista como culpable y veemente ponerse el peso de la culpa en el ofensor" (MORGAN; ZEDNER, 2003, P. 115).

Melo (2014, p. 100) también cita Yolande Govindama, que apunta la función simbólica de la ley penal en los casos de abuso sexual, cuando la intervención de la ley reprime el acto, implicando la significación del interdicto y la rememorización del tabu que fue transgredido. Por lo tanto, la ley vuelve a introducir el respeto del orden familiar que conserva la diferencia generacional y garantiza los intereses de los miembros (GOVINDAMA, 2006, p. 13).

Esta experiencia subjetiva de la víctima (de ser molestada por su agresor que no cumplía con el decreto), se somete al proceso del ritual y acto de juzgar, y puede generar la enunciación de la conducta como una transgresión del sistema social y legal, con el anuncio del deber-ser ideal que había sido olvidado "o" transgredido "(y por lo tanto negado) por la conducta prohibida.

Según tales entendimientos, el proceso judicial (ritual que culmina en el juicio con sanciones impuestas) reanuda los hechos y contribuye para la restauración de la ley simbólica, con el reconocimiento de que la agresión individual que sufre la víctima constituye una violación del orden social:

(....) "Al reanudar los hechos en su totalidad y complejidad, crea lo simbólico, ritualizando el proceso y, con la sanción a los culpables, permitindo al infante reconocerse como víctima, facilitando el trabajo psíquico sobre el trauma que le garantizará superar esa condición. De otro lado, se socializa la agresión individual, lo que constituye una violación del orden social. El tercero que faltó por ocasión del abuso sexual es ahora representado por la justicia, que reglamenta el conflito, guarda una distancia y busca el equilibrio entre el individuo y la sociedad (MORE, 2006, p.37-39).[35]

Esto confirma el acierto de objetivos de una toma de declaración judicial minimizante de daños secundarios, pero también viabilizante de la responsabilización del agresor.

Por eso, cabe monitorar si ese tipo de declaración en verdad consiste en una prueba más segura, si se produce o no la validación del testimonio de la víctima, si hay una mayor responsabilidad del infractor (considerando que, por regla general y basado en la tesis de que la víctima, en principio, está diciendo la verdad al informar del abuso y de su autor, su discurso en moldes de "declaración especializada" debería ser prueba más segura permitiendo la responsabilización del agresor).

Cabe reconocer la falta de investigaciones científicas incidiendo sobre universos significativos que permitan confirmar si ocurre esa supuesta correspondencia entre la declaración especializada y una prueba más segura, o si tal declaración especial no constituye prueba fiable, y cuáles son las razones de esa fracaso.

Faltan también investigaciones sobre la supuesta esperada correspondencia entre prueba mejor y una mayor responsabilización del agresor, pues no conocemos datos científicos estadísticos comparando sentencias (condenatorias o absolutorias) y comparando sus fundamentos de validación o no validación de la palabra de la víctima.

Lo que vemos empiricamente es que aún muchas decisiones judiciales de primera y de segunda instancia no validan las declaraciones de los infantes, y absuelven los acusados, entonces lo que podemos suponer es que: 1) o todavia no hay diseminación del modelo de la declaración especial; 2) o incluso oída en un testimonio especial, la víctima no confirma el abuso; 3) o los juzgadores no atribuyen credibilidad al habla de la víctima, aún que ella afirme que el abuso ocurrió.

En este último caso, sería conveniente investigar: 1) si los fundamentos de las sentencias invocan el contexto de prueba (aptitud o no para desacreditar el testimonio de la víctima); 2) si hay informes falsos de las víctimas (es decir, si existe un alto porcentaje de "falsos recuerdos" o falsas inculpaciones, que puede ser identificado como tal); 3) si fue percibido por los profesionales ese informe falso de la víctima (con la necessidad de investigar las habilidades de los profesionales, la calidad de la técnica de entrevista en la declaración especializada, y la calidad de la evaluación serena de magistrados, para concluir si los profesionales son conscientes de esta posibilidad y tienen el poder de reconocer señales de falsos recuerdos o falsas declaraciones; 4) si, por lo contrario, no hay eidencia para concluir que tales declaraciones de la víctima son falsas; 5) en este caso, sería apropiado investigar si continúan visiones machistas y adultocéntricas de los profesionales del derecho que seán responsables por minimizar la habla de la víctima.

PROPUESTAS

Con vistas a enfrentar estas dificultades, enunciamos las siguientes propuestas:

1 Que el Poder Judicial dé prioridad a acciones para ejecución del modelo del "depoimento especial" (declaración especializada de los infantes y adolescentes víctimas o testigos de violencia) , garantizando instalación de más Juzgados especializados en procesos de crímenes contra infantes y adolescentes con capacitación permanente de entrevistadores y juzgadores.

2 Que la producción anticipada de prueba del "depoimento especial" de infantes y adolescentes sea garantizada con acciones integradas (de seguridad, asistencia social. salud y justicia) que permitan detección, intervención y entrevista temprana de la víctima, evitándose la repetición de su narrativa ante varios órganos de atendimiento.

3 Que el servicio de declaración especializada cuente con mecanismos técnicos de monitoramiento y evaluación continuada de su funcionamento y resultados;

4 Que sea creado un sistema permanente de recolección, tratamiento y sistematización de datos estadísticos sobre los crimenes contra los niños y sobre los servicios del "depoimento especial" , con su divulgación a la sociedad.

5 Que el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo desarrollen medidas para preparar y facilitar la aplicación inmediata del sistema de "depoimento especial" según lo previsto en la Ley 13.431/2017, así como desarrollen instrumentos complementarios que ayuden a construir una visión preocupada con la prioridad de los niños y con las cuestiones de género, tales como: a) creación de más juzgados especializados en procesos de crímenes contra el niño y el adolescente; b) capacitación permanente de Jueces, agentes fiscales del Ministerio Público, Abogados y equipos psicosociales que trabajan con la violencia contra niños, visando una actuación no machista ni adultocéntrica.

6 Que en cada país sean aprobadas leyes en favor destas medidas (como la Ley 13.431 de 4 de abril de 2017, Brasil).

REFERENCIAS

AMORIM, S.M.F. **Princípios norteadores da escuta da criança e do adolescente.** UFMS. Campo Grande: 2010.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Violência Sexual Intrafamiliar:** É possível proteger a criança? Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2004.

DOBKE, Veleda. **Abuso Sexual: A inquirição das crianças - uma abordagem interdisciplinar.** Porto Alegre: Ed. R. Lenz, 2001, 101 p.

ECOSOC. Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. Resolução 20/2005. Disponível em: http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2005/resolution%202005-20. pdf Acesso em: 17 set. 2014

GOODMAN, G. S.; OGLE, C. M.; TROXEL, N.; LAWLER, M. J.; CORDON, I. M. "Crianças vítimas no sistema judiciário: como garantir a precisão do testemunho e evitar a revitimização". In: SANTOS, B. R.; GONÇALVES, I. B. (Coord.). **Depoimento sem medo (?): culturas e práticas não-revitimizantes:** uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes. São Paulo: Childhood Brasil (Instituto WCF – Brasil), 2009. p. 19–34.

GOVINDAMA, Y. "Préface". In: MORE, C. **Les violences sexuelles sur mineurs: la justice peut-elle contribuer à la reconstruction des victimes?** Paris: L´Harmattan, 2006.

MELO, Eduardo Rezende. "Crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual: a emergência de sua subjetividade jurídica no embate entre modelos jurídicos de intervenção e seus direitos. Uma análise crítica sob o crivo histórico-comparativo à luz do debate em torno do depoimento especial." in : SANTOS, Benedito Rodrigues; GONÇALVES, Itamar Batista; VASCONCELOS, Gorete (organizadores); BARBIERI, Paola; NASCIMENTO, Vanessa) (coords.). **Escuta de crianças e adolescentes em situação de violência sexual : aspectos teóricos e metodológicos :** guia para capacitação em depoimento especial de crianças e adolescentes. Brasília, DF : EdUCB (Childhood, Unicef e UCDB), 2014, 396 p. P. 91-112. Disponível em : http://www.childhood.org.br/wp-content/uploads/2014/10/MIOLO_Escuta_Crian%C3%A7as_Adolescentes_29_09_14.pdf>. Acesso em : 12 Mar. 2017.

MORGAN, J.; ZEDNER, L. **Child victims: crime, impact and criminal justice. Oxford, Clarendon Press: 2003.**

MORE, C. **Les violences sexuelles sur mineurs: la justice peut-elle contribuer à la reconstruction des victimes?** Paris: L´Harmattan, 2006.

RANGEL, Patrícia Calmon. **Abuso Sexual Intrafamiliar Recorrente,** 8ª edição, Curitiba: Ed. Juruá, 2008.

ROQUE, Emy Karla Yamamoto (Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Cunha). **A Justiça Frente ao Abuso Sexual Infantil** - Análise Crítica ao Depoimento Sem Dano e Métodos Alternativos Correlatos, com Reflexões sobre a Intersecção entre Direito e Psicologia, v.1, 151 pg. Rio de Janeiro, 2010.

SANTOS, B. R., e GONÇALVES, Itamar Batista (coordenadores). **Depoimento sem medo:** Culturas e práticas não revitimizantes– Uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes. 2. ed.. São Paulo, SP: Childhood Brasil (Instituto WCF Brasil), 2009.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos, GONÇALVES, Itamar Batista, VASCONCELOS, Maria Gorete O. M., BARBIERI, Paola Barreiros, VIANA, Vanessa Nascimento. Cartografia nacional **das experiências alternativas de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes em processos judiciais no Brasil:** o estado da arte– São Paulo, SP : Childhood Brasil; Editora da Universidade Católica de Brasília, 2013. 164 p.

SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS (SEDH) . **Disque Denúncia Nacional de abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes - 100.** 2009. Disponível em www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/spdca/exploracao_sexual/Acoes_PPCAM/disque_denuncia/>. Acesso em 07 dez. 2015.

SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Relatório Avaliativo ECA 25 anos.** Brasília, 2016, 141 p. Disponível em : http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/criancas-e-adolescentes/publicacoes-2016/pdfs/relatorio-avaliativo-eca>. Acesso em: 02 out. 2016.

STEIN, Lilian Milnitsky, PERGHER, Giovanni Kuckartz e FEIX, Leandro da Fonte.**Desafios da oitiva de crianças no âmbito forense.** Brasília-DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República/Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente Programa Nacional de Enfrenta-

mento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes. Childhood Brasil (Instituto WCF-Brasil. Projeto Culturas e Práticas não Revitimizantes: Reflexão e Socialização de Metodologias Alternativas para Inquirir Crianças e Adolescentes em Processos Judiciais, 2009, 77p.

CITAS

[1] En las palabras de Emy Karla ***Yamamoto Roque (2010, p.9).***

[2] Ej. Llamar el niño o adolescente de "señor" o "señora.

[3] Ej. Utilizar vocabulario jurídico contenido en el proceso, como : "lujuria", "actos lascivos", "los genitales".

[4] Ej. No permitir el "tiempo" del infante, interrumpiéndolo o apresurándolo.

[5] Ej: Preguntas que sugieren atribuir al próprio niño la conducta que lo hace culpable del abuso: "Por qué no pediste ayuda? Por qué no lo contaste a nadie em aquella ocasión? Por qué no te fuíste? Por qué aceptaste irte con él?".

[6] La publicación: "Desafios de las declaraciones de niños en el ámbito forense", de la Secretaria Especial de Derechos Humanos de la Presidencia de la República (2009) cita algunos ejemplos de las prácticas y preguntas inadecuadas ***(Cf. STEIN, Lilian Milnitsky, PERGHER, Giovani Kuckartz e FEIX, Leandro da Fonte, Ob. Cit., p. 18 e 19).***

[7] El abuso sexual en la tipificación del ***Art. 217- A del Código Penal de Brasil dispensa la cópula sexual completa,*** puede consistir en masturbación, besos, pasar la mano en regiones íntimas, carícias íntimas, sexo oral.

[8] ***Patricia Calmon Rangel (2008, p. 17 e p. 20)*** relacta que El 80% y 90% de lãs ocurrencias de abuso sexual son practicadas por personas conocidas o parientes de la víctima.

[9] ***Maria Regina Fay Azambuja*** explica que la família donde ocurren incestos lo hace todo para dificultar la revelación y el infante no encuentra apoyo y solo consigue revelarlo trás mucho tiempo ***(2004, p. 130/131).***

[10] Del proceso criminal puede resultar la condenación del agresor, quitando la culpa que es impuesta a la víctima por la própria família y sociedad que muchas veces le imputan ser el pivote de los crímenes de los cuales es solamente víctima.

[11] ***Cf. SANTOS, B.R., e GONÇALVES, Itamar Batista (coordenadores). 2. Ed., São Paulo, SP: Childhood Brasil (Instituto WCF Brasil), 2009, p.39.***

[12] ***Cf. referencias legales a respecto em varios países: Francia-CPP, art. 706-52 y 706-53, Itália-CPP, art. 398.5-bis, Portugal-CPP, art. 271, España-LECrim, art 433.3, Argentina-CPP Federal, art. 250-bis.***

[13] ***El art. 20, ítenes 3 y 4,*** recomienda uma escucha ligera por profesionales cualificados, preferentemente siempre las mismas personas, y con número de inquiriciones lo más reducido posible, grabadas por medios audiovisuales.

[14] La experiência es más diseminada en países de lengua inglesa y algunos países asiáticos.

[15] ***Cf. Veleda Dobke. Abuso sexual: la inquirición de los infantes, un abordaje interdisciplinat. Puerto Alegre: Ed R. Lenz,2001, 101p.***

[16] ***Cf. el Habeas Corpus 2012/0081742-5 (Rel. Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Fecha del Juzgamiento 14/08/2012. Publicación DJ 23/08/2012)***

[17] ***Cf. Santos, Benedito Rodrigues, GONÇALVES, Itamar Batisat, VASCONCELOS, Maria Gorete O. M. BARBIERI, Paola Barreiros, VIANA, Vanessa Nascimento. Ob. Cit. São Paulo, SP: Childhood Brasil; Editora da Universidade Católica de Brasília, 2013.***

[18] La Cartografia informa que la mayoría (55%) de los ambientes especiales está en la región Sur del pais (Rio Grande del Sur y Paraná), en segun lugar viene la región Sudeste, con 17% de los salones, seguida de la región Nordeste, com 15%, Región Centro Oeste, con 8% y la región Norte con 5%. ***(Ob. Cit., p. 46, 50, 53).***

[19] ***El art. art. 201,§ 5º del CPP*** prevé que sea la víctima informada de sus derechos y que tenga acceso a atendimiento psicosocial y de salud y nadie mejor que un profesional del área psicosocial para desempeñar la acojida y los encaminamientos nombrados.

[20] Como en los Estados Unidos, África del Sur, Austrália, Canadá, Cuba, Escócia, Francia, índia, Inglaterra, Israel, Jordania, Malásia, Noruega, Nueva Zelandia, Suecia ***(cf. B. R. Santos & Gonçalves, 2009).***

[21] Por eso Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España – Cateluña, Lituania, Paraguay y Peru dan lugar de destaque a este profesional para tales entrevistas ***(Cf. B. R. Santos & Gonçalves, 2009).***

[22] En lugar de hablar directamente al juez, el niño permanece en una sala separada, en la compañia de un psicólogo o otro profesional, que posee un audífono, mientras el juez, los abogados y los demás interesados están en la sala de audiencias. El profesional mediador recibe las preguntas del juez, transmitiendolas a los niños, y la declaración del niño es grabada y transmitida en tiempo real para la sala de audiencias.

[23] ***PL de autoria de la Diputada Maria do Rosário (PT / RS) , Eliziane Gama - REDE/MA , Josi Nunes - PMDB/TO , Zé Carlos - PT/MA , Margarida Salomão - PT/MG , Tadeu Alencar - PSB/PE y otros.***

[24] ***Subemenda de la Relatora de la Comisión Especial, Diputada Laura Carneiro (PMDB-RJ).***

[25] Causada por las respuestas institucionales de los organismos educativos, atención y protección especial, así como de los órganos de seguridad y justicia, que causan sufrimiento moral a la víctima, debido a la falta de eficacia o atendimientos deshumanizados, repetitivos o disfuncionales.

[26] Cuando la persona es víctima de más de un incidente delitivo, por la acción del Estado ineficiente, en un cierto período.

[27] En ese caso el Juez tomaría medidas para la preservación de la intimidad y privacidad de la víctima y el respeto a su derecho a tratamiento digno por todas las partes, especialmente cuanto a las preguntas dirigidas. El profesional verificaría si la presencia del reo al acto podria poner al infante en situación de riesgo o perjudicar la declaración, caso en que no sería autorizada su presencia en el salón de audiencia ***(artículo 217 del Código de Proceso Penal).*** Habiendo riesgo a la vida o integridad física de la víctima, el Juez haría registrar en el proceso solamente su voz, garantizándose sigilo a los datos personales de la víctima y de su família.

[28] Sobre condiciones de conservación y seguridad de los medios de toma y registro de declaraciones, ver el ***articulo 12, § 5.***

[29] Con penas previstas en el ***art. 23:*** Uno a cuatro años de prisión y multa.

[30] Por ejemplo, el ***art. 19*** prevé la creación de comisarías especializadas con equipos multidisciplinares y, cuando no existen estas comisarías de policía, se establece que estas cuestiones sean tratadas principalmente en la policía especializada en derechos humanos; Y el ***artículo 22*** establece que los órganos responsables de la organización judicial críen cortes o tribunales especializados en delitos contra los niños y adolescentes, pero mientras no lo hacen, estos procesos de preferencia se debe dejar a los tribunales o juzgados especializados en violencia doméstica y otros temas relacionados.

[31] Dourados, Aparecida do Taboado, Itaquiraí, Nova Alvorada, Miranda Corumbá, Iguatemi, Ivinhema, Bonito, Maracajú, Aquidauana e Coxim.

[32] En algunas audiências fueron oídos varios infantes.

[33] Datos de la ***Secretaria Especial de los Derechos Humanos (SEDH, 2009)*** indican el abuso sexual como principal demanda de denuncias del "Disque 100", y las niñas como mayores víctimas (62%).
El sistema de información de ***Agravios de Notificación, del Ministério de la Salud (SINAN/MS),*** que registra las fichas de notificación hechas por el gestor de la salud del SUS, en el año de 2011, registró incidencia mayor de víctimas del sexo femenino, lo que prueba de forma contundente la violencia de género ***(cf. El Relatorio Evaluativo ECA 25 años de la Secretaria Nacional de Promoción de los Derechos de los infantes y del adolescente, Consejo Nacional de los Derechos del infante y del adolescente. Brasilia, 2016, p. 71)***

[34] ***MORGAN, J.; ZEDNER, L. Child victims: crime, impact and criminal justice. Oxford, Clarendon Press: 2003***

[35] ***MORE, C. Les violences sexuelles sur mineurs: la justice peut-elle contribuer à la reconstruction des victimes?Paris: L´Harmattan, 2006.***

[36] Por ejemplo: datos sobre la edad y sexo de las víctimas y de los acusados agresores; datos sobre el tiempo entre el hecho y la escucha del niño; datos sobre el tiempo de tramitación del proceso; datos sobre las sentencias (condenaciones o absolviciones); datos sobre sus fundamentos (si validam o no la habla de la víctima); datos sobre cuantos niños fueron oídos con la ***técnica del "depoimento especial"*** ; datos sobre su edad, sexo, quiénes son los agresores, etc.

ANEXO
GRÁFICOS Y FOTOGRAFIAS

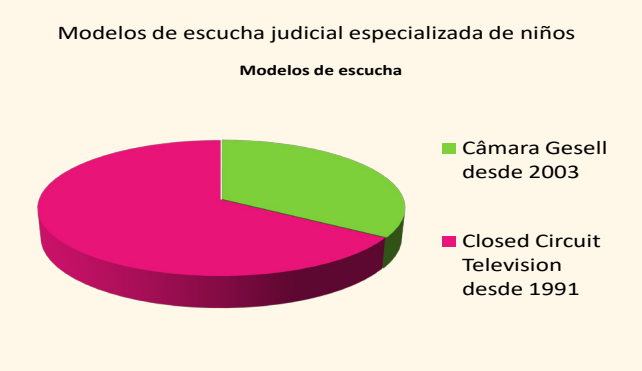


Figura 1: Modelos de escucha especializada de niños

Figura 2: Cámara Gesell

Fonte: Cartografia nacional das experiências alternativas de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes em processos judiciais no Brasil: o estado da arte (2013)
Autores: SANTOS, Benedito, GONÇALVES, Itamar, VASCONCELOS, Maria Gorete, BARBIERI, Paola, VIANA, Vanessa Nascimento.

Figura 3: Cartografia de Experiencias
de Toma de Declaraciones Especializadas en Brasil (2013)

Figura 4: Planta de la Central del " Depoimento Especial" en Campo Grande, MS, Brasil

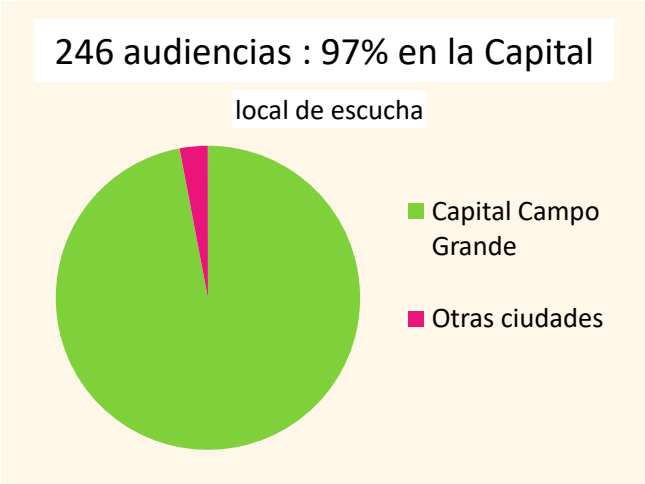


Figura 5: Ciudades donde se han realizado las 246 audiências

Figura 6: Edad de los 290 infantes y adolescentes oídos

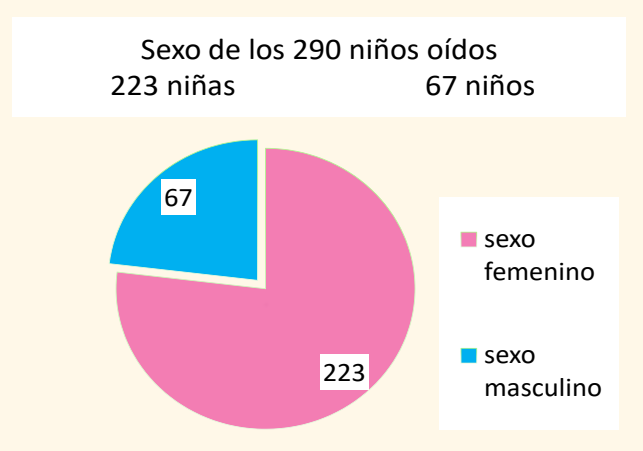


Figura 7: Sexo de los 290 infantes y adolescentes oídos

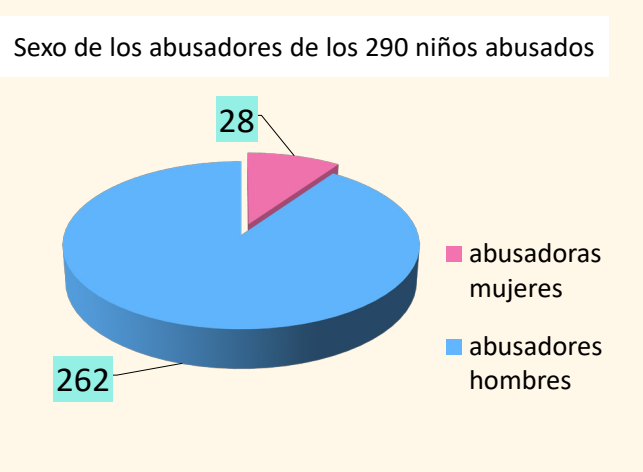


Figura 8: Sexo de los abusadores de los 290 niños víctimas

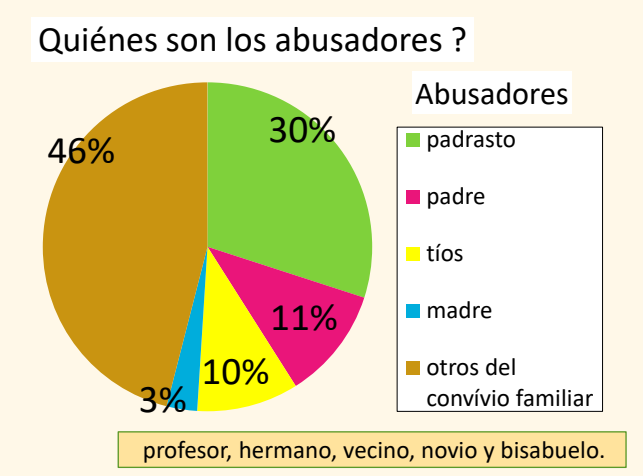


Figura 9: Quiénes son los abusadores