

LA ADECUACIÓN NORMATIVA

A LA CONVENCIÓN

SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

EN AMÉRICA LATINA

Avances y deudas con la niñez



**CDN 30** AÑOS  
CONVENCIÓN SOBRE  
LOS DERECHOS DEL NIÑO

La adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina  
Avances y deudas con la niñez

© Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)

Panamá, República de Panamá, agosto de 2019

**Autor:** Alan Iud, consultor. Abogado argentino, especialista en Derecho Penal y Director Jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo.

**Colaboró en la investigación:** Mariela Gallazi

**Coordinación del estudio y asesoría técnica por parte de UNICEF:** José Bergua, Asesor Regional de Protección de la Infancia y Esther Ruiz, Especialista en Protección de la Infancia

Oficiales de Protección de la Infancia de las oficinas de país involucradas en este estudio.

**Ilustración de la portada y diagramación:** Marisa Gomar

ISBN: 978-92-806-5072-3

Los contenidos de este documento son las opiniones del autor y no reflejan necesariamente las políticas o los puntos de vista de UNICEF. Cualquier referencia a un sitio web distinto al de UNICEF, no implica que UNICEF garantice la exactitud de la información contenida en el mismo ni que esté de acuerdo con las opiniones expresadas en él.

Los mapas están estilizados y no corresponde a ninguna escala. No representan la posición de UNICEF sobre la situación jurídica de ningún país o territorio o la delimitación de ninguna frontera.

Se permite la reproducción total del contenido de este documento solamente para fines de investigación, abogacía y educación; siempre y cuando, no sean alterados y se asignen los créditos correspondientes (UNICEF). Esta publicación no puede ser reproducida para otros fines sin previa autorización por escrito de UNICEF. Las solicitudes de permiso deben ser dirigidas a la Unidad de Comunicación, comlac@unicef.org.

UNICEF

Oficina Regional para América Latina y el Caribe  
Calle Alberto Tejada, edificio 102, Ciudad del Saber  
Panamá, República de Panamá

Apartado postal: 0843-03045

Teléfono: +507 301 7400

[www.unicef.org/lac](http://www.unicef.org/lac)

Twitter: @uniceflac

Facebook: /uniceflac

# La adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina

Avances y deudas con la niñez



**CDN30** AÑOS  
CONVENCIÓN SOBRE  
LOS DERECHOS DEL NIÑO

## ÍNDICE

<b>Prólogo</b>	11
<b>1. Presentación del informe</b>	17
1.A. Introducción	17
1.B. Metodología	18
<b>2. Estado de situación. La evolución de las leyes sobre NNyA desde la entrada en vigencia de la Convención hasta su 30 aniversario</b>	19
<b>3. Los derechos en particular</b>	24
3.A. El principio de interés superior	25
3.B. El derecho a la identidad	26
3.C. El derecho a la familia	30
3.D. El derecho a la protección contra toda forma de violencia	35
3.E. El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata	37
3.F. El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	39
3.G. El derecho a la salud	43
3.H. El derecho a la educación	46
3.I. Los sistemas de responsabilidad penal adolescente	52
<b>4. Recomendaciones generales</b>	56
<b>Citas y notas a pie de página</b>	62
<b>5. Perfiles de país</b>	
<b>Argentina</b>	70
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Nacional	70
2. La “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” y los aspectos relevantes del Código Civil y Comercial, Código Penal y otras leyes generales	72
• El principio de interés superior de los NNyA	72
• El derecho a la identidad	73
• El derecho a la familia	75
• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	76
• El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata	77
• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	79
• El derecho a la educación	79
• El derecho a la salud	80
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	82
3. Recomendaciones	84
Citas y notas a pie de página	86
<b>Bolivia</b>	90
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política del Estado	90
2. El “Código Niña, Niño y Adolescente”	91
• El principio de interés superior de los NNyA	91
• El derecho a la identidad	92
• El derecho a la familia	93



• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	93
• El derecho a la salud	94
• El derecho a la educación	95
• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	96
• El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata	96
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	97
3. Recomendaciones	98
Citas y notas a pie de página	100
<b>Brasil</b>	103
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República Federativa del Brasil	103
2. El Estatuto del Niño y del Adolescente y otras leyes relacionadas a los derechos de los NNyA	105
• El principio de interés superior de los NNyA	106
• El derecho a la identidad	106
• El derecho a la familia	107
• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	109
• El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata	111
• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	111
• El derecho a la educación	113
• El derecho a la salud	115
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	116
3. Recomendaciones	118
Citas y notas a pie de página	120
<b>Chile</b>	127
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República de Chile	127
2. La falta de una ley de protección integral de los NNyA. Las disposiciones relevantes del Código Civil, Código Penal y otras leyes relacionadas a los derechos de los NNyA	128
• El principio de interés superior de los NNyA	129
• El derecho a la identidad	130
• El derecho a la familia	131
• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	133
• El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata	133
• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	134
• El derecho a la educación	134
• El derecho a la salud	135
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	138
3. Recomendaciones	139
Citas y notas a pie de página	140
<b>Colombia</b>	144
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República de Colombia	144
2. El “Código de la Infancia y la Adolescencia” y otras leyes relacionadas a los derechos de los NNyA	146
• El principio de interés superior de los NNyA	146
• El derecho a la identidad	147

# La adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina

## Avances y deudas con la niñez

• El derecho a la familia	148
• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	150
• El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata	151
• El derecho a la educación	152
• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	153
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	153
3. Recomendaciones	155
Citas y notas a pie de página	156
<b>Costa Rica</b>	160
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República de Costa Rica	160
2. El “Código de la Niñez y la Adolescencia” y otras leyes relacionadas	161
• El principio de interés superior de los NNyA	162
• El derecho a la identidad	162
• El derecho a la familia	163
• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	165
• El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata	166
• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	167
• El derecho a la educación	167
• El derecho a la salud	168
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	170
3. Recomendaciones	171
Citas y notas a pie de página	172
<b>Cuba</b>	178
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República de Cuba	178
2. El “Código de la Niñez y la Juventud”. Leyes relacionadas a los derechos de los NNyA	180
• El principio de interés superior de los NNyA	181
• El derecho a la identidad	181
• El derecho a la familia	182
• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	183
• El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata	184
• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	185
• El derecho a la educación	185
• El derecho a la salud	186
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	187
3. Recomendaciones	188
Citas y notas a pie de página	190
<b>Ecuador</b>	195
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República del Ecuador	195
2. El “Código de la Niñez y Adolescencia” y otras leyes relacionadas	197
• El principio de interés superior de los NNyA	197
• El derecho a la identidad	197
• El derecho a la familia	198
• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	199



• El derecho a la protección contra la violencia sexual	200
• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	201
• El derecho a la educación	201
• El derecho a la salud	201
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	202
3. Recomendaciones	203
Citas y notas a pie de página	204
<b>El Salvador</b>	<b>208</b>
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República de El Salvador	208
2. El “Código de la Niñez y Adolescencia” y otras leyes relacionadas	210
• El principio de interés superior de los NNyA	210
• El derecho a la identidad	210
• El derecho a la familia	211
• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	213
• El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata	214
• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	215
• El derecho a la educación	216
• El derecho a la salud	218
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	218
3. Recomendaciones	220
Citas y notas a pie de página	222
<b>Guatemala</b>	<b>9229</b>
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República de Guatemala	229
2. El “Código de la Niñez y Adolescencia” y otras leyes relacionadas	231
• El principio de interés superior de los NNyA	231
• El derecho a la identidad	232
• El derecho a la familia	233
• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	235
• El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata	236
• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	237
• El derecho a la educación	237
• El derecho a la salud	238
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	239
3. Recomendaciones	240
Citas y notas a pie de página	242
<b>Honduras</b>	<b>248</b>
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República de Honduras	248
2. El Código de la Niñez y Adolescencia. Leyes relacionadas	250
• El principio de interés superior de los NNyA	250
• El derecho a la identidad	250
• El derecho a la familia	251
• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	253
• El derecho a la protección contra la explotación y los abusos sexuales	254
• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	255

# La adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina

## Avances y deudas con la niñez

• El derecho a la educación	256
• El derecho a la salud	256
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	257
3. Recomendaciones	260
Citas y notas a pie de página	262
<b>México</b>	267
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	267
2. La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Leyes relacionadas	269
• El principio de interés superior de los NNyA	269
• El derecho a la identidad	270
• El derecho a la familia	271
• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	273
• El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata	274
• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	276
• El derecho a la educación	277
• El derecho a la salud	279
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	281
3. Recomendaciones	282
Citas y notas a pie de página	284
<b>Nicaragua</b>	290
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República de Nicaragua	290
2. El Código de la Niñez y la Adolescencia. Leyes relacionadas	292
• El principio de interés superior de los NNyA	292
• El derecho a la identidad	292
• El derecho a la familia	293
• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	294
• El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata	295
• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	296
• El derecho a la educación	297
• El derecho a la salud	298
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	299
3. Recomendaciones	300
Citas y notas a pie de página	302
<b>Panamá</b>	309
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República de Panamá	309
2. La falta de una ley de protección integral de los NNyA. Las disposiciones relevantes del Código Civil, Código de Familia, Código Penal y otras leyes relacionadas a los derechos de los NNyA	311
• El principio de interés superior de los NNyA	311
• El derecho a la identidad	312
• El derecho a la familia	313
• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	315
• El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata	317





• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	318
• El derecho a la educación	319
• El derecho a la salud	319
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	331
3. Recomendaciones	322
Citas y notas a pie de página	324
<b>Paraguay</b>	331
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República del Paraguay	331
2. El “Código de la Niñez y la Adolescencia” y otras leyes relacionadas	332
• El principio de interés superior de los NNyA	333
• El derecho a la identidad	333
• El derecho a la familia	333
• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	335
• El derecho a la salud	335
• El derecho a la educación	336
• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	336
• El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata	337
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	338
3. Recomendaciones	339
Citas y notas a pie de página	340
<b>Perú</b>	344
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República del Perú	344
2. El “Código de los Niños y Adolescentes” y otras leyes relacionadas	346
• El principio de interés superior de los NNyA	346
• El derecho a la identidad	347
• El derecho a la familia	348
• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	350
• El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata	351
• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	351
• El derecho a la educación	352
• El derecho a la salud	352
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	353
3. Recomendaciones	355
Citas y notas a pie de página	356
<b>República Dominicana</b>	361
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República Dominicana	361
2. El “Código para el sistema de protección y los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”. Leyes relacionadas a los derechos de los NNyA	363
• El principio de interés superior de los NNyA	363
• El derecho a la identidad	364
• El derecho a la familia	367
• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	369
• El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata	370

# La adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina

## Avances y deudas con la niñez

• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	371
• El derecho a la educación	372
• El derecho a la salud	374
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	375
3. Recomendaciones	378
Citas y notas a pie de página	380
<b>Uruguay</b>	389
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República Oriental del Uruguay	389
2. El “Código de la Niñez y la Adolescencia” y otras leyes relacionadas	390
• El principio de interés superior de los NNyA	391
• El derecho a la identidad	391
• El derecho a la familia	392
• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	393
• El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata	395
• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	396
• El derecho a la educación	397
• El derecho a la salud	397
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	399
3. Recomendaciones	400
Citas y notas a pie de página	401
<b>Venezuela</b>	405
1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela	405
2. La “Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes” y otras leyes relacionadas	407
• El principio de interés superior de los NNyA	407
• El derecho a la identidad	407
• El derecho a la familia	409
• El derecho a la protección contra toda forma de violencia	410
• El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata	410
• El derecho a la salud	411
• El derecho a la educación	412
• El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil	412
• El sistema de responsabilidad penal adolescente	413
3. Recomendaciones	414
Citas y notas a pie de página	415

## ÍNDICE DE TABLAS

<b>Tabla 1.</b> Código de NNyA o leyes de protección integral por país y año de aprobación	16
<b>Tabla 2.</b> Edades mínimas por país y tema	18
<b>Tabla 3.</b> Ratificaciones de convenios de la OIT relativos a NNyA	37
<b>Tabla 4.</b> Jerarquía normativa interna de la Convención y estado de ratificación de sus protocolos facultativos por país	52



## Prólogo

Aunque hoy nos pueda resultar paradójico y aún inadmisibles, durante mucho tiempo, ni en la legislación de los Estados ni en el corpus de la normativa internacional de los derechos humanos, las niñas, niños y adolescentes eran percibidos como una categoría social y política per se, siendo ésta una inexcusable condición histórica de posibilidad y legitimidad para que el tiempo de la infancia y la adolescencia no se tradujese en naturalizada desigualdad y su espacio en impositiva carencia de autonomía y libertad.

En las sociedades modernas era predominante y excluyente una concepción tutelar sobre la infancia y la adolescencia que entendía que las niñas, niños y adolescentes eran, esencialmente, objetos de protección y sus asuntos estaban estrictamente reservados a las familias. De conformidad con esta mirada, las leyes sobre la infancia y la adolescencia se limitaban a organizar la intervención estatal precisamente sobre las niñas, niños y adolescentes privados de cuidado familiar, los llamados “menores abandonados”. El resto de las cuestiones atinentes a la niñez y adolescencia, generalmente, quedaban al criterio de sus padres o responsables legales, imbuidos de amplias y discrecionales facultades legales y disciplinarias.

Sin embargo, hace treinta años, con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño -primer tratado vinculante en relación con el cumplimiento de los derechos civiles, políticos, sociales,

económicos y culturales de la infancia y la adolescencia-, esa mirada fue puesta en crisis.

Si bien la Convención reconoce antecedentes en numerosos instrumentos de derechos humanos, hasta entonces no se había cristalizado en la comunidad internacional un consenso tan claro y sustantivo sobre las niñas, niños y adolescentes como “**sujetos de derechos**”.

En este marco, cobran especial relevancia las palabras del entonces Secretario General de Naciones Unidas, Javier Pérez de Cuellar, de Perú, quien al adoptarse por unanimidad y luego de diez años de arduas negociaciones la Convención sobre los Derechos del Niño, dijo: “En el día de hoy nuestra Organización ha dado un paso importantísimo hacia la realización de nuestro objetivo común de promover y alentar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales **para todos**<sup>1</sup>, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Treinta años después de aprobada la Declaración de los Derechos del Niño, las Naciones Unidas dan a la comunidad mundial un instrumento internacional de elevada calidad, que protege la dignidad, la igualdad y los derechos fundamentales de los niños de la Tierra.”<sup>2</sup>

El reconocimiento convencional de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos no sólo da cuenta de la progresiva universalización de los derechos humanos, sino también de una ruptura hermenéutica

1 En el texto original el cuerpo de la letra es simple.

2 Cuadragésimo Cuarto Período de Sesiones de la AG, NY, 20 de noviembre de 1989.

*Desde la entrada en vigencia de la Convención el inequívoco reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos significa, al mismo tiempo, afirmar su “derecho a tener derechos”, tener voz para hablar por sí mismos y hacerlos valer.*

---

con el pasado en lo que a infancia se refiere. Los principios de intrínseca dignidad y plena igualdad se ven interpelados por un enfoque jurídico, político y social que integra el ciclo de vida como un continuum y que asume el tiempo de la infancia como un momento específico y diferencial en el que la libertad y la autonomía son tan graduales como inalienables.

Esto no significa que los padres o responsables legales no tengan facultades decisorias, o que el Estado no tenga responsabilidad alguna en la vida privada de las familias, sino que articula las diferencias en una ética social fundada en la igualdad y configura un nuevo balance en las relaciones de poder entre los adultos y sus instituciones con las niñas, niños y adolescentes.

Desde la entrada en vigencia de la Convención el inequívoco reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos significa, al mismo tiempo, afirmar su “derecho a tener derechos”, tener voz para hablar por sí mismos y hacerlos valer.

De allí que, los Estados, las familias y las comunidades tengan la responsabilidad inexcusable de garantizar, proteger y

promover los derechos de las niñas, niños y adolescentes conforme a los tres principios básicos -universalidad, indivisibilidad e interdependencia-, y a la luz de los cuatro principios interpretativos -el interés superior del niño<sup>3</sup>; el derecho a la no discriminación; el derecho a la vida, la sobrevivencia y el desarrollo; y el derecho a la libertad de expresión y a ser escuchado-, contemplados en la Convención.<sup>4</sup>

En este sentido, resulta sumamente auspicioso que todos los países de América Latina -sin excepción- hayan sido pioneros en ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, como también que -mayoritariamente- los países de la región asumieran el deber de adecuar su legislación interna a esta nueva concepción de la infancia y la adolescencia, en un todo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4 de la Convención. Ese deber, normalmente, se identificó con la sanción de una ley o código de derechos de las niñas, niños y adolescentes. En la actualidad, salvo Chile, Cuba y Panamá, todos los demás países de la región aprobaron leyes de estas características.

Al cumplirse el trigésimo aniversario de la Convención, desde la Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe, consideramos estratégico e inspirador elaborar una suerte de “digesto” que ordenase y consolidara la normativa sobre infancia y adolescencia existente en la región y analizara minuciosamente su correlación con el texto de la Convención, a fin de posibilitar una mejor comprensión de los avances logrados y de las deudas pendientes.

Conscientes de la transversalidad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, este informe dedicado a América Latina<sup>5</sup>, se adentra en las llamadas ramas generales de la legislación de los Estados -como los

---

3 En su artículo 3, inciso 1 la Convención sobre los Derechos del Niño habla del **mejor interés del niño**. Sugerimos consultar para este tema el artículo de Eduardo Bustelo Graffigna, Infancia en Indefensión, donde explica que “en su versión original, la propuesta consistía en el interés “superior” del niño (the paramount interest), pero varios países se opusieron y la versión final estableció definitivamente “el mejor” interés del niño...”, en La Infancia Amenazada, UNICEF México, 2005.

4 Observación General núm. 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

5 Se prevé, en 2020, contar con el digesto de la normativa sobre infancia y adolescencia vigente en los países del Caribe.



códigos civiles, de familia o penales-, así como en la legislación específica del ámbito de la salud, la educación, la identidad y otros campos tales como la violencia de género o la trata de personas, para revisar la adecuación de cada una de estas materias legislativas al paradigma de la Convención.

De acuerdo al Plan Estratégico de UNICEF 2018-2021 y la Agenda 2030, decidimos otorgar prioridad al análisis de un grupo de derechos centrales de las niñas, niños y adolescentes: el derecho a que el interés superior del niño sea una consideración primordial en todas las decisiones que les afecten, el derecho a la identidad, a la familia, a la protección contra toda forma de violencia, así como específicamente contra la violencia sexual, la explotación económica y el trabajo infantil, y el derecho a la salud, a la educación y al establecimiento de un sistema de justicia especializado para los adolescentes acusados de infringir la ley. Cada materia es ordenada a partir de preguntas comunes y parámetros equivalentes, país por país.

Así, la sección dedicada al principio de interés superior del niño indaga si las leyes recogen sus tres facetas -derecho sustantivo, principio interpretativo y norma de procedimiento- para cualquier decisión que se tome en relación a las niñas, niños y adolescentes, tal como indicó el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General Nro. 14.<sup>6</sup>

El derecho a la identidad se enfoca en las garantías legales para la inscripción inmediata de los nacimientos y las reglas de la filiación, pero también analiza si existen resguardos legales sobre otras dimensiones del derecho a la identidad, como la identidad cultural y de género.

La sección dedicada al derecho a la familia detalla qué medidas legales existen para garantizar que la separación familiar sea efectivamente una medida de último recurso.

Entre otras cuestiones, también se analiza si las leyes respetan los estándares de las "Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños"<sup>7</sup> y cuáles son los derechos reconocidos a las niñas, niños y adolescentes en el marco de los procesos de adopción y las medidas legales dirigidas a prevenir la adopción ilegal.

Haciéndonos cargo de que la región de América Latina y el Caribe es la región más violenta y desigual del mundo para las niñas, niños y adolescentes, la parte dedicada a la protección contra la violencia revisa exhaustivamente si en los países latinoamericanos existe una prohibición clara y absoluta de los castigos corporales, tratos humillantes o denigrantes en todos los ámbitos y si las leyes dirigidas a prevenir y combatir la violencia intrafamiliar y de género contienen previsiones específicas sobre las niñas, niños y adolescentes.

La protección contra la violencia y explotación sexual tiene un desarrollo mayor e independiente. Así, se releva cuál es la edad mínima para el consentimiento sexual y cuestiones tales como la criminalización de las relaciones sexuales entre adolescentes de similar edad o la tipificación de formas especiales de abuso y explotación sexual, como la trata de personas y las relacionadas con las tecnologías de la información y la comunicación, como las imágenes de abuso sexual infantil, el grooming o la sextorsión.

Al abordarse la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil, se da cuenta de la edad mínima de admisión al empleo y se analiza si está en armonía con la edad de finalización de la educación obligatoria. También se revisan si son adecuadas las prohibiciones sobre el trabajo nocturno y peligroso o si hay medidas especiales de protección para las niñas, niños y adolescentes que realizan trabajos domésticos, rurales o familiares.

6 Observación General Nro. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. CRC/C/GC/14.

7 A/RES/64/142.

El derecho a la educación también se analiza de manera amplia. No sólo se reseñan las edades de inicio y finalización de la educación obligatoria y las normas que prevén su gratuidad, sino que también se evalúan los objetivos de la educación en confronte con el artículo 29 de la Convención, así como si las leyes vigentes garantizan el derecho de las niñas, niños y adolescentes a participar en la gestión educativa y a asociarse, si existen normas para la educación intercultural y si se respeta el paradigma de la educación inclusiva y los derechos de las niñas, niños y adolescentes con discapacidad.

Bajo la guía de la “Observación General sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud” del Comité<sup>8</sup>, el análisis de este derecho se enfoca en el reconocimiento legal de las facultades de las niñas, niños y adolescentes a acceder a la información relativa a la salud de forma confidencial y autónoma, a ser oídos y a decidir sobre los tratamientos médicos, de acuerdo al principio de autonomía progresiva. Además, en esta sección se le presta especial atención al derecho a la salud sexual y reproductiva.

Finalmente, cada capítulo de país concluye con el análisis de las normas centrales del sistema de responsabilidad penal adolescente. Este apartado aborda las previsiones legales sobre la edad mínima de responsabilidad penal y las medidas alternativas a la privación de la libertad, la privación de la libertad como medida cautelar y su duración máxima como pena o sanción y el control judicial sobre la ejecución de las medidas privativas de la libertad y su cumplimiento en centros especializados separados de los adultos.

Los capítulos nacionales son precedidos de un panorama de la situación legislativa de cada uno de estos derechos en la región.

Como primera conclusión, se destaca que la gran tarea pendiente en el campo legislativo es la armonización de los códigos y leyes generales de cada sector con las leyes de protección de las niñas, niños y

adolescentes y con la propia Convención.

El informe refleja que, en la mayoría de los países, los códigos o leyes de protección de las niñas, niños y adolescentes reconocen una serie de derechos que son olvidados, cuando no directamente contradichos, en los códigos civiles, de familia o en las leyes generales de la salud o la educación.

Aunque la efectividad y operatividad de la ley siempre requerirá esfuerzos adicionales a su mera aprobación, esta falta de armonización condiciona fuertemente el respeto por las disposiciones de las leyes de protección de las niñas, niños y adolescentes.

Esta cuestión puede sintetizarse en la legislación referida a la protección contra la violencia sexual. Normalmente, los códigos o leyes de protección de las niñas, niños y adolescentes afirman su derecho a que se respete su integridad sexual y a no ser explotados o sometidos a abusos de esta índole. Sin embargo, en América Latina apenas seis países prohíben taxativamente el matrimonio por debajo de los 18 años, sin excepciones de ningún tipo.

Del mismo modo, el informe destaca que la legislación penal no siempre es armónica en relación a la edad mínima para el consentimiento sexual y en general no se atiende de manera específica a las niñas, niños y adolescentes en la legislación referida a la trata de personas o la violencia de género.

En igual sentido, en la región aún prevalece el sistema de la incapacidad civil de las niñas, niños y adolescentes, y sólo excepcionalmente se recoge el principio de autonomía progresiva, por lo que normalmente las niñas, niños y adolescentes carecen de las herramientas legales para hacer valer por sí mismos -o con debida asistencia- los derechos que los códigos o leyes de protección les reconocen.

Cabe remarcar que este digesto normativo no se limita a documentar qué han hecho los países de la región en estos treinta

8 Observación General Nro. 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24).





años para recoger las disposiciones de la Convención en su derecho interno. El informe principalmente procura orientar y asistir a quienes encaran la tarea de reforma legislativa, ya sea desde los parlamentos, las agencias ejecutivas o la sociedad civil. Por eso, cada capítulo de país concluye con recomendaciones específicas para la acción legislativa. A su vez, en el panorama regional se incluyen recomendaciones generales y se presentan leyes que, en perspectiva comparada, aparecen a la vanguardia de la defensa y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, el informe en sí mismo constituye una manera de profundizar el continuo intercambio entre UNICEF y el Comité de los Derechos del Niño, órgano por excelencia de aplicación de la Convención.

El envío de informes y contribuciones al Comité es una práctica consolidada en todas las oficinas nacionales de UNICEF, así como en la Oficina Regional para América Latina y el Caribe. A su vez, las observaciones finales que el Comité realiza periódicamente sobre cada país, y sus distintas observaciones generales, son retomadas en la agenda de trabajo nacional y regional de UNICEF. De manera consecuente, esas observaciones fueron utilizadas como marco de referencia en este informe y esperamos que el Comité tenga en cuenta el análisis y las recomendaciones que aquí se realizan en sus próximas evaluaciones periódicas a los distintos países de la región.

Quiero agradecer especialmente a Alan Iud quien ha sido el artífice de este arduo trabajo de análisis, interpretación y compilación de la normativa vigente sobre infancia y adolescencia en América Latina por su enorme compromiso personal y remarcable excelencia profesional, como

también por su cálida predisposición y apertura para poner en diálogo hallazgos e interrogantes que motivaron jornadas de profundas discusiones y oportunas reflexiones especialmente con el José Bergua -Asesor Regional de Protección- y su equipo, en la persona de Esther Ruiz. También reconocer el trabajo de Mariella Gallazi como asistente de investigación bajo el liderazgo de Alan Iud. De igual manera quiero expresar mi inmenso agradecimiento a las y los Representantes de los países de nuestra América Latina y a sus equipos, en especial a los colegas de protección que ayudaron a revisar el capítulo correspondiente a sus países, pues este trabajo no hubiese sido posible de no contar con su generosa cooperación y estratégica orientación.

Finalmente,

porque asumimos la Convención como un instrumento viviente y un mandato irrevocable de trabajar juntos para erradicar las distancias que aún separan los derechos legales de los reales en la vida de millones de niñas, niños y adolescentes de nuestra región, [adjuntamos la Declaración de Santiago](#).<sup>9</sup>

porque pocos días antes de conmemorarse el 30 Aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la sede de Naciones Unidas en Nueva York, niñas, niños y adolescentes de todo el mundo nos dijeron con transparente claridad y tierna firmeza: ***“Los ojos de todas las futuras generaciones están sobre Uds. y si eligen fallarnos, ..., nunca les perdonaremos”***<sup>10</sup>, [adjuntamos el texto de la Convención](#).

### **María Cristina Perceval**

Directora Regional

UNICEF para América Latina y el Caribe

9 Declaración de Santiago. Declaración de Adolescentes en el Primer Conversatorio Regional de América Latina y el Caribe. “En la ruta de la Igualdad”: 30 años de la CDN, Cepal-UNICEF, Santiago de Chile, 27-29 de noviembre de 2018 -versión original escrita por 92 adolescentes de 26 países de América Latina y el Caribe-

10 Palabras pronunciadas por Greta Thunberg, en la sede de Naciones Unidas, NY, con motivo de la Primera Cumbre por el Clima, el 21 de setiembre de 2019.







# La adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina

## Avances y deudas con la niñez

### 1. Presentación del informe

#### 1.A. Introducción

El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó y abrió a la firma y ratificación la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). América Latina lideró el proceso de ratificación y menos de un año después, en tiempo récord, la Convención ya entraba en vigencia. En la región, esto coincidió con la consolidación de los procesos de transición a la democracia, dejando atrás los regímenes dictatoriales y las violaciones masivas a los derechos humanos que trágicamente caracterizaron las décadas previas. Como parte de esta gran transformación institucional muchos países reformaron sus constituciones y otorgaron jerarquía constitucional a la CDN y otros tratados internacionales de derechos humanos, a la par que incorporaron a su norma fundamental derechos específicos de los niños, niñas y adolescentes (NNyA). Pero es claro que, la constitucionalización de la Convención y de los derechos de los NNyA -más allá del gran avance cualitativo que implica- no alcanza por sí sola a satisfacer la exigencia de adecuación del derecho interno a las obligaciones asumidas por los Estados al ratificar la Convención.

La fuerte tradición codificadora en la región, propia del derecho continental, dirigió el proceso de adecuación

interna a la elaboración de códigos o leyes especiales sobre los derechos de los NNyA. Fue Brasil, país pionero en incorporar los derechos de los NNyA a su Constitución, quien dio el primer paso al aprobar el ya emblemático “Estatuto del Niño y del Adolescente” en 1990, incluso algunos meses antes de la entrada en vigencia de la Convención. Treinta años después, casi todos los países de la región -con la notoria excepción de Chile, Cuba y Panamá- cuentan con leyes equivalentes.

Sin embargo, el mero hecho de aprobar un Código o una Ley de Protección tampoco es suficiente para adecuar la legislación interna a la Convención. A la pregunta obvia acerca del contenido de esos códigos -no siempre consecuentes con el paradigma de la protección integral ni autosuficientes sobre los derechos de los NNyA- se agrega la necesidad de armonizar otras ramas de la legislación que rigen las relaciones entre los adultos y el Estado con los NNyA, como los códigos Civiles, de Familia, Penales o las leyes sobre educación, salud, trabajo, entre tantas otras.

Esta investigación indaga precisamente en este campo. A partir del estudio pormenorizado de los códigos de NNyA o leyes de protección integral, junto con los elementos pertinentes de la demás legislación general, pretendemos obtener una fotografía del estado de situación de la adecuación normativa en América Latina a la Convención. Al efecto, junto con esta primera sección de análisis regional se incluyen

capítulos específicos para cada uno de los 19 países de América Latina<sup>1</sup>.

Cabe mencionar, que los países de la región son prolíficos a la hora de aprobar leyes y lamentablemente muchas veces son inertes a la hora de aplicarlas. Esto es especialmente verificable, aunque no exclusivo, en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales. Convertir en realidad aquello que la ley enuncia como discurso, generalmente requiere de capacidades institucionales, voluntad política, recursos económicos y otros múltiples factores escasos. Este informe no ingresa en ese terreno, pero no pierde de vista esa distancia habitual entre el reconocimiento de los derechos en una norma y su efectiva garantía en la práctica. Por eso, a la hora de indagar sobre la recepción de los derechos nos hemos enfocado en los aspectos más propiamente performativos de la ley. Un ejemplo ilustrará mejor esta cuestión: no interesa tanto detenernos en la manera en que los códigos afirman el derecho de los NNyA a la salud, generalmente reconocido rodeado de pomposas palabras, sino verificar si la ley prevé que puedan ejercer consultas médicas de manera autónoma y confidencial, independientemente de sus padres o responsables legales. Por supuesto, esto no significa por sí solo que en la práctica puedan ejercer este derecho -pues siempre se requerirán médicos, hospitales e incluso informar a los propios NNyA sobre sus facultades-, pero marca un punto de inicio distinto.

Finalmente, el informe no se reduce a la descripción y análisis de la ley, sino que busca detectar tanto los avances realizados como las mejoras legislativas pendientes. Por ello, el capítulo de cada país concluye con una serie de recomendaciones y en este panorama regional se destacan algunas leyes que, en perspectiva comparada, aparecen como las más avanzadas en el reconocimiento de los derechos de los NNyA. No se trata de leyes “perfectas”-si acaso algo así puede existir- o “modelos” para copiar y pegar, sino simplemente de experiencias que entendemos valiosas para analizar a la hora de legislar. De este modo, esperamos que este trabajo sea una guía, un punto de inicio, para avanzar en la reforma legal en pos del cumplimiento del mandato de la CDN.

## 1.B. Metodología

Como todo análisis de derecho comparado, la etapa preparatoria de este trabajo exigió definir una serie de elementos a evaluar sistemáticamente en cada país bajo parámetros comunes, así como descartar otros. Esto implicó necesariamente realizar un recorte discrecional -aunque no arbitrario-, con base en el Plan Estratégico de UNICEF 2018-2021 y la Agenda 2030. Además, se ha considerado especialmente como antecedente el informe que el Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF publicara sobre esta misma cuestión a nivel mundial hace algo más de diez años<sup>2</sup>. Más allá de algunas diferencias metodológicas y el mayor detalle que tiene nuestro trabajo sobre América Latina, leer ambas investigaciones en simultáneo nos permite ver los progresos de esta última década.

Producto de ello, tomando como punto de inicio a los códigos de NNyA o leyes de protección integral, este informe se detiene especialmente en el estudio de nueve derechos neurálgicos de los NNyA: el derecho a que el interés superior del niño sea una consideración primordial en todas las decisiones que les afecten, el derecho a la identidad, a la familia, a la protección contra toda forma de violencia, así como específicamente contra la violencia sexual, la explotación económica y el trabajo infantil, y el derecho a la salud, a la educación y al establecimiento de un sistema de justicia especializado para los adolescentes acusados de infringir la ley. Aunque todos estos temas pueden ser estudiados con mayor detalle en cada país -especialmente considerando el funcionamiento en la práctica de la ley y las experiencias de sus operados más cotidianos-, el informe presenta los problemas centrales que se detectan al pasar estas leyes por el tamiz de la Convención.

De la misma manera, aún es necesario un estudio más profundo sobre otros derechos y colectivos de la infancia y adolescencia previstos en la Convención. El derecho a la libertad de expresión, el derecho al esparcimiento, el derecho a no ser trasladado ilícitamente al extranjero o los derechos de los NNyA indígenas, afrodescendientes, refugiados o migrantes, entre otros igualmente importantes, no han podido ser analizados en este trabajo. De todos modos, hemos tratado de no perder de vista la premisa fundamental de que la CDN es indivisible y que los derechos allí contemplados son interdependientes, no solo entre sí sino también con los demás derechos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos.



Para la identificación y relevamiento de las leyes pertinentes de cada país se ha recurrido exclusivamente a sitios webs institucionales de los respectivos congresos o boletines oficiales. Este trabajo se desarrolló entre mayo de 2018 y mayo de 2019, por lo que las reformas legales realizadas en ese período no siempre han podido ser recogidas.

Además, se han analizado las Observaciones Finales que el Comité de los Derechos del Niño efectuó sobre cada país, así como los informes sombra remitidos al Comité por las oficinas nacionales de UNICEF y las organizaciones de la sociedad civil. Todo ello ha sido de invaluable ayuda para detectar los problemas legales más significativos.

El marco de análisis se nutrió especialmente de dos fuentes: las Observaciones Generales del Comité y el ya señero “Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, publicado por UNICEF<sup>3</sup>. La doctrina y jurisprudencia nacional, salvo en casos excepcionales, no fue relevada.

*El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó y abrió a la firma y ratificación la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). América Latina lideró el proceso de ratificación y menos de un año después, en tiempo récord, la Convención ya entraba en vigencia. En la región, esto coincidió con la consolidación de los procesos de transición a la democracia, dejando atrás los regímenes dictatoriales y las violaciones masivas a los derechos humanos que trágicamente caracterizaron las décadas previas.*

## 2. Estado de situación. La evolución de las leyes sobre NNyA desde la entrada en vigencia de la Convención hasta el 30º aniversario

La investigación permitió detectar tres etapas de la adecuación normativa en la región, que pueden ser identificadas con cada década que transcurrió desde la aprobación de la Convención.

El primer período de codificación, inaugurado por el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil (1990), con un largo interregno hasta la aprobación de los Códigos de NNyA de Honduras (1996), Costa Rica (1998), Nicaragua (1998), Perú (2000), Venezuela (2000) y Paraguay (2001). Estos Códigos generalmente incluyen una definición de principios generales, una enunciación de los derechos y garantías de los NNyA y la organización básica de los sistemas de protección. Algunos de ellos también ingresan en campos más específicos como la regulación de la adopción o el sistema de responsabilidad penal adolescente, pero en líneas generales se trata de textos acotados y circunscriptos a la afirmación de derechos fundamentales, muchas veces sin lograr plasmar la especificidad de los NNyA. Aunque la mayoría de estos Códigos tuvieron reformas parciales, su núcleo sigue siendo el mismo desde que fueron sancionados.

Ubicamos un segundo período con códigos de mejor elaboración y mayor alcance, que no solo ingresan decididamente en el terreno de la adopción o de la responsabilidad penal, sino que regulan con especificidad sobre los derechos de los NNyA en el ámbito educativo, laboral o incluso penal, como víctimas de delitos. Esta etapa se inicia con la aprobación del “Código de la Niñez y Adolescencia” de Ecuador (2003) y del que lleva idéntico nombre en Uruguay (2004) y podemos decir, dejando de lado algunas particularidades, que todos los Códigos sancionados desde entonces responden a las mismas características. La Tabla siguiente presenta la denominación y fecha de aprobación de estos códigos o leyes en cada país.

Tabla 1. Código de NNyA o leyes de protección integral por país y año de aprobación

País	Código - Ley	Año
<b>Argentina</b>	Ley de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes	2005
<b>Bolivia</b>	Código Niña, Niño y Adolescente	2014
<b>Brasil</b>	Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil	1990 (con sucesivas reformas)
<b>Chile</b>	Sin código o ley de protección	
<b>Colombia</b>	Código de la Infancia y la Adolescencia	2006
<b>Costa Rica</b>	Código de la Niñez y la Adolescencia	1998
<b>Cuba</b>	Código de la Niñez y la Juventud	1978
<b>Ecuador</b>	Código de la Niñez y Adolescencia	2003
<b>El Salvador</b>	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia	2009
<b>Guatemala</b>	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia	2003
<b>Honduras</b>	Código de la Niñez y la Adolescencia	1996 (con reforma en 2013)
<b>México</b>	Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes	2014 (reemplaza ley de 2000)
<b>Nicaragua</b>	Código de la Niñez y la Adolescencia	1998
<b>Panamá</b>	Sin código o ley de protección	
<b>Paraguay</b>	Código de la Niñez y la Adolescencia	2001 (con reformas en 2009 y 2018)
<b>Perú</b>	Código de los Niños y Adolescentes	2000
<b>República Dominicana</b>	Código para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes	2003 (reemplazó un Código de 1994).
<b>Uruguay</b>	Código de la Niñez y la Adolescencia	2004
<b>Venezuela</b>	Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes	2000 (con reformas en 2007 y 2015)



Aunque esta etapa no está acabada, pues no solo Chile, Cuba y Panamá no cuentan con leyes de protección integral, sino que también algunos Códigos del primer período están notoriamente desactualizados -v. gr. los de Perú y Nicaragua-, se advierte que en la última década se inició una etapa igualmente fundamental: armonizar los demás Códigos -como los civiles, de familia o penales- y las leyes generales de cada sector -como las leyes de educación, salud o trabajo- a los principios y garantías de las leyes de protección. Argentina es un ejemplo notorio de este tercer período: aun teniendo una ley de protección integral bastante acotada, en 2014 realizó una reforma significativa de su Código Civil, que avanzó en el reconocimiento de los derechos de los NNyA al punto de eliminar definitivamente la regla de la incapacidad absoluta y relativa de los “menores” -que sigue siendo predominante en la región- y reconocerlos como sujetos plenos de derecho. Otros países avanzaron en la armonización de algunos campos puntuales característicos de las intervenciones estatales sobre la infancia, como hizo Perú con los NNyA sin cuidados parentales -cuya ley posiblemente es la más avanzada en la región sobre el tema<sup>4</sup>- o prestando especial atención a los derechos de los NNyA al legislar sobre problemáticas que los atraviesan tanto a aquellos como a los adultos, como la violencia de género y la trata de personas, donde se destaca muy claramente la legislación de Uruguay<sup>5</sup>.

En la sección siguiente de este capítulo de panorama regional se presentan los principales rasgos y déficits en la recepción normativa de aquellos derechos priorizados en esta investigación. En general, los problemas son similares y responden en buena medida a omisiones de legislar y a la falta de armonización de los códigos de NNyA con las demás leyes, antes que a incompatibilidades flagrantes con la Convención -aunque estas lamentablemente también existen-.

Una cuestión que atraviesa prácticamente todos los temas tratados, como es la edad mínima que se fija para el ejercicio de ciertos derechos o para autorizar intervenciones estatales, refleja esa falta de armonía. Muchos países fijan en 12 años la edad mínima de responsabilidad penal, pero no les reconocen capacidad civil a los adolescentes sino de manera relativa y usualmente a partir de los 14 años. Lisa y llanamente, estas leyes les dicen que pueden ir a la cárcel, pero no pueden decidir sobre su salud o su educación.

La Tabla que se presenta a continuación sintetiza este problema. Lógicamente, no se trata de fijar una misma edad mínima para todos los temas, dado que en algunos casos es recomendable que la edad mínima sea elevada y en otros que sea más flexible. Cada asunto tiene criterios propios sobre los cuales debe fijarse la edad mínima recomendable, que son detallados a lo largo del informe. Sin embargo, la determinación de esas edades mínimas debe guardar cierta coherencia. Por ejemplo, como se explica al analizar la legislación referida a la protección contra la explotación económica, es recomendable que la edad mínima de admisión al empleo coincida con la correspondiente a la finalización de la educación obligatoria. El cuadro refleja la gran tarea pendiente en este ámbito.

*Fue Brasil, país pionero en incorporar los derechos de los NNyA a su Constitución, quien dio el primer paso al aprobar el ya emblemático “Estatuto del Niño y del Adolescente” en 1990, incluso algunos meses antes de la entrada en vigencia de la Convención. Treinta años después, casi todos los países de la región -con excepción de Chile, Cuba y Panamá- cuentan con leyes equivalentes.*

Tabla 2. Edades mínimas por país y tema

País	Matrimonio	Consentimiento sexual	Admisión al empleo	Educación obligatoria	Responsabilidad penal
<b>Argentina</b>	16* / sin piso si hay autorización judicial	13	16	4 a 17 (preescolar a secundaria)	16
<b>Bolivia</b>	16*	14	14	0 a 17 (inicial a secundaria)	14
<b>Brasil</b>	16	14	16 (o desde los 14 como aprendiz o en trabajo rural)	4 a 17	12
<b>Chile</b>	16	14	15	5 a 17 (segundo nivel de transición a educación media)	14
<b>Colombia</b>	14 hombres / 12 mujeres	14	15	5 a 15 (preescolar a básica)	14
<b>Costa Rica</b>	18	13 (si la diferencia de edad con la otra persona es superior a 5 años)	15	4 a 17 (preescolar a secundaria)	12
<b>Cuba</b>	14 mujeres / 16 hombres*	14	17 (excepcionalmente desde los 15 y contratos de aprendizaje desde los 14)	6 a 15 (primaria a secundaria básica)	16
<b>Ecuador</b>	18	14	15	5 a 17 (educación general básica a secundario)	12
<b>El Salvador</b>	18	15	14	0 a 17 (educación inicial a secundaria)	12
<b>Guatemala</b>	16*	14	14**	4 a 17 (inicial a secundaria)	13



País	Matrimonio	Consentimiento sexual	Admisión al empleo	Educación obligatoria	Responsabilidad penal
<b>Honduras</b>	18*	14	16 (con permiso desde los 14)	5 a 17 (un año de prebásica a secundaria)	12
<b>México</b>	18 (cada estado debe adecuar su ley a esa edad)	15	15	3 a 17 (preescolar a secundaria)	12 (menores de 14 no pueden ser privados de la libertad)
<b>Nicaragua</b>	16	14	14	5 a 17 (último de inicial a secundaria)	13 (menores de 15 no pueden ser privados de la libertad)
<b>Panamá</b>	18	14	14 (con excepción de trabajos agrícolas y doméstico donde es de 12)	4 a 14 (preescolar a premedia)	12 (menores de 15 no pueden ser privados de la libertad)
<b>Paraguay</b>	16	14	16	5 a 17 (preescolar a secundaria)	14
<b>Perú</b>	16	14	14 (con permiso desde los 12)	3 a 17 (inicial a secundario)	14
<b>República Dominicana</b>	15 para mujeres / 18 hombres / sin piso si hay autorización judicial	18 años o menos de 5 años de diferencia	14	5 a 17 (inicial a secundaria)	13
<b>Uruguay</b>	16	12	15	4 a 17 (inicial a secundaria)	13
<b>Venezuela</b>	14 mujeres / 16 hombres	16	14	4 a 17 (inicial a secundaria)	14

\* Con autorización judicial o de los representantes legales.

\*\* Se admite el empleo por debajo de esa edad (sin edad mínima) con autorización escrita de las autoridades.



### 3. Los derechos en particular

#### 3.A. El principio de interés superior

En líneas generales, todos los países han incorporado a su derecho interno el principio de interés superior de los NNA. No obstante, se observan déficits tanto en la extensión del principio -pues algunas legislaciones lo prevén exclusivamente para las decisiones judiciales o para algunos asuntos puntuales ligados a las relaciones familiares- y especialmente en el reconocimiento de su carácter de principio interpretativo y de norma de procedimiento<sup>6</sup>.

Chile y Panamá son los más restrictivos en el reconocimiento del principio de interés superior como derecho sustantivo, limitándolo al ámbito de ciertas decisiones vinculadas con las relaciones familiares -como la custodia o la adopción-, al punto tal que sus legislaciones se refieren al “interés superior del hijo”<sup>7</sup> o al “interés superior del menor y la familia”<sup>8</sup>. Algo similar sucede en Uruguay, donde si bien se lo define como un principio interpretativo del Código de la Niñez y la Adolescencia, se lo señala como un elemento a ponderar de manera previa a la toma de decisiones por las autoridades en ciertos asuntos -como el régimen de visitas o tenencia, la adopción o el procedimiento a seguir con los adolescentes en conflicto con la ley penal- y no hay una regla que le reconozca su alcance a todas las decisiones que afecten a NNA. Otros países erosionan el alcance del principio al indicar que debe aplicarse en equilibrio con otros intereses, como los de sus padres, o considerando las exigencias del bien común -v. gr. República Dominicana-. Sin embargo, este problema parece circunscripto a algunas legislaciones puntuales, pues la mayoría de los códigos o leyes de protección de la región replican el texto del artículo 3.1 de la Convención o enuncian una fórmula amplia que remite al reconocimiento del principio de interés superior en todas las decisiones concernientes a NNA.

En cambio, la recepción del principio de interés superior como pauta de interpretación de la ley es menos uniforme. Guatemala y Paraguay, por ejemplo, no reconocen con claridad esta última función del principio de interés superior y Costa Rica lo restringe a la interpretación de las normas de procedimiento. Otros países, como Nicaragua, solo realizan una referencia genérica a esta función del principio de interés superior, sin indicar en concreto de qué manera debe interpretarse de la ley.

Algo similar sucede con el carácter procedimental del principio. Mientras algunas legislaciones no reconocen este rol -una vez más, Nicaragua-, otros países omiten especificar el alcance de esta regla y no indican con claridad su relación con el derecho a los NNA a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Por el contrario, la legislación de algunos países fija pautas para su determinación en concreto. Este es el caso de los códigos de Bolivia, Ecuador o Venezuela, entre otros, y muy especialmente el de Perú, donde directamente rige la denominada “Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño”. En general, la legislación de estos países alude a la necesidad de ponderar la condición específica de personas en desarrollo de los NNA, reconoce el carácter prevalente de sus derechos e indica expresamente que los NNA deben ser oídos en el proceso de determinación del interés superior en concreto.

Aunque muchos códigos prevén también el principio de aplicación preferente de los derechos de los NNA, casi ninguno de ellos contiene reglas específicas de aplicación del principio de interés superior ante situaciones de catástrofe o emergencia nacional. Una excepción notoria es Ecuador, que en su Constitución prohíbe los desplazamientos arbitrarios y establece que los NNA, las mujeres embarazadas, junto con las madres con hijas o hijos menores, las personas adultas mayores y con discapacidad recibirán asistencia humanitaria preferente y especializada.





### **Perú - La “Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño” y su decreto reglamentario**

En 2016 Perú aprobó una ley específica sobre el principio de interés superior (ley 30466).

**Artículo 1.** Objeto de la Ley. La presente Ley tiene por objeto establecer parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos y procedimientos en los que estén inmersos los derechos de los niños y adolescentes; en el marco de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y su Observación General 14 y en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

**Artículo 2.** Interés superior del niño. El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos.

**Artículo 3.** Parámetros de aplicación del interés superior del niño. Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta los siguientes parámetros: 1. El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño. 2. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos. 3. La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño. 4. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. 5. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

**Artículo 4.** Garantías procesales. Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta las siguientes garantías procesales: 1. El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la Ley le otorga. 2. La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño. 3. La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños. 4. La participación de profesionales cualificados. 5. La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda. 6. La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño. 7. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños. 8. La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño. Los posibles conflictos entre el interés superior del niño, desde el punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general, se resuelven caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando una solución adecuada. Lo mismo se hace si entran en conflicto los derechos de otras personas con el interés superior del niño.

**Artículo 5.** Fundamentación de la decisión. Los organismos públicos en todo nivel están obligados a fundamentar sus decisiones o resoluciones, administrativas o judiciales, con las que se afectan directa o indirectamente a los niños y a los adolescentes.

En 2018 esta ley fue reglamentada de un modo muy detallado (Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP). En este decreto reglamentario se agregan una serie de principios y enfoques que rigen su aplicación, como los de diligencia excepcional, especialidad y profesionalización, igualdad y no discriminación, interculturalidad, informalismo, participación y ser escuchado/a, autonomía progresiva, no revictimización, integralidad, desarrollo progresivo, precaución y flexibilidad, enfoque de género, interseccionalidad, entre otros. Además, se indican una serie de elementos que deben aplicar las entidades públicas o privadas para la determinación en concreto del interés superior: la opinión de los NNA, el respeto por su identidad, la preservación del entorno familiar, la situación de vulnerabilidad en que se encuentren y se refrenda el carácter obligatorio de seguir los parámetros fijados en la Observación General nro. 14 del Comité de los Derechos del Niño.

El reglamento incluye pautas de aplicación del principio de interés superior en procedimientos específicos, en el ámbito de la salud, la educación, la justicia, la vulneración de derechos y la desprotección familia y en el diseño de políticas públicas y la aprobación de leyes que afecten directamente a los NNA.

### 3.B. El derecho a la identidad

La investigación se enfocó en tres facetas del derecho a la identidad: la inscripción de los nacimientos y las reglas básicas de la filiación, el derecho a la identidad cultural y el derecho a la identidad de género. Mientras la primera de estas facetas es la más directamente asociada a los artículos 7 y 8 de la Convención, la identidad cultural y la identidad de género se abordan considerando otros artículos de la Convención -como el 2, 20 y 30-, a luz del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos.

#### - La inscripción de nacimientos y la filiación

En general, todos los países reconocen el derecho de las niñas y niños a que su nacimiento sea inscrito por medio de procedimientos sencillos, rápidos y gratuitos, aunque algunos se limitan a establecerlo meramente como una obligación de los padres o de los profesionales de la salud, sin consagrarlo como un derecho de los NNyA propiamente dicho (v.gr. Cuba, Guatemala, Honduras y Paraguay).

La mayoría de los países prevé un plazo de 30 o 60 días para efectuar la inscripción del nacimiento. Si bien se ha dicho que “conforme a la Convención, el niño debe ser inscrito ‘inmediatamente después de su nacimiento’, lo que implica un plazo de días más que de meses”<sup>9</sup>, otros aspectos se presentan más preocupantes en este ámbito según las particularidades de cada país.

En El Salvador, por ejemplo, el Código Civil autoriza a imponer multas por inscripciones tardías. Se trata de una medida que el Comité ha considerado contraproducente, pues puede convertirse en un disuasivo para el efectivo registro de aquellos NNyA que no fueron inscritos oportunamente<sup>10</sup>.

En Paraguay se prohíbe que los padres adolescentes inscriban a sus hijos por sí mismos, lo que constituye una vulneración de los derechos tanto de los padres adolescentes como de sus hijos. En Uruguay, se requiere que cuenten con aprobación judicial. Otros países no tienen ninguna previsión al respecto, por lo que de hecho podrían verse impedidos por las reglas generales de la capacidad civil. Solo algunos códigos o leyes de registro civil autorizan expresamente a los NNyA a inscribir y reconocer a sus hijos (v. gr. Venezuela).

En Brasil, la Ley de Registro Público exime de la

obligatoriedad de la inscripción a los nacimientos de niñas y niños pertenecientes a pueblos originarios mientras “no estén integrados”<sup>11</sup>. Esto no resulta compatible con el criterio que el Comité fijó en su Observación General sobre “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención”, donde se recordó el carácter universal del derecho a la inscripción del nacimiento y puntualmente se especificó que los Estados deben “tomar medidas especiales para la debida inscripción de los niños indígenas, incluidos los que residen en zonas apartadas”<sup>12</sup>.

En otros casos los problemas están circunscriptos a los nacimientos de las hijas e hijos de personas migrantes en situación irregular, directamente asociados con reglas muy restrictivas en materia de nacionalidad. Si bien, en general, la región sigue el principio del *jus soli*, algunos países contienen excepciones que impactan negativamente sobre el derecho a la nacionalidad y al registro del nacimiento. En República Dominicana, la ley prevé un registro específico para estas niñas y niños y establece un mecanismo complejo para que accedan a la nacionalidad del país del que sus padres son oriundos, sin prever ninguna alternativa para evitar la apatridia en caso de que ello no fuera posible por razones fácticas o jurídicas. En Chile, en tanto, solo se les permite acceder a la nacionalidad al alcanzar la edad de 21 años y siempre que lo soliciten en el plazo de un año. Problemas similares se registran en Colombia, donde las hijas e hijos de extranjeros que nacen en el país solo acceden a la nacionalidad si se acredita que alguno de los padres tiene domicilio legal allí. Aunque normalmente estos países permiten que estos niños sean inscritos en los registros civiles, el hecho de que no tengan acceso a la nacionalidad y se indague sobre la situación migratoria de sus padres puede funcionar como un fuerte desincentivo para que concreten la inscripción<sup>13</sup>.

Como contracara, merece destacarse la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles de Ecuador que establece expresamente el principio de universalidad, incluyendo a todas las personas que se encuentren en el territorio del país, independientemente de su condición migratoria.

Por otro lado, algunos países prevén mecanismos dirigidos a inscribir de oficio a los NNyA que no cuentan con documentos o a procurar el reconocimiento paterno, en caso de que la inscripción en el registro civil fuera hecha exclusivamente por su madre (v. gr. Costa Rica, Venezuela, Uruguay). Sin embargo, la tendencia en la región sigue dejando las acciones de filiación exclusivamente a cargo de



las madres o representantes legales de las niñas y niños. En estos procesos, en general, el análisis de ADN de los progenitores alegados no es obligatorio, funcionando la negativa a realizarlo como una presunción de la paternidad. Si bien este tipo de reglas no necesariamente son incompatibles con la Convención, reflejan que los Estados aún priorizan otros derechos o intereses por sobre la identidad de los NNyA.

En algunos países, además, todavía rigen antiguos códigos civiles o de familia con leyes muy restrictivas en materia de filiación. En Chile, por ejemplo, rige el Código Civil sancionado en 1885 y si bien en las últimas décadas tuvo modificaciones sustantivas en materia de filiación, expresamente prioriza la posesión del estado civil de hijo por sobre las pruebas biológicas y se restringen las acciones de filiación, de manera que podrían legalizarse situaciones irregulares, producto del tráfico de niños o adopción ilegal.

En sentido contrario, varios países han avanzado en la legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida (v. gr. Argentina, Uruguay o el propio Chile). Solo Uruguay reconoce claramente el derecho de los NNyA nacidos por medio de donación de gametos a conocer la identidad de la persona donante. Al respecto, el Comité ha señalado que no garantizar a las personas nacidas de esta forma el acceso a esta clase de información puede ser contradictorio con el derecho del niño a conocer su origen<sup>14</sup>.

### ***Paternidad responsable en Venezuela***

En Venezuela, la “Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad” incluye un mecanismo dirigido a garantizar el reconocimiento paterno de las niñas y niños. En caso de que la madre sea quien inscriba al niño o niña, se le solicita que indique los datos que permitan individualizar al progenitor para su posterior notificación y emplazamiento por parte del Registro Civil y, en caso de no concretarse el reconocimiento, su derivación al Ministerio Público para que éste inicie la acción de filiación. En estos casos el juez puede ordenar el análisis de ADN con carácter obligatorio.

### ***- El derecho a la identidad cultural***

Aunque históricamente el derecho a la identidad está asociado con los artículos 7 y 8 de la Convención, que remiten a las relaciones familiares de los NNyA, otras disposiciones de la Convención reflejan que los Estados deben tener una noción más amplia y también deben proteger otros elementos de la identidad, como aquellos que el artículo 30 enumera en relación a los NNyA de pueblos indígenas –derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma<sup>15</sup>.

En las últimas décadas, algunos países han avanzado decididamente en este terreno, incorporando artículos vinculados a este derecho en sus constituciones o previéndolo expresamente en sus códigos sobre NNyA. El “Código de la Infancia y la Adolescencia” de Colombia, por ejemplo, define el derecho a la identidad con una fórmula muy similar al artículo 8 de la Convención - “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen, como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley”<sup>16</sup>-, pero agrega que también “Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia”<sup>17</sup>. Disposiciones similares pueden encontrarse en la legislación de Bolivia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela. En cambio, en Argentina, Uruguay, Chile, Costa Rica, Paraguay y Perú, la definición del derecho a la identidad continúa siendo más restrictiva.

De todas formas, el derecho a la identidad cultural no se debe reducir a la definición que efectúen los códigos o leyes de protección. El reconocimiento cabal del derecho a la identidad cultural debe ser transversal a los demás derechos, especialmente en asuntos como la educación o las medidas de protección para NNyA desprovistos de cuidado familiar. Por ello, analizamos en este informe si se prevén medidas dirigidas a garantizar la educación intercultural o a priorizar la adopción de los NNyA de pueblos indígenas al interior de sus comunidades. Usualmente, los países que no han reconocido expresamente el derecho a la identidad cultural también omiten legislar en este terreno.

Como contracara, es importante que aquellos países que reconocen el derecho a la identidad cultural incorporen en su legislación cláusulas que prohíban las prácticas culturales nocivas para la salud o que prevengan la relativización de los derechos previstos en la CDN. Solo algunos países han tomado esta precaución en su legislación (v. gr. Colombia y Ecuador).

#### El derecho a la identidad cultural en Ecuador

La Constitución de Ecuador reconoce expresamente el derecho a la identidad cultural para todas las personas, el derecho a la educación intercultural para los NNyA y preserva sus derechos constitucionales en la administración de justicia indígena.

**“Art. 21.-** Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas. No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución.

**Art. 45.-** Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; **a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades**; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.

**Art. 57.-** Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social; (...) 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

**Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas: 28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.”

La Constitución de Ecuador reconoce expresamente el derecho a la identidad cultural para todas las personas, el derecho a la educación intercultural para los NNyA y preserva sus derechos constitucionales en la administración de justicia indígena.

El Código de la Niñez y Adolescencia ofrece una definición del derecho a la identidad cultural.

**“Art. 34.-** Derecho a la identidad cultural. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conservar, desarrollar, fortalecer y recuperar su identidad y valores espirituales, culturales, religiosos, lingüísticos, políticos y sociales y a ser protegidos contra cualquier tipo de interferencia que tenga por objeto sustituir, alterar o disminuir estos valores”.

Todos los países reconocen el derecho de las niñas y niños a que su nacimiento sea inscrito por medio de procedimientos sencillos, rápidos y gratuitos.





### - El derecho a la identidad de género.

Aunque la Convención no alude directamente al derecho a la identidad de género, ofrece suficiente soporte para considerarlo como un elemento del derecho a la identidad también merecedor de protección al prohibir la discriminación por razones de sexo y garantizar el derecho de los NNyA a expresarse libremente y a que se proteja su vida privada (arts. 2, 13 y 16 CDN). En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente”<sup>18</sup>.

En el ámbito interamericano, además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha afirmado con claridad que el derecho a la identidad de género ampara “a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida” y que “debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], las cuales deben diseñarse necesariamente en

concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación”<sup>19</sup>.

Sin embargo, en la región solo tres países reconocen cabalmente este derecho a los NNyA: Argentina, Venezuela y Chile<sup>20</sup> son los únicos que cuentan con leyes que permiten a los NNyA modificar su nombre y los registros documentales de acuerdo a su auto-percepción de género y al principio de autonomía progresiva. Algunos países contemplan este derecho para los adultos, pero no tienen ninguna previsión respecto de los NNyA o expresamente indican que solo se puede ejercer este derecho a partir de la mayoría de edad (v. gr. Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Uruguay), mientras que en la gran mayoría no está previsto ni siquiera para los adultos.

### La “Ley del derecho a la identidad de género de las personas” de Argentina

**Art. 1º. Derecho a la identidad de género** - Toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

**Art. 2º. Definición** - Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

**Art. 3º. Ejercicio** - Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida.

**Art. 4º. Requisitos** - Toda persona que solicite la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen, en virtud de la presente ley, deberá observar los siguientes requisitos: 1. Acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años de edad, con excepción de lo establecido en el artículo 5º de la presente ley. 2. Presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente ley, requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original. 3. Expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse. En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico.

**Art. 5º. Personas menores de edad** - Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4º deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061. Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

**(...) Art. 12º. Trato digno** - Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados. Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado/a. En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada.

### 3.C. El derecho a la familia

A esta altura, es una obviedad que las leyes reconocen el derecho de los NNyA a vivir y crecer en una familia. Este derecho en general está previsto expresamente en los códigos o leyes de protección de NNyA, donde usualmente se define a la separación familiar como una medida de último recurso y se prohíbe que tenga como único fundamento la falta de recursos económicos.

Sin embargo, más allá de esta enunciación general, se detectaron problemas en tres niveles: i. la falta de armonía entre los códigos o leyes de protección de los NNyA y la legislación general sobre las relaciones familiares respecto de las causas que habilitan la separación familiar; ii. la débil revisión judicial de la separación familiar dispuesta en sede administrativa; y iii. los derechos reconocidos a los NNyA privados de cuidados parentales o que son sujetos de la adopción.

#### - Las causas que autorizan disponer la separación familiar

Los avances realizados en las últimas tres décadas en este campo con la aprobación de los códigos o leyes de protección de los NNyA son notorios. A excepción de Cuba y Uruguay, todos los países de la región prohíben con claridad que la separación familiar se funde en razones económicas como único motivo y, en general, definen este tipo de medidas como excepcionales, debiendo aplicarse por el período más breve posible y priorizarse que los NNyA sean mantenidos dentro de su círculo familiar extendido.

Si bien en la mayor parte de los países de la región continúan vigentes leyes o códigos de familia sancionados bajo el paradigma tutelar, que organizan las relaciones filiales bajo el sistema de la patria potestad y autorizan a disponer la suspensión o pérdida de ésta -y la consecuente separación familiar- por motivos excesivamente indeterminados o incompatibles con las Convención y el derecho internacional de los derechos humanos. La mayoría de estas leyes aún alude a la integridad moral de los padres o a la situación de riesgo o abandono de los NNyA, sin que estas sean definidas con precisión, y en algunos casos incluso se hace referencia a



la discapacidad de los padres como fundamento suficiente para disponer la pérdida de la autoridad parental (v. gr. Chile, Cuba, Honduras y República Dominicana).

En Honduras, por ejemplo, mientras el Código de la Niñez y la Adolescencia define como principio general que “Los niños no podrán ser separados de su familia natural sino sólo en las circunstancias especiales que determine la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos”<sup>21</sup> y establece que deben aplicarse preferentemente medidas como la amonestación a los padres o la atribución del cuidado a un pariente, el Código de Familia autoriza a disponer la pérdida de la patria potestad “Por las costumbres depravadas o escandalosas de ambos padres o de uno de ellos, severidad excesiva e irrazonable en el trato de los hijos, o abandono de éstos”<sup>22</sup>.

De igual modo, en El Salvador la “Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia” restringe las medidas de separación familiar, priorizando aquellas que protejan y desarrollen los vínculos familiares y comunitarios. Sin embargo, el Código de Familia permite fundar la suspensión o pérdida de la autoridad parental en la “corrupción” de los NNyA o en su abandono<sup>23</sup> o en la “inmoralidad notoria” de los padres<sup>24</sup>, entre otros.

No hace falta revisar la fecha de aprobación de estos códigos de familia -usualmente sancionados en la primera mitad del siglo XX o incluso en las últimas décadas del siglo XIX- para detectar que su enfoque es preconvenional. El propio concepto de patria potestad, así como el lenguaje utilizado -con continuas referencias a la moral y las buenas costumbres- son característicos de la doctrina de la situación irregular. En definitiva, en la gran mayoría de los países de la región continúa pendiente la necesidad de armonizar estos códigos con el enfoque de la CDN.

Del mismo modo, en general en la región continúa siendo predominante la suspensión o pérdida de la patria potestad o autoridad parental como consecuencia de una condena penal privativa de la libertad, independientemente del delito cometido. Esta medida debería reservarse para aquellos delitos que son cometidos contra los NNyA u otros familiares directos. Solo algunos países prevén expresamente el derecho de los NNyA a mantener el contacto con sus padres privados de su libertad<sup>25</sup>, lo que debiera garantizarse siempre que se trate de delitos que no involucren a NNyA o a otros miembros del círculo familiar inmediato.

### **- La revisión judicial de la separación dispuesta en sede administrativa y las garantías de procedimiento**

Las referencias que las leyes realizan a motivos como el riesgo moral o las malas costumbres para imponer la separación familiar, además de responder al paradigma de la situación irregular, dejan un margen excesivamente amplio a la discrecionalidad de la autoridad administrativa o judicial. Por eso, se ha dicho que “cuando la ley deja los criterios de separación en manos de los tribunales, de modo que es únicamente el juez quien decide cuál es el interés superior del niño, el Estado debe asegurarse de que los jueces ejercen esta facultad con objetividad”<sup>26</sup>.

En ese sentido, la Convención demanda que este tipo de medidas sean tomadas respetando garantías de procedimiento para los NNyA y sus padres o responsables legales, los que deben ser oídos, contar con asistencia letrada y poder presentar los recursos legales pertinentes. Aunque normalmente estos derechos están previstos en las leyes de los países de la región, en muchos casos se autoriza a disponer la separación familiar en sede administrativa sin que se asegure su revisión en sede judicial, poniendo en riesgo los demás derechos. Si bien la Convención admite que la separación familiar sea dispuesta en sede administrativa, reclama que inexorablemente la medida sea revisada judicialmente<sup>27</sup>.

Un ejemplo de ello es la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de México donde como regla general se establece que los NNyA “no podrán ser separados de las personas que ejerzan la patria potestad o de sus tutores y (...) de las personas que los tengan bajo su guarda y custodia, salvo que medie orden de autoridad competente, en la que se determine la procedencia de la separación, en cumplimiento a la preservación del interés superior de la niñez, de conformidad con las causas previstas en las leyes y mediante el debido proceso en el que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas”. A ello se agrega que “En todos los casos, se tendrá en cuenta la opinión de niñas, niños y adolescentes conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez”<sup>28</sup>. Aunque a primera vista parece ser una fórmula suficientemente completa, donde se hace referencia tanto al derecho a ser oídos de los NNyA como de todas las partes involucradas, no se ha previsto expresamente la necesidad de que exista una revisión judicial de la medida que disponga o implique la separación familiar.

En otros países la falta de revisión judicial se evidencia en las decisiones sobre el estado de abandono o adoptabilidad, normalmente a cargo de la autoridad administrativa. En Nicaragua, por ejemplo, en la “Ley de Adopción”<sup>29</sup> no se incluyen medidas dirigidas a verificar la información reunida en sede administrativa. Si bien los jueces están facultados a ordenar una investigación de oficio o ante solicitud de parte, esta solo es obligatoria en casos de oposición de los familiares consanguíneos de los NNyA sobre los que recae el proceso<sup>30</sup>.

Algo similar sucede en República Dominicana, donde el procedimiento de adopción inicialmente está a cargo de la autoridad administrativa y luego se homologa en sede judicial. Esto es especialmente preocupante en el caso de las adopciones que son consentidas por los padres biológicos, dado que basta con que presten su conformidad ante un notario, sin que en la ley se exijan más requisitos –como una explicación clara sobre las consecuencias del acto o la provisión de información sobre alternativas a la adopción- ni se prevea una verificación posterior independiente sobre ese consentimiento.

De igual manera, en Honduras la declaración de abandono y las consecuentes medidas de protección, incluidas las que implican la separación familiar, están a cargo de la autoridad administrativa, que debe elevarlas a la autoridad judicial competente para su revisión, en una audiencia en la que se debe dar intervención a los padres o representantes legales y garantizar el derecho de los NNyA a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta, considerando su edad y madurez. Sin embargo, la ley no prevé expresamente la asistencia letrada ni el derecho al recurso de los padres o representantes legales, así como tampoco se prevén medidas de verificación independientes de las realizadas en sede administrativa.

Aunque normalmente los códigos de NNyA o las leyes de adopción prevén la posibilidad de que la instancia judicial se torne contradictoria en caso que alguno de los involucrados –típicamente los padres biológicos- manifieste su oposición, debe tomarse en cuenta que en escenarios de adopciones ilegales aquellos “son los que menos probabilidades tienen de presentar una denuncia, ya que muchos de ellos temen las consecuencias o carecen de los conocimientos apropiados y de acceso a vías de recurso”<sup>31</sup>.

En definitiva, si bien el énfasis en la vía administrativa puede ser una manera razonable de garantizar que el proceso adoptivo sea diligente y esté a cargo de profesionales especializados, debe recordarse que

“de conformidad con la Convención, toda adopción requiere una investigación minuciosa, con informes pormenorizados, realizados por profesionales independientes, y cuyos destinatarios serán las autoridades competentes”<sup>32</sup>, y que la revisión judicial no puede limitarse a una mera homologación, sino que se debe verificar que todas las personas interesadas fueron debidamente asesoradas y oídas durante el proceso.

### **- Los NNyA privados de cuidados parentales, sus derechos en el marco del proceso de adopción y las medidas legales para prevenir la adopción ilegal**

La investigación también presenta un panorama general sobre la adecuación normativa a las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”<sup>33</sup>, así como sobre los derechos reconocidos a los NNyA en el marco de los procesos de adopción y las medidas legales dirigidas a prevenir la adopción ilegal.

Varios países (Argentina, Brasil, El Salvador, Honduras, Panamá y Perú) reformaron sus leyes con posterioridad a la aprobación de la Directrices y, en general, se observa un esfuerzo por recoger los principios que allí se fijan. Asimismo, en los códigos sancionados en la que hemos identificado como la segunda etapa de codificación de la región – v.gr. Bolivia, Colombia, Ecuador, México o Venezuela- también se aprecia una buena sintonía con las Directrices.

En general, la legislación de estos países define la separación familiar como una medida que solo debe disponerse como último recurso y por el menor tiempo posible, aunque en pocos casos se establece

*Todos los países de la región prohíben con claridad que la separación familiar se fundamente en razones económicas como único motivo y, en general, definen este tipo de medidas como excepcionales.*





expresamente el deber de revisión periódica o se fija un límite máximo de tiempo para medidas como el acogimiento familiar o institucional -como por ejemplo lo hacen Brasil, Colombia o Uruguay-.

A su vez, especialmente en aquellos países que revisaron sus leyes luego de la aprobación de las Directrices, generalmente se promueven medidas alternativas a la institucionalización<sup>34</sup>, priorizando la reubicación en el ámbito de la familia extensa o ampliada, así como el mantenimiento del contacto con los padres en caso que fuera posible y la no separación de los hermanos.

En cambio, la mayoría de estos códigos o leyes se apartan de la Directrices en relación al acogimiento informal. En las Directrices se recomienda que los Estados reconozcan la función de este tipo de acogimiento y adopten medidas adecuadas para que ésta se ejerza de modo óptimo -como alentar a los acogedores informales a que notifiquen a las autoridades acerca del acogimiento- y se proteja a los NNYA contra el abuso, el descuido, el trabajo infantil y toda forma de explotación, especialmente cuando el acogimiento informal es “ejercido por personas sin vínculo familiar, o por familiares no conocidos previamente por el niño o lejos del lugar de residencia habitual del niño”<sup>35</sup>. Además, la experiencia internacional indica que el acogimiento informal muchas veces funciona como una vía de evadir el procedimiento regular de la adopción y se utiliza para legalizar la adopción ilegal<sup>36</sup>.

Solamente Argentina y El Salvador limitan fuertemente la posibilidad de que quienes ejercen el acogimiento informal soliciten la adopción<sup>37</sup>. Otros países, por el contrario, les otorgan prioridad para solicitar la adopción<sup>38</sup> o incluso en algunos casos aún se permite la adopción directa -caso de Costa Rica- o por intermedio de un notario -en República Dominicana- o apoderado -en Nicaragua-. Del mismo modo, algunos países -como Colombia, Chile o Panamá- habilitan la intervención de instituciones privadas o particulares en el proceso adoptivo, lo que según el Comité “aumenta el riesgo de que se obtengan beneficios materiales indebidos y se realicen otras prácticas, como la venta de niños para su adopción”<sup>39</sup>. En el mismo sentido, la Relatora Especial sobre la venta de niños ha señalado que “Cuando las agencias de adopción establecen relaciones privilegiadas con determinados servicios de atención a la infancia se abre una nueva posibilidad de que se produzcan adopciones ilegales”<sup>40</sup>.

Esto es especialmente preocupante en tanto, la

mayoría de los países de la región no permite anular o revocar las adopciones fraudulentas o se establecen plazos de prescripción muy breves<sup>41</sup>. Si bien en la CDN no se alude a esta cuestión, debe tenerse presente que la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas -que ha sido ratificada por la mayoría de los países de la región- exige que se establezcan procedimientos de revisión, revocación o nulidad de adopciones, contemplando específicamente la desaparición forzada como causal de la anulación<sup>42</sup>, considerando el derecho a preservar la identidad, incluyendo a la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

Otra cuestión sobre la que no se observa uniformidad en la región se relaciona con el derecho de los NNYA adoptados a conocer sus orígenes. Si bien la mayoría de los países reconocen este derecho<sup>43</sup>, en algunos casos se imponen restricciones excesivas o incompatibles con la CDN. En Ecuador, por ejemplo, se faculta a la familia consanguínea a prohibir que se informe el origen. En República Dominicana las personas adoptadas solo pueden acceder a esta información al cumplir 18 años y los expedientes se guardan por un plazo de apenas 30 años. Estas limitaciones no son compatibles con la Convención, que en su artículo 7 afirma el derecho los NNYA “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres”<sup>44</sup>. La expresión “en la medida de lo posible” no implica que los Estados puedan limitar este derecho por medio de sus leyes internas, sino que se refiere a las posibilidades materiales de concretar esa identificación<sup>45</sup>. De acuerdo con la Convención, los Estados no pueden impedir a las personas adoptadas acceder a la información que dispongan sobre su origen. Por el contrario, algunos países -como Argentina y Uruguay- fijan por ley el deber de los padres adoptivos de informarles a sus hijos acerca de su origen.

El derecho de las niñas y niños a ser oídos durante el proceso de adopción o a que se exija el consentimiento de los adolescentes para la adopción, en cambio, tiene una recepción más uniforme en la región. Sin embargo, solo los países que han efectuado reformas legales recientemente reconocen a los NNYA formalmente como parte procesal, con todos los derechos que ello implica.

En cuanto a la adopción internacional, en general se la define adecuadamente como subsidiaria de la adopción nacional<sup>46</sup> y no se detectan problemas específicos en este ámbito, a excepción de algunos países puntuales -como República Dominicana-.

***El Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos de Perú (Decreto Legislativo 1297/2016)***

**Esta norma organiza la intervención estatal frente a situaciones de riesgo o desprotección familiar de acuerdo a los siguientes principios:**

- Incorpora una definición clara de riesgo y desprotección familiar lo que permite mejorar la actividad preventiva estatal frente a las situaciones de desatención de los niños, niñas y adolescentes, así como modular la intervención estatal en el entorno familiar.
- Celeridad, idoneidad, especialidad, profesionalización, excepcionalidad y temporalidad de la intervención.
- Promoción de la integración familiar en la familiar de origen, constituyendo el apoyo a esta la medida de protección prioritaria y solo admitiéndose la separación cuando todos los medios posibles para mantener al NNoA en su familia no han surtido efecto o han sido descartados (principio de necesidad).
- Interés superior del niño en sus tres dimensiones (derecho sustantivo, principio de interpretación y norma de procedimiento), estableciéndose expresamente que “en ningún caso su aplicación puede disminuir o restringir los derechos y garantías reconocidos a las niñas, niños y adolescentes” y reconociendo su carácter preferente en caso de conflicto de derechos.
- Subsidiaridad progresiva de la actuación del Estado, debiendo la intervención ser proporcional al grado de riesgo o desprotección familiar en la que se encuentre el NNoA.
- Interculturalidad, reconociendo “las diferentes visiones culturales, concepciones de bienestar y desarrollo de los diversos grupos étnicos-culturales del país al que pertenecen las niñas, niños y adolescentes, para garantizar el ejercicio de sus derechos” y la especial atención que deben recibir los NNYA “pertenecientes a pueblos indígenas u originarios, comunidades campesinas o comunidad nativas, a quienes debe fortalecerse en su identidad étnico-lingüística”.
- Aplicación preferente del acogimiento familiar respecto del acogimiento residencial.
- Preservación de los vínculos fraternos, priorizando la ubicación de grupos de hermanos en una misma familia o centro de acogida.
- Priorización de la adopción nacional por sobre la internacional.

**Del mismo modo, se reconoce expresamente los derechos de los NNYA a:**

- Opinar, ser escuchado y que dicha opinión sea tomada en cuenta en todas las decisiones que se tomen, tanto en la fase administrativa como judicial, en todas sus etapas, teniendo en consideración su madurez y desarrollo, garantizando su intimidad, seguridad, la ausencia de coacción y el uso de métodos acordes a su edad.
- Contar con derecho de defensa y representación legal de sus intereses en el procedimiento de adopción.
- Derecho a conocer y saber sobre sus orígenes en caso de adopción, que puede ser ejercido aún antes de alcanzar la mayoría de edad y sin necesidad de representación legal.
- Derecho a conservar el nombre aun cuando variaran sus apellidos, excepto cuando esto sea contrario a su interés superior.
- Derecho a conservar su nacionalidad y los derechos inherentes a la misma, lo que es especialmente relevante en el caso de adopciones internacionales.
- Derecho de los NNYA con discapacidad a acceder a un apoyo integral de servicios de salud, educación, protección social y vivienda con la finalidad de satisfacer sus necesidades y las de sus familias.



### 3.D. El derecho a la protección contra toda forma de violencia

Este tema fue abordado en dos niveles. El primero y más elemental consiste en la verificación de que la legislación prohíba claramente la imposición de castigos corporales, tratos humillantes o denigrantes en todos los ámbitos. El segundo nivel de análisis implicó revisar la legislación referida a la violencia intrafamiliar y de género, a fin de detectar las previsiones específicas sobre los NNyA.

Solo la mitad de los países de la región prohíben claramente la imposición de castigos corporales en todos los ámbitos -familiar, escolar, instituciones de protección, sistemas de responsabilidad penal y cualquier otro-<sup>47</sup>, aunque en algunos casos no se prevén sanciones o consecuencias específicas ante la violación de esta prohibición. Otros países los prohíben en el ámbito familiar o escolar, pero no han establecido una regla clara sobre otros ámbitos<sup>48</sup>.

En los demás países continúan vigentes fórmulas ambiguas, que aluden a la facultad de los padres de corregir moderadamente a sus hijos<sup>49</sup> o utilizando “medios prudentes de disciplina”<sup>50</sup>. Normalmente, este tipo de expresiones se encuentran en los códigos civiles o de familia, como una de las atribuciones inherentes a la patria potestad. En algunos casos, incluso, estos códigos aún facultan a los padres a solicitar ante un juez la detención de sus hijos, como medida de corrección<sup>51</sup>. Estas disposiciones reflejan una vez más la necesidad de armonizar los códigos civiles o de familia con las leyes de protección de los NNyA y la CDN.

Por otro lado, es claro que la protección contra la violencia, a nivel normativo, no se debe limitar a la prohibición de los castigos corporales, que no alcanza para abordar la violencia que sufren los NNyA de manera más indirecta en el ámbito familiar, especialmente cuando esta se dirige más primordialmente a sus madres. Del mismo modo, el derecho internacional de los derechos humanos reclama una protección específica en relación a la violencia basada en el género. Por ello, en la investigación también se presenta un panorama sobre las disposiciones referidas a los NNyA en las leyes enfocadas en la violencia familiar y de género, así como se registró si la ley reconoce a los NNyA la posibilidad de efectuar denuncias ante las autoridades por sí mismos o bien si se impone el deber de denunciar a las personas que tuvieran conocimiento de hechos de violencia contra NNyA.

Algunos países tienen una legislación muy restringida en el campo de las leyes contra la violencia familiar y la violencia de género, pues abordan exclusivamente la violencia ejercida en el marco de una relación de pareja.

En Costa Rica, por ejemplo, la ley de “Penalización de la violencia contra las mujeres”<sup>52</sup> no contiene mayores medidas de protección para las niñas y adolescentes víctimas de violencia de género, dado que su objeto principal es proteger a las mujeres mayores de edad y solo contempla aplicar sus disposiciones a las adolescentes mayores de quince años siempre que los hechos de violencia no se enmarquen en una relación derivada del ejercicio de autoridad parental. En Honduras, la “Ley contra la Violencia Doméstica”<sup>53</sup> solo aborda la violencia ejercida contra las mujeres en el marco de una relación de pareja, por lo que solo contempla algunas medidas referidas a los NNyA en el caso de que su madre sea víctima de violencia de género, pero no contiene previsiones para los casos en los que aquellos son víctimas directas de violencia intrafamiliar. En Cuba, directamente no existe una ley de violencia contra las mujeres ni una ley de violencia doméstica, aunque es esperable que se avance en ese sentido tras una reforma realizada en 2019 que agregó a la Constitución cláusulas sobre estos temas.

Otros países, en cambio, han avanzado notoriamente en este terreno, incluyendo disposiciones para el ámbito escolar y las instituciones de salud directamente enfocadas en la violencia de género. En Uruguay, por ejemplo, la ley contra la “Violencia hacia las mujeres basada en género”<sup>54</sup> define como uno de sus principios rectores al de interés superior de las niñas y adolescentes y se reconocen derechos específicos a los NNyA que sean víctimas o testigos de actos de violencia, con diversas medidas que procuran evitar su revictimización y ajustar las prácticas del sistema judicial a sus particularidades. Además, otra ley establece un régimen de pensiones para los hijos de las personas fallecidas como consecuencia de hechos de violencia doméstica o de género<sup>55</sup>.

En general, en la región se establece el deber de denunciar los hechos de violencia contra NNyA a cargo de cualquier persona que tenga conocimiento de ellos o en especial de los responsables de instituciones educativas o de salud. Sin embargo, solo algunos códigos o leyes de protección facultan con claridad a los propios NNyA a realizar las denuncias por sí mismos y establecen consecuencias claras para los responsables de este tipo de hechos.

En Bolivia, por ejemplo, cualquier persona que tenga

conocimiento de hechos de violencia contra NNYA está obligada a denunciarlo en un plazo de 24 horas ante las Defensorías de la Niñez y la Adolescencia, la que a su vez debe trasladar la denuncia ante la autoridad judicial competente, que puede imponer sanciones como la prestación de servicios comunitarios, multas o incluso arresto por hasta 24 horas o la suspensión temporal en el cargo o función para los empleados públicos. De esta forma, se instituye un sistema de sanción frente a situaciones de violación de los derechos del NNYA, por fuera del sistema penal, que puede contribuir a prevenir vulneraciones de mayor gravedad.

### ***La promoción del buen trato y la prohibición del castigo físico y la disciplina violenta en Paraguay***

En 2016, en Paraguay se aprobó la ley “De promoción del buen trato, crianza positiva y de protección a NNYA contra el castigo físico o cualquier tipo de violencia como método de corrección o disciplina”, que prohíbe “el castigo físico y los tratos humillantes infligidos a niños, niñas y adolescentes como forma de corrección o disciplina” en todos los ámbitos, pero especialmente se dirige al medio familiar, educativo y a las instituciones de protección de la niñez. La ley también establece responsabilidades en materia de prevención y sanción del castigo físico y los tratos humillantes, incluyendo obligaciones para las instituciones educativas y de salud, así como el deber de denunciar para cualquier persona que tome conocimiento de este tipo de hecho.

### ***La Ley contra la “Violencia hacia las mujeres basada en género” de Uruguay***

Esta ley comprende a las mujeres de todas las edades, así como a los NNYA que son afectados por la violencia ejercida hacia sus madres. Uno de sus principios rectores es el interés superior de las niñas y adolescentes y se reconocen derechos específicos a los NNYA que sean víctimas o testigos de actos de violencia, con diversas medidas que procuran evitar su revictimización y ajustar las prácticas del sistema judicial a sus particularidades. La ley incluye numerosas directrices para combatir los estereotipos y la violencia basada en género en las instituciones educativas, las políticas de la comunicación, los organismos vinculados las políticas de niñez y adolescencia y el sistema sanitario, que comprenden particularmente a los NNYA.

Por ejemplo, se destacan las medidas para asegurar la permanencia en las instituciones escolares de las víctimas de violencia basada en género, que incluyen a los NNYA que deben mudar su residencia por esta clase de hechos y a las adolescentes embarazadas o que son madres.

La ley también dispone que los prestadores de servicios de salud deben garantizar que los NNYA accedan a medidas preventivas y al tratamiento de enfermedades de transmisión sexual, incluyendo “el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, así como a educación y orientación en materia de salud sexual, métodos anticonceptivos sin requerir previa autorización de los representantes legales” y a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones previstas en la ley.

Con esta ley, además, se dispuso la creación de juzgados especializados en violencia basada en género, doméstica y sexual, que absorben tanto los procesos de protección previstos en esta misma norma, como los procesos penales y civiles vinculados.

La ley prevé un catálogo amplio de medidas cautelares, que van desde la prohibición de contacto del agresor con la víctima o sus hijos, o la restitución de éstos, a ordenar a los organismos públicos la prestación de servicios de salud o educativos, entre otros.

Finalmente, esta ley también implicó modificar algunos artículos de los códigos Civil, Penal y Procesal Penal. Entre otros aspectos relevantes, en el ámbito civil se incluyó el haber sido condenado por femicidio y por delitos contra la libertad sexual como causal de pérdida de la patria potestad, en tanto que el mero sometimiento a proceso implica su suspensión y la inhabilitación “para el ejercicio de funciones públicas y privadas en el área educativa, de la salud y todas aquellas que impliquen trato directo con niñas, niños y adolescentes”.

En materia penal, en tanto, se estableció que la prescripción de los delitos contra la libertad sexual de NNYA se suspende hasta que éstos alcancen la mayoría de edad y se modificaron varios aspectos relacionados a la tipificación del abuso sexual -v. gr. se incorporaron agravantes en relación a los NNYA, se tipificó el abuso sexual sin contacto comprendiendo la exhibición sexual de los menores de 18 años, se estableció una presunción de que media violencia en los contactos sexuales si se realizan “con descendiente o persona bajo su cuidado o autoridad menor de dieciocho años de edad” o con una persona menor de 15 años-.



### 3.E. El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata

Esta sección aborda específicamente la protección contra la violencia de carácter sexual. La Convención y el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía exigen una serie de medidas específicas en este ámbito. En consecuencia, la investigación presenta un panorama general de la legislación de cada país sobre los delitos de carácter sexual contra los NNyA, incluyendo la trata de personas con fines de explotación sexual y las formas de abuso sexual más modernas.

Un punto central del estudio se vincula con la delimitación de la edad mínima del consentimiento sexual. Como se refleja en la Tabla 2, la mayor parte de los países de la región estableció esta edad en 14 años. Solamente Argentina, Costa Rica y Uruguay admiten el consentimiento sexual por debajo de esa edad, en tanto El Salvador y México lo elevan a los 15 años. Al respecto, el Comité señaló que “Los Estados partes deben tener en cuenta la necesidad de mantener un equilibrio entre la protección y el desarrollo evolutivo, y que es preciso fijar una edad mínima aceptable para el consentimiento sexual”<sup>56</sup>.

Considerando que la mayoría de los países de la región admiten la responsabilidad penal incluso por debajo de los 14 años, en el informe se analiza con detalle si la legislación criminaliza las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes de similar edad. Al respecto, debe recordarse que el Comité ha dicho que “Los Estados deben evitar que se criminalice a los adolescentes de edades similares por mantener relaciones sexuales objetivamente consensuadas y sin fines de explotación”<sup>57</sup>. Lamentablemente, solo Bolivia, Chile y Costa Rica establecen con claridad que no son punibles los adolescentes por relaciones sexuales consentidas si tienen edades similares<sup>58</sup>.

Por otro lado, se analizaron los tipos penales que abordan las relaciones sexuales entre adolescentes que superan la edad mínima del consentimiento sexual y adultos. En este punto, se notó que estos tipos penales siguen exigiendo medios especiales de comisión de muy difícil acreditación -como que el autor se haya valido de algún ardid o engaño- o remiten a figuras propias de la doctrina de la situación irregular, como la “corrupción de menores”. Estas

figuras normalmente llevan al sistema penal a indagar sobre la experiencia sexual previa de los adolescentes y dejan sin protección a aquellos que la tuvieron.

En algunos países, además, se detectó que algunos delitos de carácter sexual contra NNyA dependen de instancia privada. En Nicaragua, por ejemplo, la acción penal solo procede de oficio si el delito es cometido por los parientes o representantes legales del NNoA o si existe conflicto de interés de éstos con la víctima.

La investigación también relevó las leyes contra la trata de personas, en la búsqueda de un enfoque diferenciado sobre NNyA. Si bien en la última década hubo grandes avances en este punto -con reformas legales sustantivas en Uruguay, El Salvador, Costa Rica, Nicaragua y Honduras- se detectó que en algunos países la tipificación de la trata de personas aún no se adecua a las exigencias del Protocolo de Palermo, en particular respecto a la intrascendencia de los medios empleados para captar a las víctimas o la irrelevancia de su consentimiento<sup>59</sup>. Por ejemplo, en la ley dominicana se exige que haya mediado amenazas, engaño o abuso de poder, entre otros, para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación, y no contiene ninguna disposición que establezca con claridad la irrelevancia del consentimiento de la víctima. Déficits similares se detectaron en las leyes de Panamá, Brasil o Cuba.

La penalización de la explotación sexual comercial de NNyA en el contexto del turismo aún es incipiente en la región. Muy pocos países han sancionado tipos penales específicos referidos a esta cuestión e imponen sanciones penales claras a las empresas involucradas. Ejemplos de tipos penales y leyes de turismo en esa línea pueden encontrarse en Colombia, Guatemala, México, Nicaragua y Perú, países donde además están penalizados los actos sexuales con adolescentes mediante pago, independientemente de su conexión con el turismo. En Panamá, en cambio, la penalización del “turismo sexual” hace referencia a conductas que debieran absorberse en la figura de la trata de personas.

En el mismo sentido, solo algunos países de la región han avanzado en la tipificación de las formas de abuso sexual de NNyA más modernas, como la captación de menores en línea (*grooming*<sup>60</sup>) y otras prácticas vinculadas a la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación. Argentina, Honduras, México, Perú, República Dominicana, Uruguay sancionaron en los últimos años leyes penales en esa línea, aunque la definición de estos delitos



suele presentar muchas diferencias y no siempre es suficientemente clara<sup>61</sup>. Para los demás países de la región sigue siendo una cuenta pendiente penalizar este tipo de conductas. Ambas cuestiones pueden dificultar la extradición de los autores, cuestión especialmente relevante en esta clase de delitos que pueden cometerse desde distintos países.

La penalización de las prácticas asociadas a las imágenes de abuso sexual infantil, en cambio, parece más uniforme y no se han detectado grandes problemas en este ámbito. Solo se registraron algunos déficits importantes en la tipificación de la mera posesión de este tipo de imágenes en la legislación de México y Panamá. Asimismo, en general, es necesario incorporar en los verbos típicos la mera reproducción de este tipo de imágenes, incluso sin que exista posesión o descarga, de modo que no haya vacíos normativos ante los avances en las formas de comunicación digital.

Finalmente, el estudio también relevó cuáles son las edades mínimas para contraer matrimonio en cada país -ver Tabla 2-. En este terreno también

se han hecho avances sustantivos en los últimos cinco años, especialmente en Centroamérica, donde varios países -Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá y México<sup>62</sup>- han prohibido taxativamente el matrimonio por debajo de los 18 años, sin excepciones. En Sudamérica, en cambio, solamente Ecuador prohíbe el matrimonio infantil y aunque otros países -como Argentina, Bolivia o Brasil- realizaron reformas legales sobre esta cuestión en los últimos años lamentablemente continúan admitiéndolo si existe dispensa judicial o permiso de los padres o responsables legales. En definitiva, esta sigue siendo la tendencia predominante en la región, a lo que se agrega que muchos países incluso fijan edades distintas para los hombres y las mujeres.

Debe recordarse que, de acuerdo con la CDN, el matrimonio no debe ser admisible antes de los 18 años, sin excepciones. Además, fijar distintas edades según el género constituye una violación de la prohibición de discriminación, prevista tanto en la CDN como en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>63</sup>.

### **La protección contra la explotación y los abusos sexuales en Guatemala**

En 2009 Guatemala aprobó la “Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas”. Esta ley reconoce al “interés superior del niño o la niña” como uno de sus principios e implicó la adecuación de la legislación de Guatemala al marco normativo internacional en la materia -en particular al “Protocolo de Palermo- basándose en la “Ley modelo contra la trata de personas” propuesta por UNODC.

Con esta ley también se reformó la legislación vinculada a los delitos contra la violencia sexual, al revisarse los bienes jurídicos tutelados, tipificarse nuevas figuras y derogar otras anacrónicas -como la rufianería o la corrupción de menores-. Entre los delitos tipificados o reformados por esta ley se encuentran las actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad, la prohibición de conductas relacionadas con las imágenes de abuso sexual infantil y la utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad. Sin embargo, algunas formas modernas de violencia y explotación sexual de NNyA no fueron tipificadas, tales como el *grooming*, *cyber-bullying* y *la sextorsion*.

Esta ley se complementa con otras normas que inciden en su aplicación efectiva, como la “Ley contra la Delincuencia Organizada” -donde se regulan algunas figuras penales agravadas, así como los métodos especiales de investigación y otras reglas procesales relevantes-, la “Ley contra la corrupción” y la “Ley Alba Keneth”, por la que se creó un sistema de alerta temprana para la localización y el resguardo inmediato de NNyA sustraídos o desaparecidos.



### ***Ley “Para la prevención y el combate de la Trata de Personas” de Uruguay (Ley 19.643/2018)***

Esta norma se remite a la CDN y a su Protocolo Facultativo 2º, entre otros tratados de derechos humanos, para su interpretación e integración y otorga una especial protección a los NNYA. Así, reconoce el interés superior del niño como uno de sus principios rectores y establece que “Las intervenciones para la prevención y el combate a la trata de personas deben garantizar que niñas, niños y adolescentes sean reconocidos como sujetos plenos de derechos, debiendo considerar sus necesidades específicas de acuerdo a la etapa de crecimiento que transcurran y escucharles a través de profesionales especializados”.

Es notorio que se realizó un esfuerzo en la redacción de ley para contener la mayor cantidad de casos o situaciones posibles. Así, se definió a la trata con suficiente amplitud, de modo que comprende una pluralidad de conductas realizadas con fines de explotación -aunque mediar el consentimiento de las víctimas-, sin requerir una finalidad específica. De este modo, se indica a título ejemplificativo que la ley comprende especialmente tanto la trata con fines de explotación sexual como laboral, el matrimonio forzado o la venta de personas, pero la definición queda abierta a cualquier forma de explotación.

Del mismo modo, la ley también es amplia al definir a las víctimas, reconociendo este carácter a los NNYA no solo cuando sufren la trata de modo directo sino también cuando quien la sufre es la persona que está a cargo de ellos. Por esta vía, todos los derechos y garantías que amparan a las víctimas de la trata en general también tutelan a los NNYA si sus padres son los damnificados directos. Además, la ley prevé algunos derechos específicos, tales como el de ser informados en los procesos judiciales o administrativos por su Defensor “sobre el estado y alcance de las actuaciones, los plazos y las resoluciones en la causa, en forma accesible a su edad, teniendo en cuenta su madurez y grado de autonomía” y que “Se evite al máximo posible su concurrencia a la sede judicial, fiscal o policial”, aclarándose que en caso de ser necesario obtener su testimonio se realice a través de personal especializado y en lugares adecuados .

En esta ley también se ha procurado garantizar el derecho a la educación de las víctimas. Así, expresamente establece que los NNYA tienen “derecho a integrarse de inmediato a la educación formal, aun cuando se encontraran fuera del período formal de inscripción o ingreso”.

Asimismo, entre otras reformas al Código Penal, esta ley introdujo dos nuevas figuras delictivas: la unión matrimonial o concubinaria forzada -con un agravante para los casos en que las víctimas sean NNoA- y la apropiación de NNoA para fines de adopción.

### **3.F. El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil**

La investigación se centró en tres aspectos neurálgicos de este derecho: la edad mínima de admisión al empleo, la prohibición del trabajo insalubre, peligroso y nocturno y la regulación del trabajo doméstico, el trabajo rural y el trabajo familiar en relación a los NNYA.

Además, la protección contra la explotación económica también es materia de la legislación sobre trata de personas, por lo que las consideraciones realizadas en el apartado anterior deben tenerse presentes al analizar este tema.

#### ***- La edad mínima de admisión al empleo***

Si bien la Convención no establece una edad mínima determinada para la admisión al trabajo, dispone que los Estados deberán establecerla “teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales”<sup>64</sup>. El Comité de los Derechos del Niño ha interpretado esa cláusula como una clara referencia a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, en especial al “Convenio sobre la edad mínima”<sup>65</sup> que exige que esta no sea inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a los 15 años, aunque admite excepcionalmente que sea de 14 años en los países con economías y sistemas educativos insuficientemente desarrollados. A su vez, el Convenio 138 se complementa con la Recomendación 146 de la OIT -que insta a los Estados

a tomar medidas progresivas para elevar la edad mínima a 16 años y medidas urgentes para elevarla a 15 años en el caso de que hubieran fijado una edad inferior-, así como con convenios específicos referidos a NNyA<sup>66</sup>. En consecuencia, desde sus primeras observaciones finales, el Comité de los Derechos del Niño ha reclamado a varios Estados que armonicen la edad mínima para trabajar con la que rige para la enseñanza obligatoria<sup>67</sup>.

Como puede observarse en la Tabla 2, esa armonía no ha sido alcanzada en la región. En general la educación es obligatoria hasta la etapa media o secundaria -que típicamente concluye a los 17 o 18 años-, mientras que el empleo es admisible por debajo de esa edad en todos los países<sup>68</sup>. Además, principalmente en Centroamérica, varios países admiten el empleo desde los 14 años<sup>69</sup>. Aunque es habitual que la legislación requiera un permiso de las autoridades laborales o de los organismos de protección de NNyA, estas edades mínimas de admisión al empleo resultan excesivamente bajas y al menos legislativamente no se presentan justificadas en la excepcionalidad y temporalidad prevista en el Convenio 138 de la OIT.

Los casos de Bolivia y Perú son especialmente preocupantes. En Bolivia se admite excepcionalmente el trabajo desde los 10 años, si media un permiso de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia<sup>70</sup>, mientras que en Perú la edad mínima es de 12 años. Estas edades mínimas son incompatibles con el marco jurídico internacional y no pueden tolerarse, ni siquiera alegando los límites de duración de la jornada laboral ni otras regulaciones protectorias que contienen los Códigos de NNyA de ambos países.

Por otro lado, la Convención no solo impone a los Estados el deber de fijar una edad mínima de admisión al empleo, sino que también los urge a disponer horarios y condiciones de trabajo apropiadas a su condición de personas en desarrollo, así como establecer penalidades por el incumplimiento de estas obligaciones por parte de los empleadores<sup>71</sup>. A su vez, los Estados también deben “adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar”<sup>72</sup>. Esto ha llevado a interpretar que el trabajo adolescente, cuando es admisible legalmente, debe ser conciliado con el derecho a la educación, fomentando la asistencia a la escuela y fijando una jornada de trabajo más reducida que la aplicable a los trabajadores adultos.

La legislación de algunos países incumple esta obligación. En Brasil, por ejemplo, la jornada de trabajo

de los adolescentes es la misma que para los adultos y apenas se establece como medida de protección específica la prohibición de establecer horas extra y un descanso mínimo de 11 horas entre cada jornada<sup>73</sup>. En El Salvador, donde se admite el empleo desde los 14 años, la jornada reducida solo aplica para los menores de 16 años.

En otros países, en cambio, aún a pesar de fijar edades muy bajas de admisión al empleo, hay una mayor adecuación a la obligación de establecer regímenes laborales diferenciados. En Panamá, es en la propia Constitución de la República donde se limita la jornada máxima de trabajo de los adolescentes a seis horas<sup>74</sup>-. En México, la Constitución prohíbe expresamente el trabajo de menores de quince años, y establece que los mayores de 15 y menores de 16 tendrán como jornada máxima la de seis horas<sup>75</sup>. Asimismo, se prevé que los menores de 16 años no podrán realizar horas extra<sup>76</sup>. En Costa Rica, donde también rige una jornada máxima de 6 horas, el Código de Niñez y Adolescencia obliga a los empleadores que contraten adolescentes “a concederles las facilidades que compatibilicen su trabajo con la asistencia regular al centro educativo”<sup>77</sup> y una fórmula muy similar puede encontrarse en los Códigos de República Dominicana y Nicaragua, entre otros. De todos modos, esto parece más una fórmula de compromiso que un derecho reconocido a los NNyA, como sería prever en la ley un mínimo de días libres por razones de estudio o el otorgamiento obligatorio de vacaciones durante el receso escolar.

### **- La prohibición del trabajo insalubre, peligroso y nocturno**

La Convención y el Convenio 138 de la OIT establecen con claridad que por regla general el trabajo riesgoso no puede ser admisible por debajo de los 18 años, salvo que se den los supuestos excepcionales previstos en el mencionado Convenio que podrían habilitarlo desde los 16 años<sup>78</sup>.

Además, son fundamentales los Convenios de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil (nro. 182)<sup>79</sup> y sobre el trabajo nocturno industrial (nro. 79) y no industrial (nro. 90, revisado)<sup>80</sup>. Mientras el primero fue ratificado por todos los países de la región, lamentablemente menos de la mitad de los países ratificaron los referidos al trabajo nocturno. La Tabla siguiente presenta el estado de ratificación de estos convenios por país.





**Tabla 3. Ratificaciones de convenios de la OIT relativos a NNyA**

Convenio	79 sobre el trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales)	90 (revisado) sobre el trabajo nocturno de los menores (industria)	138 sobre la edad mínima	182 sobre las peores formas de trabajo infantil	189 sobre trabajo doméstico
Argentina	1955	1956	1996	2001	2014
Bolivia	Sin ratificar	1973	1997	2003	2013
Brasil	Sin ratificar	Sin ratificar	2001	2000	2018
Chile	Sin ratificar	Sin ratificar	1999	2000	2015
Colombia	Sin ratificar	Sin ratificar	2001	2005	2014
Costa Rica	Sin ratificar	1960	1976	2001	2014
Cuba	1954	1952	1975	2015	No
Ecuador	Sin ratificar	Sin ratificar	2000	2000	2013
El Salvador	Sin ratificar	Sin ratificar	1996	2000	No
Guatemala	1952	1953	1990	2001	No
Honduras	Sin ratificar	Sin ratificar	1980	2001	No
México	Sin ratificar	1956	2015	2000	No
Nicaragua	Sin ratificar	Sin ratificar	1981	2000	2013
Panamá	Sin ratificar	Sin ratificar	2000	2000	2015
Paraguay	1966	1966	2004	2001	2013
Perú	Sin ratificar	1962	2002	2002	2018 (entrará en vigor el 26/11/2019)
República Dominicana	1953	1957	1999	2000	2015
Uruguay	1954	1954	1977	2001	2012
Venezuela	Sin ratificar	Sin ratificar	1987	2005	No

De todas maneras, salvo algunas excepciones, la región no presenta problemas normativos significativos en este campo.

En Perú, por ejemplo, el Código de los Niños y Adolescentes autoriza la realización de ciertas actividades (labores agrícolas no industriales, labores industriales, comerciales o mineras, y pesca industrial) que luego fueron incluidas como trabajos peligrosos en un Decreto del Poder Ejecutivo. Asimismo, existen actividades peligrosas omitidas (p. ej. al cuidado y protección de vehículos motorizados) y en ciertos casos hay poca claridad respecto de las prohibiciones, pues debe acudir a diferentes normas para poder determinar su peligrosidad (p.ej. levantamiento y traslado manual de carga que exceda los límites permitidos).

Esto último es muy común en la región. Códigos como el de Nicaragua o Guatemala prohíben el trabajo insalubre y nocturno de todas las personas menores de 18 años, pero su delimitación es algo imprecisa y debe ser complementada con la normativa del sector.

En algunos pocos casos, los problemas son más serios. En Honduras, por ejemplo, el Código de Trabajo permite el empleo de adolescentes desde los 16 años a bordo de barcos y en actividades relacionadas con la distribución de pornografía.

### **- La regulación del trabajo doméstico, el trabajo rural y el trabajo familiar**

El estudio también indagó sobre la regulación de estos tres tipos de actividades laborales donde el trabajo infantil y adolescente se presenta como más habitual que en otras ramas.

A la fecha de este informe, trece países ya habían ratificado el "Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores

domésticos” de la OIT, adoptado en 2011<sup>81</sup>. Este Convenio dispone que el trabajo doméstico debe respetar la edad mínima general de admisión al empleo y además los Estados deberán asegurar que los adolescentes que desarrollen estas tareas no sean privados de la escolaridad obligatoria ni comprometan sus oportunidades para acceder a la enseñanza superior o a una formación profesional. El Comité, por su parte, recientemente ha avanzado de modo muy decidido sobre el empleo doméstico, reclamando a algunos estados que se lo catalogue como un trabajo peligroso y prohibido para todas las personas menores de 18 años<sup>82</sup>.

Sin embargo, la mayor parte de los países de la región aún no ha adoptado un enfoque diferenciado sobre el trabajo doméstico de los NNyA. En algunos casos, incluso, el trabajo doméstico goza aún de menos protección que el régimen de empleo general, pues suele estar excluido de la legislación general laboral. En Guatemala, por ejemplo, el trabajo doméstico es admisible desde los 14 años, sin limitaciones horarias ni de jornada. En Nicaragua, una confusa redacción del Código de Trabajo tácitamente avala el trabajo doméstico adolescente e incluso de niñas y niños.

En República Dominicana, el trabajo doméstico no está comprendido dentro de la prohibición de trabajo nocturno y en Panamá se lo admite desde los 12 años.

Como ejemplos de países que han avanzado en una mayor protección se destaca el caso de Costa Rica, que lo prohíbe cuando implique que la persona adolescente duerma en su lugar de trabajo o consista en el cuidado de niños o personas mayores o con discapacidad o implique labores de vigilancia. De la misma manera, en Argentina también se lo prohíbe cuando sea sin retiro o la persona adolescente no haya completado su instrucción obligatoria -salvo que el empleador se haga cargo de que la finalice-. Indudablemente, el mayor avance se da en Brasil, donde desde 2015 el trabajo doméstico está prohibido para todas las personas menores de 18 años.

En cuanto al trabajo rural, es pertinente recordar que el Convenio 138 exige que el trabajo agrícola comercial no sea exceptuado de las obligaciones que allí se imponen<sup>83</sup>. No obstante, son muchos los países que fijan una edad mínima de admisión al empleo inferior para el trabajo rural o reconocen menos derechos a los trabajadores adolescentes. Guatemala y Panamá, por

### **La protección contra la explotación económica y el trabajo infantil en El Salvador**

La Constitución de El Salvador fija la edad mínima de admisión al empleo en 14 años, pero también prohíbe el trabajo de aquellos que siguen en edad de escolarización obligatoria, la que debe fijarse por ley. También se establece constitucionalmente la limitación de la jornada de trabajo para los menores de 16 años y se prohíbe el trabajo insalubre o peligroso, así como el trabajo nocturno, para todas las personas menores de 18 años.

De forma coincidente con el texto constitucional, la “Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia” (LEPINA) aborda con mayor detalle estas cuestiones en un capítulo específico. Allí se limita la jornada de trabajo a 6 horas diarias y 34 semanales y se prohíbe el trabajo doméstico de los menores 16 años. También se establece una presunción contractual y probatoria en favor de los adolescentes, entre otras previsiones especiales.

El trabajo nocturno y peligroso está definido en el Código de Trabajo, a diferencia de otros países de la región que dejan esta cuestión librada a diversas resoluciones administrativas. Además, allí se especifica que “El trabajo en bares, cantinas, salas de billar y otros establecimientos semejantes, se considera labor peligrosa para los menores de dieciocho años”.

Asimismo, la “Ley Especial contra la Trata de Personas” cuenta con un enfoque diferencial sobre la niñez y adolescencia. Esta ley comprende diversas formas de explotación laboral como la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzado y la explotación de la mendicidad e incluye en el concepto de “explotación humana” a otras prácticas como el embarazo y matrimonio forzado, la adopción fraudulenta, la utilización de personas en la experimentación clínica o farmacológica y la “utilización de niñas, niños o adolescentes en actividades criminales”. Vale la pena destacar este último elemento, pues en la legislación comparada de la región usualmente no integra la definición de la trata de personas, a pesar de estar previsto en el Convenio sobre las peores formas del trabajo infantil y la expresa recomendación de la Ley Modelo contra la Trata de Personas de UNODC.



ejemplo, admiten el trabajo agrícola desde los 12 años y Honduras no fija un límite claro. En Brasil no solo se fija una edad inferior a la que rige para las demás actividades, sino que se establece un salario mínimo de la mitad del valor que perciben los adultos.

Otros países debilitan el marco normativo de protección en relación al trabajo familiar. Por ejemplo, en México, donde la legislación laboral federal es muy específica respecto al trabajo infantil, apenas se impone un genérico deber de respetar los derechos humanos para los familiares o tutores de los NNYA en caso de trabajo familiar. La legislación de Brasil también exceptúa expresamente de todas sus previsiones protectorias sobre NNYA al trabajo familiar, salvo en lo referido al trabajo nocturno y peligroso.

### 3.G. El derecho a la salud

El artículo 24 de la Convención establece que “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”<sup>84</sup> y brinda una lista no exhaustiva de las medidas que los Estados deben tomar para lograr la plena aplicación de este derecho.

Es claro que este derecho no se reduce a lo enunciado en el artículo 24, sino que se interconecta profundamente con los demás derechos previstos en la Convención, como el derecho a ser oído, a la información, a la educación, a la no discriminación, entre tantos otros. El Comité de los Derechos del Niño se ha ocupado detenidamente de las distintas implicancias del derecho a la salud en varias de sus observaciones generales<sup>85</sup> y dedicó específicamente una de ellas al alcance del artículo 24<sup>86</sup>.

Siguiendo los criterios fijados en esas observaciones generales, la investigación se centró en dos aspectos netamente normativos: el derecho a acceder a la información relativa a la salud de forma confidencial y autónoma y el derecho a ser oídos y a decidir sobre los tratamientos médicos, de acuerdo al principio de autonomía progresiva. Si bien estas cuestiones están íntimamente ligadas, requieren cada una un abordaje específico e independiente.

Bajo el paradigma de la Convención, el derecho de los NNYA a recibir asesoramiento sin el consentimiento de sus padres no debe tener un límite de edad y no tiene relación con la edad en que puede autónomamente decidir sobre un tratamiento médico<sup>87</sup>. Así, se ha

remarcado que es un derecho fundamental “cuando sus opiniones y/o intereses difieren de los de sus padres, o incluso se oponen a ellos: por ejemplo, en casos de malos tratos o descuido por parte de los padres u otros miembros de la familia”<sup>88</sup>. En su Observación General nº 15, el Comité indica con toda claridad que “De conformidad con la evolución de sus capacidades, los niños deben tener acceso a terapia y asesoramiento confidenciales, sin necesidad del consentimiento de sus padres o su custodio legal cuando los profesionales que examinen el caso determinen que ello redunde en el interés superior del niño”<sup>89</sup>.

En cambio, la cuestión referida a la delimitación de la madurez de los NNYA para brindar su consentimiento para un tratamiento médico es un asunto más problemático, pero debe guiarse por los principios de autonomía progresiva y del interés superior del niño, que reclaman que al menos se tenga en cuenta su opinión<sup>90</sup>. Al respecto, recientemente el Comité ha señalado sin ambages que “Las intervenciones y los tratamientos médicos deben contar con el consentimiento voluntario e informado del adolescente, con independencia de que se exija o no también el de un progenitor o representante legal”<sup>91</sup>.

En general, los códigos o leyes de protección integral de la región no abordan esta cuestión y se limitan a enunciar el derecho de los NNYA a la salud sin dotarlo de mayor especificidad en estos aspectos. A su vez, las leyes de los derechos de los pacientes o usuarios del sistema de salud -que solo han sancionado aproximadamente la mitad de los países- muy excepcionalmente se ocupan de los derechos de los NNYA.

Salvo casos como los de Argentina y Uruguay, donde la legislación sigue los lineamientos del Comité, en general estas leyes abordan la situación de los NNYA en un asunto exclusivo: la realización de tratamientos médicos urgentes, supuesto en el cual usualmente se autoriza a realizar las intervenciones sin permiso de los padres o representantes legales. Esta regla, combinada con el sistema de la incapacidad civil total o relativa que aún prevalece en la legislación civil, implica que no se reconocen los derechos específicos de los NNYA en este ámbito.

En algunos países este desconocimiento de los derechos de los NNYA tiene cierta mitigación en relación a la salud sexual y reproductiva. En Chile, por ejemplo, donde la denominada ley de “Derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud” desconoce

los derechos de los NNyA, otra ley exclusivamente destinada a salud sexual y reproductiva aborda su derecho a recibir información y asesoramiento médico en este ámbito, así como a acceder a métodos anticonceptivos. En el mismo sentido, en Ecuador entre los pocos artículos de la Ley Orgánica de Salud que se refieren a los adolescentes se encuentran los referidos a la salud sexual y reproductiva. En México, la Ley General de Derechos de NNyA se detiene especialmente en esta cuestión y afirma, entre otras obligaciones, que el Estado debe proporcionar asesoría y orientación sobre salud sexual y reproductiva a los NNyA. De todas maneras, tanto en estos países como a nivel regional hay una gran cuenta pendiente en este campo, y solo en contadas excepciones -como Argentina o Uruguay- hay un marco normativo dirigido a garantizar el derecho a la educación sexual integral.

En este terreno, la investigación también relevó la legislación sobre los embarazos forzados de niñas y adolescentes<sup>92</sup>. Distintos órganos y mecanismos del sistema universal de derechos humanos han calificado a los embarazos forzados como un acto de tortura y malos tratos<sup>93</sup>. En esta línea, en las observaciones finales a los Estados que el Comité de los Derechos del Niño ha hecho en la última década sobre los países de la región, sistemáticamente ha cuestionado la legislación restrictiva en materia de interrupción de embarazos no deseados, especialmente derivados de abusos sexuales, así como la falta de provisión de servicios post-abortivos adecuados. En consecuencia, el Comité reiteradamente ha recomendado la despenalización del aborto y ha reclamado que las opiniones de las niñas y adolescentes se escuchen y se tengan siempre en cuenta en las decisiones relativas al mismo<sup>94</sup>.

En la región predomina claramente la criminalización del aborto. Cuatro países no lo admiten en ningún caso<sup>95</sup> y otros trece solo lo despenalizan si el embarazo implica de riesgo de vida para la mujer gestante y,

en algunos casos, para el feto o en caso de que sea producto de una violación (aborto con causales<sup>96</sup>).

Entre estos países, solamente Chile prevé claramente un procedimiento diferenciado para la práctica del aborto sobre niñas y adolescentes<sup>97</sup>. Allí, en el caso de las adolescentes de entre 14 y 18 años, basta con su solicitud -siempre que se trate de una de las causales admitidas- para practicar la interrupción del embarazo<sup>98</sup>. En cambio, en el caso de las niñas menores de 14 años, además de su voluntad, debe requerirse la conformidad de su representante legal<sup>99</sup>.

Además, en todos los casos de personas menores de 18 años en los que la interrupción del embarazo se practique por tratarse de una violación, las autoridades de los establecimientos hospitalarios deben efectuar la denuncia ante la fiscalía e informar de la situación al Servicio Nacional del Menores. En cuanto a los servicios de atención post aborto, la ley chilena establece que la mujer tendrá derecho a contar con un programa de acompañamiento, que debe incluir acciones de acogida y apoyo biopsicosocial.

Solamente Uruguay y Cuba admiten la interrupción voluntaria del embarazo sin causales, si se practica durante las doce primeras semanas de gestación. Mientras en Uruguay debe concurrir el consentimiento de las niñas o adolescentes y de sus padres (u otros referentes adultos de su confianza<sup>100</sup>), en Cuba solo es exigible el consentimiento de las niñas y adolescentes sobre quienes se practica, debiendo informarse al menos a uno de sus padres o representantes legales, excepto cuando aquellas aleguen que esto les provocará un conflicto grave, especialmente si implica peligro de violencia intrafamiliar.

*La mayoría de los códigos civiles o de familia de la región aún definen a los menores de 12 o 13 años como “incapaces absolutos” y a los mayores de esa edad, pero menores de 18, como incapaces relativos. Significa que no se les reconoce la capacidad de realizar actos por sí mismos, limitando su derecho a la autonomía progresiva y a ser oídos, entre otros.*



### **La autonomía de las y los adolescentes con relación a su salud en Argentina**

En 2014 se aprobó el “Código Civil y Comercial de la Nación”, que reemplazó a los códigos decimonónicos que regían estas materias. El nuevo Código fue elaborado procurando armonizar la legislación civil con los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente con la Convención sobre los Derechos del Niño. En el nuevo Código se abandonó el sistema de la incapacidad civil absoluta y relativa de los NNYA y se les reconoce capacidad jurídica para ejercer por sí mismos los actos permitidos por el ordenamiento jurídico, según su edad y madurez.

En relación al derecho a la salud, se presume que los adolescentes de entre 13 y 16 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”, en tanto que si es un tratamiento que reúne esas características el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores. En caso de conflicto entre ellos, el Código establece que se debe resolver teniendo en cuenta el interés superior del NNYA y sobre la base de la opinión médica.

A partir de los 16 años “el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”. (Art. 26 Código Civil y Comercial de la Nación).

### **El derecho a la salud sexual y reproductiva en Uruguay**

La “Ley de Defensa del derecho a la salud sexual y reproductiva” (nro. 18.426/2008) definió como objetivos de las políticas y programas de salud sexual y reproductiva, entre otros, a la difusión y protección de los derechos de NNYA y a la capacitación de los docentes de los ciclos primario, secundario y terciario.

Esta ley introdujo un artículo en el Código de la Niñez y la Adolescencia referido a este derecho, respetando la confidencialidad de las consultas médicas y el principio de autonomía progresiva.

**“Artículo 11 bis. (Información y acceso a los servicios de salud).- Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a la información y acceso a los servicios de salud, inclusive los referidos a la salud sexual y reproductiva, debiendo los profesionales actuantes respetar la confidencialidad de la consulta y ofrecerle las mejores formas de atención y tratamiento cuando corresponda.**

*De acuerdo a la edad del niño, niña o adolescente se propenderá a que las decisiones sobre métodos de prevención de la salud sexual u otros tratamientos médicos que pudieran corresponder, se adopten en concurrencia con sus padres u otros referentes adultos de su confianza, debiendo respetarse en todo caso la autonomía progresiva de los adolescentes.*

*En caso de existir riesgo grave para la salud del niño, niña o adolescente y no pudiera llegarse a un acuerdo con éste o con sus padres o responsables del mismo en cuanto al tratamiento a seguir, el profesional podrá solicitar el aval del Juez competente en materia de derechos vulnerados o amenazados de niños, niñas y adolescentes, quien a tales efectos deberá recabar la opinión del niño, niña o adolescente, siempre que sea posible”.*

En 2012, Uruguay despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo (Ley 18.987/2012), que puede practicarse libremente en las primeras 12 semanas de gestación -luego, solo procede en ciertos casos: violación (hasta las 14 semanas de gestación), grave riesgo de salud para la mujer o cuando se verifique un proceso patológico, que provoque malformaciones incompatibles con la vida extrauterina-. Para la práctica del aborto en niñas y adolescentes, debe concurrir el consentimiento de ellas y de sus padres (u otros referentes adultos de su confianza). En caso de que éstos nieguen el asentimiento, o fuera imposible obtenerlo, las adolescentes pueden solicitar una autorización judicial. El juez competente debe resolver en 3 días, luego de oír a la adolescente y al Ministerio Público, en un procedimiento verbal y gratuito.



### 3.H. El derecho a la educación

El artículo 28 de la Convención consagra el derecho de los NNyA a la educación. El artículo 29, en tanto, fija los objetivos con los cuales los Estados deben realizar este derecho. Pero es claro que el derecho a la educación no se agota en la letra de estos dos artículos. Son muchos los tratados internacionales, las declaraciones y los principios del derecho internacional de los derechos humanos que se refieren a la educación y contribuyen a nutrirlo como derecho. A su vez, otras disposiciones de la Convención tienen directa implicancia. Por ello, se ha dicho que esta “refuerza y amplía todavía más el concepto del derecho a la educación, en particular mediante la obligación de tener en cuenta en su aplicación los cuatro principios fundamentales de la Convención. La no discriminación; el interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño en el mayor grado posible; y el derecho del niño a expresar sus opiniones acerca de todas las cuestiones que le afectan y a que se dé la debida importancia a sus opiniones en función de su edad y madurez”<sup>101</sup>.

Siguiendo esos principios, y nutriéndolos muy especialmente del marco de análisis y de reforma legislativa que UNICEF y UNESCO propusieron en su informe “Un enfoque de la educación basado en los derechos humanos”<sup>102</sup>, la investigación se centró en relevar la legislación referida a la educación sobre: la gratuidad y obligatoriedad de la educación; los objetivos de la educación; la participación de los NNyA en la gestión educativa y su derecho a asociarse; la educación intercultural o etnoeducación; las normas relativas a la educación inclusiva y los derechos de los NNyA con discapacidad. Además, se relevaron las normas vinculadas a la educación sexual integral y la protección contra la violencia, aunque normalmente esto puede leerse en las secciones referidas a este último derecho y al derecho a la salud.

#### **- La gratuidad y obligatoriedad de la educación. La promoción del acceso y la continuidad en el sistema educativo**

La Convención solo exige la gratuidad y obligatoriedad para la enseñanza primaria, en tanto que reclama que los Estados fomenten la enseñanza secundaria. Felizmente, en la región se han superado holgadamente estas exigencias. Ya hace algunas décadas muchos países latinoamericanos habían extendido la obligatoriedad y gratuidad a la enseñanza

secundaria. En los últimos años, la mayor parte de ellos incluyó al menos algunos años del ciclo inicial como obligatorio y gratuitos<sup>103</sup>. Solamente Colombia, Cuba y Panamá no han definido como obligatorios a estos tres ciclos<sup>104</sup>.

Algunos países, además, llevaron esta extensión a la Constitución. En Brasil, por ejemplo, una enmienda constitucional realizada en 2009 determinó que la educación básica es obligatoria y gratuita desde los 4 (cuatro) hasta los 17 (diecisiete) años de edad. En Chile, tras dos reformas efectuadas en 2003 y 2013, la Constitución establece que la educación es obligatoria y gratuita desde el llamado “segundo nivel de transición” -que se inicia a los 5 años y es previo a la educación básica- hasta el nivel medio<sup>105</sup>, que típicamente finaliza a los 17 o 18 años. Reformas similares se hicieron a las constituciones de Venezuela (1999), Honduras (2011) y México (2011).

Costa Rica fue aún más lejos, pues no solo fijó en la Constitución la obligatoriedad y gratuidad de estos niveles educativos<sup>106</sup>, sino que incluyó una cláusula que dispone que el gasto público en educación no puede ser inferior al 8% del PBI del país<sup>107</sup>, en tanto que se impone proveer alimentos y vestimenta a los estudiantes indigentes<sup>108</sup>.

En este sentido, algunas constituciones, códigos o leyes de protección, o leyes generales de educación, prevén medidas dirigidas a favorecer el acceso y la permanencia en el sistema educativo, especialmente por razones económicas y medios indirectos de vulnerar la gratuidad. Así, en Bolivia, la Constitución reformada en 2009 afirma que “El Estado apoyará con prioridad a los estudiantes con menos posibilidades económicas para que accedan a los diferentes niveles del sistema educativo, mediante recursos económicos, programas de alimentación, vestimenta, transporte, material escolar; y en áreas dispersas, con residencias estudiantiles”<sup>109</sup>. En El Salvador, la Ley General de Educación prohíbe a los centros educativos estatales impedir el acceso “por no pagar contribuciones económicas o por no usar el uniforme”<sup>110</sup> o “imponer a los alumnos la obligación de adquirir en la tienda escolar o en determinado negocio particular, los libros, útiles, vestuario y demás artículos y enseres”<sup>111</sup>, obligación que también comprende a los colegios privados.

En México, la Ley General de Educación también refuerza el carácter gratuito al prohibir expresamente “el pago de cualquier contraprestación que impida o condicione la prestación del servicio educativo a los educandos”<sup>112</sup> y establece que “en ningún caso



se podrá condicionar la inscripción, el acceso a la escuela, la aplicación de evaluaciones o exámenes, la entrega de documentación a los educandos o afectar en cualquier sentido la igualdad en el trato a los alumnos, al pago de contraprestación alguna”<sup>113</sup>. A ello se agrega un capítulo destinado a “la equidad en la educación”<sup>114</sup>, donde se detallan las actividades que las autoridades deberán llevar a cabo en miras a permitir el derecho a la educación de “quienes pertenezcan a grupos y regiones de mayor rezago educativo, dispersos o que enfrentan situaciones de vulnerabilidad por circunstancias específicas de carácter socioeconómico, física, mental, de identidad cultural, origen étnico o nacional, situación migratoria o bien, relacionadas con aspectos de género, preferencia sexual, creencias religiosas o prácticas culturales”<sup>115</sup>.

En República Dominicana, varios artículos del Código de NNyA indican derechos y medidas para garantizar la continuidad educativa, como la prohibición de excluir a los NNyA de la escuela alegando razones como “la ausencia de los padres, representantes o responsables, la carencia de documentos de identidad o recursos económicos o cualquier otra causa que vulnere sus derechos”<sup>116</sup> o el deber de los directores de los centros educativos de comunicarse con el organismo de protección de la niñez ante dos ausencias consecutivas o la deserción del centro educativo por parte de un/a estudiante<sup>117</sup>. Disposiciones similares pueden encontrarse en los códigos de NNyA de otros países, como Ecuador o Colombia, entre otros.

A pesar de los grandes progresos realizados en los últimos años, el marco normativo regional sobre la obligatoriedad y gratuidad de la educación todavía puede mejorarse, especialmente en dos aspectos.

Por un lado, en general no se detectaron leyes que aborden la situación de los NNyA que no pueden acceder o mantenerse en el sistema educativo por dificultades para afrontar los gastos vinculados al estudio, tales como la compra de útiles, libros, transporte y alimentación. Salvo contadas excepciones -como la ya señalada legislación de Bolivia- este tema no es asumido por las leyes de protección o de educación. Aunque algunos países desarrollan políticas sociales específicas para abordar esta cuestión, es indispensable que el marco normativo afirme con claridad el derecho de los NNyA a contar con asistencia económica estatal para acceder a la educación en estos casos.

Por otro lado, la situación de las niñas y adolescentes embarazadas o que son madres tampoco tiene

suficiente atención en las leyes de educación o códigos de NNyA de la región. En general, los códigos o leyes de protección que abordan su situación se limitan a prohibir sanciones o expulsiones a causa de la gravedad (v. gr. Costa Rica, Bolivia, Argentina). Aunque esta regla es muy importante, y no todos los países la han previsto, parece ser insuficiente para atender esta cuestión. Solo algunos pocos países prevén legislativamente algunas medidas para promover la continuidad de estas niñas y adolescentes en el sistema educativo. En Uruguay, por ejemplo, la Ley General de Educación prevé medidas de apoyo para ellas y específica que no se les puede dar por perdido el año escolar por inasistencias vinculadas al pre o post parto. En El Salvador, en 2011 se efectuó una reforma en el mismo sentido a la Ley General de Educación y se impuso al Ministerio de Educación el deber de impulsar medidas para la equidad de género.

### - Los objetivos de la educación

En este terreno también se registran importantes progresos en algunos países. Un ejemplo notorio es Ecuador, donde la Constitución incluye entre los fines de la educación a la promoción de la interculturalidad, la convivencia pacífica y la educación sexual y ambiental, entre otros.

En Costa Rica, el Código de Niñez y Adolescencia define que el propósito de la educación está dirigido “al ejercicio pleno de la ciudadanía y (...) el respeto por los derechos humanos, los valores culturales propios y el cuidado del ambiente natural, en un marco de paz y solidaridad”<sup>118</sup>. En El Salvador, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA) presenta una definición más acabada y completa de los objetivos de la educación, indicando que “deberá orientarse al pleno ejercicio de la ciudadanía, el respeto de los Derechos Humanos, la equidad de género, el fomento de valores, el respeto de la identidad cultural propia, la paz, la democracia, la solidaridad, la corresponsabilidad familiar y la protección del medio ambiente”<sup>119</sup>.

En otros casos más excepcionales, los objetivos de la educación se actualizaron o se integran con leyes específicas dirigidas a tratar temas como la violencia de género. En Uruguay, por ejemplo, una ley que aborda este tema dispone incorporar a los contenidos curriculares “la perspectiva de género, el respeto y la libertad en las relaciones interpersonales, el derecho humano a la vida libre de violencia, la igualdad entre hombres y mujeres, la democratización

de las relaciones familiares y la deslegitimación de los modelos violentos”.<sup>120</sup> En la misma dirección, en 2015 se aprobó en Argentina la ley de “Educación en Igualdad”<sup>121</sup>, que aborda la prevención de la Violencia de Género, aunque se reduce a imponer la realización de al menos una jornada sobre este tema durante cada ciclo lectivo.

Sin embargo, todavía muchos países aún no tienen ninguna norma en este sentido. Y en el caso de aquellos que han hecho avances a través de las leyes de protección, en general, aún es necesario armonizarlas con las leyes específicas de educación.

Por otro lado, varios países tienen normas sobre la educación religiosa que podrían compatibilizarse mejor con la Convención<sup>122</sup>. Mientras el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos alude a la educación religiosa como un derecho de los padres<sup>123</sup>, en la Convención sobre los Derechos del Niño este derecho es claramente de los NNyA y no de sus padres. La diferencia no es sutil ni menor. La Convención reclama que sean los NNyA, de acuerdo a su desarrollo progresivo, quienes decidan si desean profesar una religión y ser educados en ella. Esto implica que se escuchen sus opiniones y se contemple la posibilidad de apartarse del deseo de sus padres<sup>124</sup>.

En general, en la región los mecanismos para que los NNyA que asisten a escuelas públicas no concurren a clases de educación religiosa requieren una solicitud en ese sentido de los padres y no prevén la posibilidad de que los deseos o creencias de los NNyA sean diferentes a los de ellos. Además, esto implica obligar a los padres o a los NNyA a develar sus preferencias religiosas o el hecho de no tener ninguna, lo que puede ser considerado violatorio de la libertad de religión<sup>125</sup>.

Del mismo modo, usualmente estos países incluyen los cursos de educación religiosa dentro del programa curricular normal, en el horario ordinario de clases, por lo que los NNyA cuyos padres requieren que no asistan a estas clases son separados del curso en función de su religión. Esto puede implicar una práctica discriminatoria indirecta<sup>126</sup> y desalentar a los NNyA de religiones diversas a las dominantes a expresar sus preferencias.

En definitiva, estas reglamentaciones de la educación religiosa colisionan con los derechos a la no discriminación, libertad de religión, privacidad, a ser oídos y del principio autonomía progresiva de los NNyA.

### **- La participación de los NNyA en la educación y su derecho a asociarse**

Ya en su primera Observación General, destinada a interpretar el primer párrafo del artículo 29 de la Convención, el Comité de los Derechos del Niño indicó que “Debe promoverse la participación del niño en la vida escolar, la creación de comunidades escolares y consejos de alumnos, la educación y el asesoramiento entre compañeros, y la intervención de los niños en los procedimientos disciplinarios de la escuela, como parte del proceso de aprendizaje y experiencia del ejercicio de los derechos”<sup>127</sup>.

La investigación indagó sobre la recepción de este criterio en la legislación de cada país. En general, se observa que varios códigos de NNyA o leyes de protección hacen alusión al derecho de los NNyA a asociarse, formar consejos estudiantiles, ser oídos antes de que se les impongan sanciones o solicitar su revisión. Sin embargo, son pocas las leyes específicas de educación que están armonizadas con estas disposiciones de los códigos o leyes de protección.

Por ejemplo, en Honduras, en el Código de la Niñez y la Adolescencia se incluyen algunos derechos específicos de los NNyA en el ámbito de la educación- como el derecho a formar organizaciones estudiantiles o impugnar las evaluaciones-, mientras que en la “Ley Fundamental de Educación” apenas se afirma de modo genérico que el Estado garantizará a los educandos “espacios de participación e iniciativa en su progresivo desarrollo académico” y a la comunidad educativa “el derecho a participar en la toma de decisiones que coadyuven a la mejora continua del servicio de educación y a conocer los resultados del proceso educativo”<sup>128</sup>. Si bien no se advierte que en la norma se hayan previsto mecanismos para garantizar en la práctica el derecho a participar de la gestión educativa.

Del mismo modo, en México, la Ley General de Educación no prevé expresamente ningún derecho de asociación ni de participación de los NNyA en la gestión educativa<sup>129</sup>. Esta omisión es apenas mitigada por la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), donde se establece que las autoridades deben “establecer mecanismos para la expresión y participación de niñas, niños y adolescentes, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez que permita atender y tomar en cuenta sus intereses y preocupaciones en materia educativa”, sin mayores precisiones ni cláusulas operativas<sup>130</sup>.

Algo similar sucede en Bolivia, donde el Código de NNyA también reconoce su derecho a participar en





procesos de la gestión educativa, pero en la Ley de Educación no se prevén disposiciones equivalentes o que concreten ese derecho en la práctica.

En otros países, el déficit es mayor. En Chile, la Ley General de Educación reconoce que los miembros de la comunidad educativa “tienen derecho a ser informados y a participar en el proceso educativo”, pero solo los establecimientos educativos subvencionados o que reciben aportes del Estado deben contar con un Consejo Escolar donde los estudiantes pueden canalizar esa participación<sup>131</sup>. En Paraguay, ninguna norma establece mecanismos de participación para los NNyA en la gestión educativa o en las instancias de disciplina escolar, más allá de algunas referencias genéricas a su derecho a participar de entidades estudiantiles.

En definitiva, salvo excepciones (v. gr. Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador), la legislación específica del sector aún debe recoger el derecho de los NNyA a asociarse y a participar de la gestión educativa, para concretar en la práctica lo que muchos códigos y leyes de protección afirman de modo más enunciativo.

### - La educación intercultural o etnoeducación

La Convención presta especial atención a los NNyA indígenas en varios artículos (arts. 2, 17, 29, 30). El Comité dedicó una Observación General a “orientar a los Estados sobre la forma de cumplir las obligaciones que les impone la Convención en lo referente a los niños indígenas”<sup>132</sup>. Allí el Comité dio cuenta de los distintos obstáculos y prácticas discriminatorias que entorpecen el acceso a la educación de los NNyA indígenas e indicó que para que “ejercen su derecho a la educación en las mismas condiciones que los no indígenas, los Estados partes deberían adoptar una serie de medidas especiales, [como] asignar recursos financieros, materiales y humanos para aplicar políticas y programas encaminados específicamente a mejorar el acceso de los niños indígenas a la educación”<sup>133</sup> e indicó que “los gobiernos deberían reconocer el derecho de los pueblos indígenas a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones cumplan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos”<sup>134</sup>.

Además, el Comité destacó que “El artículo 30 de la Convención establece el derecho de los niños indígenas a emplear su propio idioma”, por lo que “para dar efectividad a ese derecho, es fundamental que el niño pueda recibir educación en su propio

idioma” y recordó que “el artículo 28 del Convenio N° 169 de la OIT dispone que se deberá enseñar a los niños indígenas a leer y a escribir en su propia lengua, además de darles la oportunidad de llegar a dominar las lenguas oficiales del país”<sup>135</sup>.

La investigación detectó que, si bien se han hecho grandes avances en relación a la educación intercultural, en general las leyes reducen su alcance o sus cláusulas más propiamente operativas a este último punto, es decir, a reconocer el derecho a la educación bilingüe. Ejemplos en este sentido pueden encontrarse en la legislación sobre educación en Argentina, Chile, Guatemala y México, entre otros.

En otros casos, las referencias legales a la educación intercultural no dejan de ser una enunciación general. Por ejemplo, en Honduras, la Ley Fundamental de Educación indica que uno de sus principios es la multi e interculturalidad e indica que una de las modalidades educativas es la educación para pueblos indígenas y afro-hondureños, organizada “en base al reconocimiento del carácter multilingüe y pluricultural de la Nación”<sup>136</sup>, pero no existen mayores precisiones sobre su ejecución ni se afirma expresamente como derecho de los NNyA pertenecientes a pueblos indígenas o afro-hondureños.

En el mismo sentido, en Brasil y El Salvador, a pesar de disposiciones constitucionales que aluden expresamente al respeto y preservación de la identidad cultural de los pueblos indígenas, ninguna ley garantiza el derecho de los NNyA que pertenecen a estas comunidades a recibir una educación acorde.

De todos modos, es justo decir que solo en tres países no se detectó ninguna norma dirigida a consagrar este derecho: Cuba, República Dominicana y Uruguay.

Por el contrario, buenos ejemplos legislativos sobre la educación intercultural pueden encontrarse en Panamá, Colombia y muy especialmente en Bolivia y Ecuador.

### - La educación inclusiva

El Comité también dedicó una Observación General a los derechos de los NNyA con discapacidad<sup>137</sup>. Allí recordó que, según se estipula en la Convención, “Los niños con discapacidad tienen el mismo derecho a la educación que todos los demás niños y disfrutarán de ese derecho sin discriminación alguna y sobre la base de la igualdad de oportunidades”<sup>138</sup>.

Además, todos los países de América Latina ratificaron la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que es mucho más específica con los derechos de los NNyA con discapacidad en relación a la educación. Esta Convención afirma que “los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles” y que para hacer efectivo este derecho, entre otras medidas, deberán asegurar que “Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad” y que “Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan”<sup>139</sup>.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad emitió una Observación General sobre el derecho a la educación inclusiva<sup>140</sup>, donde se indica que “Garantizar el derecho a la educación inclusiva conlleva una transformación de la cultura, la política y la práctica en todos los entornos educativos formales e informales para dar cabida a las diferentes necesidades e identidades de cada alumno, así como el compromiso de eliminar los obstáculos que impiden esa posibilidad”<sup>141</sup>. Abordar todas estas dimensiones del derecho a la educación exclusiva excede el alcance de este informe, pero se ofrece un panorama sobre su recepción normativa a nivel regional.

En esta Observación General, el Comité DPD remarcó “la importancia de reconocer las diferencias entre exclusión, segregación, integración e inclusión”<sup>142</sup> y brindó una serie de características fundamentales que debe reunir la educación inclusiva, como un enfoque que integre “todos los sistemas”, un “entorno educativo integral”, un enfoque que integre a “todas las personas” -que “tiene por objeto poner fin a la segregación en los entornos educativos garantizando que la enseñanza se imparta en aulas inclusivas y que los entornos de aprendizaje sean accesibles y dispongan de los apoyos adecuados”<sup>143</sup>-, apoyo al personal docente, respeto y el valor de la diversidad, un ambiente que favorezca el aprendizaje, transiciones efectivas entre los ciclos educativos, reconocer el valor de las asociaciones de maestros y alumnos, padres y personas con discapacidad, y la supervisión continua, con la participación de las personas con discapacidad, incluidos los NNyA y las personas con necesidades de apoyo intensivo, a través de las organizaciones que los

representan, así como de los padres o los cuidadores de los NNyA con discapacidad, cuando proceda.

La investigación da cuenta que las leyes de educación y de protección de los NNyA están aún muy lejos de recoger el derecho a la educación inclusiva cabalmente. En líneas generales, el panorama regional anida en el enfoque de la integración e incluso en varios países aún prevalece la segregación.

En Guatemala, por ejemplo, la Ley de Educación Especial para las Personas con Capacidades Especiales se enfoca en centros educativos exclusivos para estos colectivos, siguiendo el paradigma de la segregación. En Honduras, la Ley Fundamental de Educación apenas reconoce como una de las modalidades educativas a la “educación para personas con capacidades diferentes o excepcionales”<sup>144</sup> y, según ha señalado el Comité en sus últimas observaciones finales a este Estado, casi la mitad de los NNyA con discapacidad se ven privados de educación<sup>145</sup>.

En muchos casos, el lenguaje propio de las leyes refleja la distancia con el enfoque de la educación inclusiva. En El Salvador, la LEPINA indica que “El Estado garantizará programas integrados o especiales”<sup>146</sup> para los NNyA con discapacidad. De igual manera, en República Dominicana la Ley General de Educación indica que “deberán recibir una educación especial”<sup>147</sup>.

Lógicamente, algunos países presentan un marco normativo más cercano al paradigma de la educación integradora, pero también en muchos casos dejan espacio al funcionamiento de escuelas segregadas. Esto sucede por ejemplo en Brasil, donde la “Ley nacional de directrices básicas de la educación” define a la educación especial como aquella “ofrecida preferentemente en la red regular de enseñanza, para educandos con discapacidad, trastornos globales del desarrollo y altas habilidades o superdotación”<sup>148</sup>, pero aclara que “la atención educativa se hará en clases, escuelas o servicios especializados siempre que, en función de las condiciones específicas de los alumnos, no fuera posible su integración en las clases comunes de enseñanza regular”<sup>149</sup>.

Mucho más ajustado al paradigma de la CDN y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD) es el caso de Panamá, donde una ley sancionada en 2016 reconoce con claridad su derecho “a la educación sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, a través de un sistema inclusivo con equidad y de calidad en todos los



niveles y modalidades de la educación”, participando del sistema educativo regular “a través de los planteles oficiales, particulares, y centros de educación superior”

con los servicios de apoyo, medidas de accesibilidad y ajustes necesarios<sup>150</sup>.

### *El derecho a la educación en Bolivia*

De acuerdo al artículo 17 de la Constitución Política del Estado, “Toda persona tiene derecho a recibir educación en todos los niveles de manera universal, productiva, gratuita, integral e intercultural, sin discriminación”. De este modo, y de acuerdo a la legislación inferior, la educación es gratuita y obligatoria desde el nivel inicial -correspondiendo la escolarización desde los 3 años- hasta el bachillerato.

Tanto en el Código NNYA como en la Ley de Educación se advierte un fuerte énfasis en garantizar el carácter intercultural, intracultural y plurilingüe del proceso educativo, reconociéndose la autonomía indígena originaria campesina, que faculta a los pueblos indígenas a intervenir activamente en la gestión educativa.

El Código también reconoce el derecho de los NNYA a participar en procesos de la gestión educativa, pero lamentablemente en la Ley de Educación no encontramos disposiciones equivalentes o que concreten ese derecho en la práctica.

En relación a las normas antidiscriminatorias, el Código NNYA es muy claro al prohibir expulsar del sistema educativo “a las estudiantes embarazadas, sea cualquiera su estado civil, así como a la y el estudiante a causa de su orientación sexual, en situación de discapacidad o con VIH/SIDA” y dispone que “deberán promoverse políticas de inclusión, protección e infraestructura para su permanencia que permitan el bienestar integral de la o el estudiante hasta la culminación de sus estudios”. En líneas generales, tanto el Código NNYA como la Ley de Educación promueven que el proceso educativo sea libre de violencia y discriminación.

En este sentido, el artículo 116 del Código incluye una lista de garantías del Sistema Educativo Plurinacional para todos los NNYA: “a) Educación sin violencia en contra de cualquier integrante de la comunidad educativa, preservando su integridad física, psicológica, sexual y/o moral, promoviendo una convivencia pacífica, con igualdad y equidad de género y generacional; b) Educación, sin racismo y ninguna forma de discriminación, que promueva una cultura pacífica y de buen trato; c) Respeto del director, maestros y administrativos del Sistema Educativo Plurinacional y de sus pares; d) Prácticas y el uso de recursos pedagógicos y didácticos no sexistas ni discriminatorios; e) Provisión de servicios de asesoría, sensibilización, educación para el ejercicio de sus derechos y el incremento y fortalecimiento de sus capacidades; f) Impugnación de los criterios de evaluación cuando éstos no se ajusten a los establecidos por la autoridad competente, pudiendo recurrir a las instancias superiores; g) Participación en procesos de la gestión educativa; h) Acceso a la información del proceso pedagógico y de la gestión educativa para la y el estudiante y su madre, padre, guardadora o guardador, tutora o tutor; y i) Sensibilización y acceso a la información adecuada y formación oportuna en educación sobre sexualidad integral en el marco de los contenidos curriculares”. Otro artículo especifica sus derechos con relación a las sanciones, donde se destacan el derecho de defensa, a impugnar la sanción ante autoridades superiores y la prohibición taxativa de las sanciones corporales.

Finalmente, el Código indica que los NNYA con discapacidad tiene derecho a “acceder a una educación inclusiva con oportunidad, pertinencia e integralidad, de acuerdo con sus necesidades, expectativas e intereses, preferentemente al sistema educativo regular o a centros de educación especial”.

### 3.1. Los sistemas de responsabilidad penal adolescente

El artículo 40 de la Convención establece con claridad una serie de derechos y garantías para “todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes”. A su vez, el artículo 37 prohíbe la tortura, los malos tratos y la detención ilegal o arbitraria y enumera una serie de derechos para todo NNyA privado de la libertad.

El Comité se ha ocupado con detalle de este asunto en su Observación General nro. 10<sup>151</sup>, donde enfatizó que los Estados no solo deben cumplir con esos dos artículos, sino que otros principios generales contenidos en otras disposiciones de la Convención -como los previstos en los artículos 2, 3, 6 y 12- tienen especial impacto en este ámbito.

Siguiendo esos lineamientos, en la investigación se indagó principalmente sobre la legislación referida a: la edad mínima de responsabilidad penal, las salidas alternativas del proceso y las medidas alternativas a la privación de la libertad, la privación de la libertad como medida cautelar y su duración máxima como pena o sanción y el control judicial sobre la ejecución de las medidas privativas de la libertad y su cumplimiento en centros especializados separados de los adultos.

La Tabla 2 presenta la edad que cada país fijó como mínima para admitir la responsabilidad penal. Más de la mitad de los países estableció esa edad en 12 o 13 años<sup>152</sup>. Al respecto, el Comité ha señalado que “La fijación de la mayoría de edad penal a un nivel más alto, por ejemplo 14 o 16 años, contribuye a que el sistema de la justicia de menores, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías legales”<sup>153</sup>.

Solamente Bolivia, Chile, Colombia, Paraguay, Perú y Venezuela fijan la edad mínima de responsabilidad penal en 14 años, en tanto que Argentina y Cuba la ubican en 16 años. Estos dos últimos de todas formas evidencian que una edad mínima de esas características no es suficiente para garantizar los derechos de los adolescentes en relación al sistema penal, pues en ambos casos se admite la privación de la libertad como alegada medida de protección por debajo de la edad mínima de responsabilidad penal,

en tanto que los mayores de 16 años son sometidos a procesos que no se ajustan al principio de especialidad que impone la Convención.

La investigación refleja que en general los códigos o leyes de protección de NNyA fijan como principio que la privación de la libertad debe ser una medida excepcional y usualmente se prevén medidas alternativas a la privación de la libertad, como la amonestación o la prestación de servicios comunitarios. Sin embargo, son pocos los países que han armonizado este principio general con disposiciones más específicas, por ejemplo, previendo un catálogo amplio de salidas alternativas al proceso o que efectivamente reserven las sanciones privativas de la libertad a casos graves, como podrían ser los delitos dolosos contra la vida o la libertad sexual. En general, los delitos patrimoniales y los delitos vinculados al tráfico de drogas -incluyendo la mera posesión de sustancias- admiten las medidas privativas de la libertad y en algunos países incluso se absorben todos los hechos definidos como delito o contravención penal en la legislación general (v. gr. Bolivia y Brasil).

Por lo demás, las penas máximas privativas de la libertad son excesivamente prolongadas y, en general, no respetan el principio de brevedad, predominando máximos legales de 8 años. En algunos países esta situación está en flagrante conflicto con la Convención. Por ejemplo, en El Salvador, los mayores de 16 años pueden afrontar penas de hasta 15 años para ciertos delitos y los menores de esa edad se exponen a penas de hasta 5 años, de modo que, por ejemplo, un adolescente de 13 años podría no ser liberado hasta cumplir la mayoría de edad. Este último máximo es duplicado en Costa Rica, donde los adolescentes que tienen entre 12 y menos de 15 años de edad pueden ser privados de la libertad por 10 años -y el máximo para los mayores de esa edad es de 15 años-. En Panamá, algunos delitos tienen una pena mínima de 9 años y carecen de tope, en directa violación al principio de legalidad de la ley penal. En Cuba y Argentina -donde no existe un sistema especializado propiamente dicho- los mayores de 16 años pueden ser condenados a prisión perpetua.

Se registraron algunos casos de países que admiten la prisión preventiva más allá de los riesgos procesales, aludiendo al peligro para la sociedad o a la gravedad del delito. En Colombia, por ejemplo, el Código admite la detención preventiva no solo cuando existe riesgo de fuga o de entorpecimiento del proceso, sino también cuando haya “Peligro grave para la víctima, el denunciante, el testigo o la comunidad”<sup>154</sup>. En igual





sentido, una reforma realizada en Uruguay en 2013, prolongó el plazo máximo de duración de la prisión preventiva, admitiendo su extensión hasta el dictado de la sentencia definitiva, independientemente del tiempo que ello implique y de los riesgos procesales. En este punto, debe advertirse que la Convención Americana sobre Derechos Humanos -ratificada por todos los países de la región excepto Cuba<sup>155</sup>- solo autoriza a disponer la prisión preventiva en caso de riesgo de fuga o entorpecimiento de la investigación<sup>156</sup>.

Otras disposiciones preocupantes sobre la detención cautelar o prisión preventiva se registran en Guatemala y El Salvador, donde la ley autoriza al fiscal a disponerlas aún por fuera de los casos de flagrancia, en contravención del principio contradictorio y del derecho de defensa.

Excepto Cuba, todos los países establecen que las personas menores de 18 años privadas de la libertad deben estar separadas de los adultos. Sin embargo, en algunos países -como Chile, Argentina o Costa Rica- pueden ser enviados a una prisión destinada a los adultos al alcanzar la mayoría de edad. Debe recordarse que el Comité ha indicado que quienes se encuentran en esta situación "Deberían poder permanecer en el centro de menores si ello coincide con el interés superior del niño y no atenta contra el interés superior de los niños de menor edad internados en el centro"<sup>157</sup>.

Otro problema se presenta con el registro de antecedentes. Algunos países -como Ecuador, Uruguay- permiten su conservación y utilización una vez que el adolescente alcanza la mayoría de edad. Debe recordarse que el Comité ha recomendado a los Estados que "adopten normas que permitan la supresión automática en los registros de antecedentes penales del nombre de los niños delincuentes cuando éstos cumplan 18 años, o, en un número limitado de ciertos delitos graves, que permitan la supresión del nombre del niño, a petición de éste, si es necesario en determinadas condiciones (por ejemplo, que no haya cometido un delito en los dos años posteriores a la última condena)"<sup>158</sup>. En el mismo sentido, las Reglas de Beijing indican que "Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente"<sup>159</sup>.

Finalmente, si bien -salvo en contadas excepciones- se encuentra taxativamente prohibida la imposición de castigos corporales durante la privación de la libertad, varios países admiten las sanciones de incomunicación

*Las penas privativas de la libertad sobre adolescentes no respetan el principio de brevedad, predominando máximos legales de 8 años. En algunos países esta situación está en flagrante conflicto con la Convención admitiéndose penas de hasta 30 años, prisión perpetua o penas sin límite temporal.*

o aislamiento, aunque en general se la pretende justificar como una medida de protección para evitar agresiones. Ejemplos de este tipo pueden encontrarse en Bolivia, República Dominicana, Nicaragua y Venezuela. Debe recordarse que si el régimen de aislamiento en adultos resulta severamente cuestionable desde el derecho internacional de los derechos humanos, no existen dudas de que es intolerable su aplicación a NNyA, pues se encuentra expresamente prohibido en las "Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad"<sup>160</sup>, que deben ser integradas en la interpretación del art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Del mismo modo, no todos los códigos o leyes de protección prevén un control judicial estricto sobre el cumplimiento de las medidas privativas de la libertad, en especial sobre las sanciones que pueden imponerse mientras dura la detención. En Bolivia, por ejemplo, no hay ninguna norma que imponga expresamente a las autoridades el deber de comunicar las sanciones a la defensa ni se garantiza su impugnación en sede judicial. En el mismo sentido, en 2012 en Brasil se sancionó la Ley del Sistema Nacional de Tratamiento Socioeducativo (SINASE)<sup>161</sup> que si bien amplía los derechos de los adolescentes que deben cumplir medidas socioeducativas y fija una serie de pautas que debe respetar el régimen disciplinario de las entidades que las ejecutan, no garantiza el control judicial de la imposición de estas sanciones.

#### ***El sistema de responsabilidad penal adolescente en México***

En México, la propia Constitución fija en 12 años la edad mínima de responsabilidad penal y en 14 años la edad mínima para ser sujeto de una medida privativa de la libertad, la que solo puede aplicarse “como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda”. Además, se recoge el principio de especialidad en el juzgamiento de los delitos cometidos por adolescentes, especificando que este sistema de justicia estará a cargo de personal especializado, que deberán observarse las formas alternativas de justicia, y que se podrán aplicar medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso. Se especifica que el sistema penal será oral y acusatorio, observándose la garantía de debido proceso legal y la independencia de las autoridades que impongan las medidas. Respecto de estas medidas, se establece que deberán ser “proporcionales al hecho realizado y tendrán como fin la reinserción y la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades”.

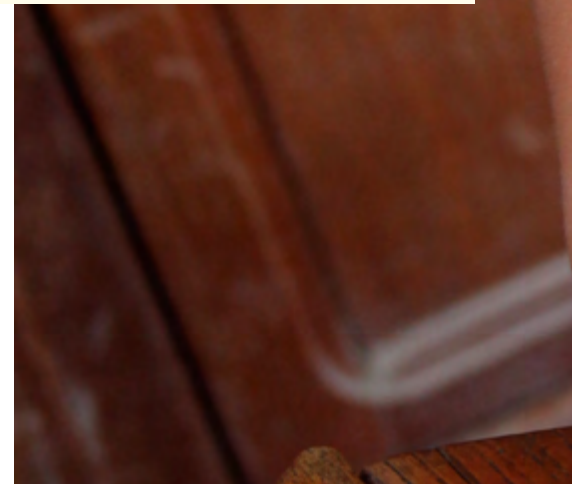
Siguiendo los lineamientos constitucionales, en 2016 se aprobó la “Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes” (LNJPA). Esta ley distingue entre adolescentes que tienen menos de 16 años y aquellos que ya cumplieron esa edad, fijando topes distintos para las medidas privativas de la libertad: mientras para el primer grupo etario no pueden superar los 3 años, para el segundo grupo el límite es de 5 años. En cualquier caso, estas medidas solo proceden frente a delitos graves y pueden consistir en internamiento en unidades destinadas exclusivamente a adolescentes, el semi-internamiento y la prisión domiciliaria.

Para los demás delitos, la ley prevé sanciones no privativas de la libertad y mecanismos alternativos de solución de controversias (la mediación y los procesos restaurativos) y salidas alternativas del proceso (acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso), las que deben aplicarse prioritariamente.

En cuanto a las medidas cautelares privativas de la libertad, debe destacarse que solo proceden frente a riesgos procesales, deben revisarse mensualmente y no pueden exceder de 5 meses.

La etapa de ejecución también está sometida a control judicial y a los principios del sistema acusatorio, prohibiéndose expresamente la imposición de castigos corporales y de sanciones como el aislamiento o la incomunicación. Además, los antecedentes condenatorios o registros del proceso no pueden utilizarse en otra causa contra la misma persona y se destruyen una vez que pasaron 3 años del cumplimiento de la sanción.

En definitiva, se trata de un sistema de responsabilidad penal adolescente que se encuentra legalmente en sintonía con el estándar que ha fijado el Comité y, a grandes rasgos, solo resulta cuestionable que la edad mínima de responsabilidad sea de apenas 12 años.







## 4. Recomendaciones

Como es de esperar, el estado de la adecuación normativa a la Convención presenta particularidades en cada país. Por ello, cada capítulo destinado al análisis nacional presenta recomendaciones específicas. Sin embargo, el panorama regional que aquí se recoge permite identificar aspectos comunes. Sin perjuicio de que cada tema merece un análisis más detallado, en esta sección se presentan líneas centrales sobre las cuales trabajar prioritariamente en la reforma legal.

La investigación reflejó que la armonización de los códigos civiles, de familia, penales y de leyes generales sobre educación o salud con los códigos o leyes de protección de los NNyA todavía es una tarea pendiente. En general, los derechos de los NNyA son reducidos a las leyes de protección y no alcanzan a atravesar las demás leyes que remiten a las relaciones del Estado y los adultos con los NNyA. Más allá de los importantes avances que algunos países han hecho sobre ciertas ramas del derecho o problemáticas, el panorama regional refleja que aún los NNyA no son reconocidos como sujetos plenos de derechos. Salvo excepciones notorias, las leyes civiles siguen manteniendo el sistema de la incapacidad absoluta y relativa de las personas menores de edad, lo que impacta de lleno en la capacidad legal de los NNyA para ejercer por sí aquellos derechos que les reconocen los códigos o leyes de protección.

En relación con ello, aunque presenta un fundamento independiente, es importante que los todos los países establezcan la jerarquía constitucional de la Convención. Esta medida no solo refleja la prevalencia de la Convención sobre el derecho interno, sino que contribuye a una mejor aplicación de los códigos o leyes de protección en caso de conflicto con otra ley de igual jerarquía.

Además, en algunos países se realizaron o existen proyectos de reformas constitucionales que confrontan con la Convención en cuestiones tales como el derecho a la nacionalidad o el sistema especializado de responsabilidad penal adolescente. En este sentido, reconocer la jerarquía constitucional de la Convención, e incluso su prevalencia sobre ésta, constituye un fuerte antídoto contra las iniciativas regresivas para los derechos de los NNyA.

Igualmente importante es que los Estados que han hecho declaraciones o reservas a la Convención o sus protocolos facultativos estudien la posibilidad de

retirarlas. Al inicio de cada capítulo nacional, se indican las reservas efectuadas por el Estado. Del mismo modo, algunos países todavía no han ratificado el Protocolo Facultativo tercero, relativo al procedimiento de comunicaciones, por lo que también se recomienda su rápida ratificación en esos casos. La Tabla siguiente sintetiza la jerarquía normativa de la Convención en cada país, así como la situación de ratificación de los protocolos facultativos.

**Tabla 4. Jerarquía normativa interna de la Convención y estado de ratificación de sus protocolos facultativos por país**

	CDN – Jerarquía	PF 1	PF 2	PF 3
Argentina	Constitucional	Ratificado	Ratificado	Ratificado
Bolivia	Constitucional	Ratificado	Ratificado	Ratificado
Brasil	Supralegal	Ratificado	Ratificado	Ratificado
Chile	Supralegal (sin consenso sobre su jerarquía constitucional)	Ratificado	Ratificado	Ratificado
Colombia	Constitucional	Ratificado	Ratificado	Aún sin ratificar
Costa Rica	Supralegal	Ratificado	Ratificado	Ratificado
Cuba	Supralegal	Ratificado	Ratificado	Aún sin ratificar
Ecuador	Constitucional	Ratificado	Ratificado	Ratificado
El Salvador	Supralegal	Ratificado	Ratificado	Ratificado
Guatemala	Constitucional	Ratificado	Ratificado	Aún sin ratificar
Honduras	Supralegal	Ratificado	Ratificado	Aún sin ratificar
México	Constitucional	Ratificado	Ratificado	Aún sin ratificar
Nicaragua	Constitucional	Ratificado	Ratificado	Aún sin ratificar
Panamá	Supralegal (constitucional de acuerdo a la jurisprudencia)	Ratificado	Ratificado	Ratificado
Paraguay	Supralegal	Ratificado	Ratificado	Ratificado
Perú	Constitucional	Ratificado	Ratificado	Ratificado
República Dominicana	Constitucional	Ratificado	Ratificado	Aún sin ratificar
Uruguay	Constitucional	Ratificado	Ratificado	Ratificado
Venezuela	Constitucional	Ratificado	Ratificado	Aún sin firmar





A continuación, se presentan recomendaciones relativas a cada uno de los temas abordados en la investigación.

### **- Principio de interés superior del niño**

En general, los códigos o leyes de protección hacen propio el principio de interés superior, pero solo en ocasiones presentan más especificaciones que su mera enunciación. Es recomendable introducir legalmente una definición del principio de interés superior que reconozca su carácter trifásico -derecho sustantivo, pauta de interpretación y norma de procedimiento- aplicable a todas las decisiones, públicas o privadas, que afecten a los NNyA individual o colectivamente. En especial, es recomendable incluir una cláusula que especifique que no puede ser invocado para limitar o desconocer otros derechos de los NNyA y una definición de los elementos a ponderar para su determinación en concreto, que incluya expresamente el deber de escuchar a todos los NNyA.

### **- El derecho a la identidad**

En primer lugar, es conveniente que todas las leyes de protección afirmen con claridad que todas las niñas y niños tienen derecho a que su nacimiento sea registrado sin demoras, de manera gratuita, por medio de procedimientos sencillos. Este derecho debe ser definido con alcance universal, comprensivo de todos los NNyA que nacen en el territorio de un país, independientemente del reconocimiento de la nacionalidad.

Las leyes de los registros civiles deben revisarse a fin de garantizar que los plazos de la inscripción sean efectivamente inmediatos -al menos que no excedan de 30 días-, a la vez que no contengan multas o sanciones que desincentiven la inscripción de aquellos que no fueron anotados oportunamente. En este sentido, la mayoría de las leyes de registros civiles, obliga a llevar un registro interno de los nacimientos a las autoridades de los establecimientos médicos. Es conveniente extender este deber requiriendo que comuniquen a los Registros Civiles los nacimientos acontecidos periódicamente, de manera que puedan iniciarse procedimientos de inscripción de oficio.

En segundo lugar, es indispensable que las leyes afirmen el derecho de las y los adolescentes a inscribir por sí mismos a sus hijos en los registros civiles. En algunos países esto está expresamente prohibido y

en otros casos pueden verse impedidos por la falta de reconocimiento de su capacidad jurídica plena.

En tercer lugar, es conveniente que las leyes de filiación sean revisadas detenidamente. Por un lado, algunos códigos civiles o de familia fijan plazos perentorios de prescripción de las acciones de filiación, lo que puede ser un obstáculo para el derecho de los NNyA a conocer sus orígenes. Es preferible que las leyes reconozcan el carácter imprescriptible de la acción, si es ejercida por la propia persona cuya filiación quiere determinarse, y que no permitan a los progenitores alegados evitar la realización de los correspondientes análisis de ADN, si existen medios técnicos accesibles. Por otro lado, los Estados podrían promover políticas activas de reconocimiento de la maternidad y, muy especialmente, paternidad a través de la realización de acciones civiles de oficio a instancia de los registros civiles o brindando asistencia legal apropiada a los interesados.

También es conveniente que todos los códigos o leyes de protección incorporen el derecho a la identidad cultural y a la identidad de género en sus definiciones legales. Ambos aspectos tienen impacto directo sobre el ejercicio de otros derechos previstos en la Convención y deben ser objeto de definiciones suficientemente amplias.

A su vez, es importante que al reconocer el derecho a la identidad cultural se incorporen cláusulas que prohíban las prácticas culturales nocivas para la salud o que prevengan la relativización de los derechos previstos en la CDN.

En relación a la identidad de género, es recomendable que los Estados reconozcan el derecho de los NNyA a que su autopercepción de género sea respetada y protegida, admitiendo la modificación de sus nombres y documentos de acuerdo al principio de autonomía progresiva.

### **- El derecho a la familia**

En este punto, la principal tarea pendiente es armonizar los códigos de familia o civiles con las leyes de protección de los NNyA. La mayoría de los países aún organiza las relaciones paterno-materno filiales a través del sistema de la patria potestad y autoriza a disponer su pérdida o suspensión de manera excesivamente indeterminada y con nociones propias de la doctrina de la situación irregular. Las leyes civiles no deberían aludir al riesgo o abandono de los NNyA como un fundamento para disponer

la separación sin definir con precisión qué hechos engloban esos conceptos y, en ningún caso, deberían utilizarse nociones como las de “integridad moral” o “corrupción de los padres”, que aún se registran en muchos códigos.

En el mismo sentido, debería eliminarse taxativamente la suspensión o pérdida de la patria potestad o de la responsabilidad parental con fundamento en la discapacidad de los padres.

La sentencia condenatoria en sede penal debería fundar una medida de este tipo exclusivamente cuando el hecho delictivo fuera cometido contra NNoA u otras personas del círculo familiar inmediato. En los demás casos, las leyes deberían reconocer el derecho de los NNyA a mantener el contacto con sus padres y otros familiares privados de la libertad. En el caso de padres y madres de niños de muy corta edad, las leyes penales deberían priorizar las sanciones alternativas a la privación de la libertad o la prisión domiciliaria.

En cualquier caso, es recomendable realizar una revisión amplia de la legislación sobre las relaciones familiares, en especial en aquellos países que aún siguen el sistema de la patria potestad.

Si bien la mayoría de los países de la región ya define a la separación familiar como una medida que solo debe disponerse como último recurso y por el menor tiempo posible, es recomendable fortalecer este principio imponiendo a las autoridades el deber de revisarla periódicamente cuando sea dispuesta. En igual sentido, también es recomendable fijar un límite máximo de tiempo para medidas como el acogimiento familiar o institucional, el que debería ser considerado como última opción dentro de las medidas de protección temporales, de conformidad con “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”<sup>162</sup>.

También es necesario fortalecer los mecanismos de revisión judicial de las medidas de separación familiar que son dispuestas en sede administrativa, especialmente cuando luego habilitan la adopción de NNyA. Muchos códigos limitan la instancia judicial a una mera homologación de las actuaciones administrativas, sin garantizar que la autoridad judicial tome contacto con los involucrados, en especial los NNyA. A su vez, las leyes de procedimiento deberían reconocer a los NNyA formalmente como parte o sujetos procesales, habilitando el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición, incluyendo la asistencia letrada adecuada.

Algunos países aún habilitan las intervenciones de escribanos, notarios, apoderados y otros intermediarios privados en el proceso adoptivo. Es indispensable eliminar todas estas figuras de las leyes relativas a la adopción.

También es recomendable regular con más detalle las guardas informales o de hecho. La ley debiera imponer claramente a quienes ejercen el cuidado de NNyA, sin autorización legal alguna, el deber de comunicarse inmediatamente con las autoridades. La posibilidad de que estas personas soliciten la adopción de niñas o niños, especialmente de muy corta edad, debería ser fuertemente restringida y reservarse para casos en los que se acredite fehacientemente que esta figura no fue utilizada para evadir los procedimientos regulares de la adopción.

El derecho de los NNyA adoptados a conocer sus orígenes aún no es reconocido cabalmente por todos los países de la región. Las leyes deberían admitir que los NNyA accedan a la información sobre sus procesos adoptivos conforme al principio de autonomía progresiva, sin exigir que alcancen la mayoría de edad ni plazo de prescripción alguno. Los expedientes administrativos y judiciales vinculados con la adopción deben ser resguardados mientras la persona adoptada viva, sin límite de tiempo.

### **- El derecho a la protección contra toda forma de violencia**

Algunos países todavía no prohíben con claridad la imposición de castigos corporales y tratos humillantes a los NNyA en todos los ámbitos. Es conveniente introducir una prohibición clara en este sentido en las leyes de protección o códigos de NNyA, a la vez que facultar legalmente a los NNyA a efectuar denuncias por sí mismos. Las leyes también debieran imponer legalmente el deber de denunciar a cualquier persona que tome conocimiento de esta clase de hecho, o de otros delitos cometidos contra NNyA, en un período breve y claramente determinado.

Las leyes referidas a la violencia familiar y de género deberían prestar más atención a los NNyA. En algunos países, las leyes de violencia familiar solo consideran a los NNyA en la medida en que sus madres sean víctimas de violencia. Estas leyes deben reconocer la posibilidad de que los NNyA sean víctimas directas de hechos de violencia en el ámbito familiar y prever medidas específicas para estos casos. En el mismo sentido, las leyes sobre violencia de género no



deberían limitarse a abordar la situación de las mujeres adultas o en el marco de relaciones de parejas, sino que deben contemplar medidas especiales de protección y reparación para las niñas y adolescentes víctimas de violencia basada en género.

### **- El derecho a la protección contra la violencia sexual**

En este punto, es central que las leyes ofrezcan claridad sobre la edad mínima para el consentimiento sexual. Es recomendable incluir en el Código Penal de cada país un artículo que penalice las relaciones sexuales con NNyA por debajo de la edad mínima de modo independiente o autónomo de otros tipos penales.

La edad mínima del consentimiento sexual debe ser aplicable a todos los actos de naturaleza sexual, sin que se establezcan diferencias por el tipo de práctica o relación, incluyendo si son de carácter hetero u homosexual.

Además, es recomendable excluir la punibilidad o establecer la atipicidad de las relaciones sexuales entre adolescentes de similar edad, siempre que sean consentidas.

Por el contrario, es recomendable revisar los tipos penales que criminalizan las relaciones sexuales entre adultos y adolescentes con capacidad legal de consentir. Normalmente estos tipos penales aluden al aprovechamiento de la inmadurez o el engaño como medios comisivos, sin una delimitación precisa. Es conveniente sustituir estas fórmulas por parámetros más objetivos, como una diferencia de edad determinada y que aseguren que la tipicidad no depende de la experiencia sexual previa de las personas menores de edad. De este modo, tipos penales como la "corrupción de menores" deberían ser eliminados.

En igual sentido, la tipificación de la trata de personas debe claramente establecer la irrelevancia del consentimiento de la víctima y deben proveerse medidas de protección y reparación específicas para NNyA, tanto cuando son víctimas directas de la trata como cuando la sufren de modo asociado a sus padres u otros familiares o responsables legales.

A su vez, es imprescindible armonizar los demás tipos penales con los referidos a la trata de personas, de modo que se evite que su penalización sea desplazada por figuras especiales con sanciones menores. En este

campo, se debe prestar especial atención a las leyes que penalizan prácticas asociadas al llamado "turismo sexual".

También es recomendable revisar los tipos penales que criminalizan a las personas que realizan actos de abuso sexual infantil valiéndose de pagos o contraprestaciones económicas para los NNyA u otras personas. Aunque estas prácticas pueden tener una penalización independiente, su sanción en ningún caso debe ser inferior a la establecida para los abusos practicados por otros medios.

Es conveniente modificar la denominación de la llamada "pornografía infantil", y reemplazarla por términos como "imágenes de abuso sexual infantil" u otros similares y asegurar que su tipificación comprende la mera posesión, descarga o visualización de imágenes, por cualquier medio.

Otras prácticas vinculadas al abuso sexual infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, como el grooming o la sextorsion<sup>163</sup> deberían ser penalizadas -en este último caso, con penalidades agravadas cuando las víctimas sean NNyA-.

Todos los delitos de características sexuales contra NNyA deben ser perseguibles de oficio, sin requerirse acción o instancia privada. Aunque no parece ser un problema regional, algunos países todavía no recogen esta regla. Además, deben promoverse medidas para evitar la reiteración del testimonio de las víctimas y otras instancias de revictimización -incluyendo la utilización de Cámara Gesell, que debe ser establecida por ley-.

Finalmente, el matrimonio y otras uniones análogas no deben ser admisibles por debajo de los 18 años, sin excepciones.

### **- El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil**

En general, la edad mínima de admisión al empleo debe elevarse en toda la región, armonizándola con la edad de finalización de la educación obligatoria o, al menos, fijándola en 15 años. A su vez, se debe verificar que la edad mínima sea aplicable a todas las actividades, incluyendo los trabajos rurales, familiares y autónomos. Las excepciones a la regla de la edad mínima deben limitarse a las actividades artísticas o culturales remuneradas, bajo estrictas reglas de supervisión y limitación horaria.

En el caso de que la edad mínima de admisión al empleo sea inferior a la de educación obligatoria, se recomienda establecer jornadas reducidas de trabajo, prohibición de imposición de horas extra y vacaciones pagas obligatoriamente durante el período de receso escolar.

En general, todos los países prohíben el trabajo insalubre, peligroso y nocturno de los NNYA, pero es conveniente delimitar con claridad las actividades y horarios que encuadran en esas categorías, integrando sus definiciones a las leyes de protección y códigos del trabajo. Es conveniente incorporar el trabajo doméstico a la lista de trabajos prohibidos para NNYA. En este sentido, se recomienda enfáticamente la ratificación del Convenio 189 de la OIT sobre trabajo doméstico, así como de los Convenios 79 y 90 sobre el trabajo nocturno de las personas menores de edad, para aquellos países que aún no lo han hecho<sup>164</sup>.

#### - El derecho a la salud

Este campo presenta muchas asignaturas pendientes en toda la región. Salvo las excepciones ya apuntadas de Argentina y Uruguay, es necesario que las leyes de protección de NNYA y aquellas referidas a los derechos de los usuarios del sistema de salud reconozcan el derecho de todos los NNYA, independientemente de su edad, a realizar consultas médicas de manera autónoma y confidencial, y a ser oídos respecto de cualquier tratamiento médico que se les aplique. Además, debería reconocerse el derecho a decidir de manera autónoma sobre los tratamientos médicos, de acuerdo al principio de autonomía progresiva, y los tratamientos invasivos deberían contar siempre con el consentimiento de las y los adolescentes.

De conformidad con las recomendaciones que ha realizado el Comité de los Derechos del Niño en la última década, la interrupción voluntaria de los embarazos cuando estos no son deseados no debería estar criminalizada, especialmente si provienen de abusos sexuales. En cualquier caso, aún si se permite la práctica del aborto con causales, la ley debiera prever expresamente que las opiniones de las niñas y adolescentes se escuchen y se tengan siempre en cuenta.

#### - El derecho a la educación

Para aquellos países que aún no lo han hecho, se recomienda extender la gratuidad y obligatoriedad de

la educación al ciclo inicial -al menos uno o dos años- y al ciclo secundario o medio<sup>165</sup>.

A nivel regional, el derecho a la educación gratuita y obligatoria puede mejorarse en dos aspectos: el reconocimiento legal del derecho a la asistencia económica y social para los NNYA con dificultades materiales para acceder a la educación y las medidas específicas para las adolescentes que son madres y los adolescentes que son padres. Mientras la primera cuestión está asociada a las capacidades económicas de cada Estado, la segunda puede tener respuesta mejor respuesta con medidas que en muchos casos no implican erogaciones presupuestarias. En este sentido, es necesario que la legislación no solo reconozca el derecho de las adolescentes a no ser sancionadas a causa de su gravidez, sino también que se provea un marco normativo que contemple otras necesidades, como contar con permisos para la lactancia, tener apoyo escolar fuera del horario regular, justificar sus inasistencias también por la atención de la salud de sus hijos, entre otros. Además, es imprescindible que se prevean medidas equivalentes para los adolescentes que son padres, incluyendo la eximición de inasistencias con posterioridad al parto, a fin de promover la distribución equitativa de responsabilidades en el cuidado de los niños y se contrarresten los estereotipos de género.

En relación con ello, varios países han sancionado leyes sobre la promoción de la igualdad de género o la educación sexual que actualizan valiosamente los objetivos de la educación. En muchos casos, aún está pendiente armonizar las leyes generales de educación con estas nuevas normas.

Algunos países brindan educación religiosa en escuelas públicas. En estos casos, es necesario que la ley defina claramente el carácter optativo de esas clases y que se impartan fuera del curricular regular. Además, es recomendable que se prevean mecanismos confidenciales para que los NNYA puedan expresar su deseo de asistir o no a estos cursos, aún contra la voluntad de sus padres o responsables legales.

En general, muchos códigos o leyes de protección reconocen el derecho de los NNYA a asociarse y participar de la gestión educativa. Es recomendable armonizar las leyes específicas de educación para que este derecho pueda concretarse en la práctica, previendo instancias específicas de participación.

Algo similar sucede respecto a la educación intercultural o etnoeducación, mayormente reconocida





© UNICEF Honduras/2013

en la región de modo general, pero reducida en las cláusulas operativas de las leyes a la educación bilingüe. Por ello, se sugiere revisar las leyes de educación de conformidad la Observación General nro. 11 del Comité de los Derechos del Niño<sup>166</sup>.

En el caso de la educación inclusiva, la investigación reflejó que son necesarias reformas más profundas. En general, el paradigma integrador sigue predominando y en algunos casos aún persiste el enfoque segregacionista. Por ello, se recomienda una revisión exhaustiva de la legislación siguiendo especialmente los lineamientos fijados por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General sobre el derecho a la educación inclusiva<sup>167</sup>.

### **- Los sistemas de responsabilidad penal adolescente**

Esta investigación refleja que, a nivel regional, es necesario revisar las leyes referidas a los sistemas de responsabilidad penal adolescente en procura de restringir su alcance. En los últimos años, varios países efectuaron reformas legales en sentido inverso, expandiendo los delitos sobre los cuales resulta aplicable el sistema o aumentando las penas. En este momento, en muchos países hay iniciativas de reforma en curso con sentido fuertemente criminalizante, incluyendo las que proponen reducir la edad de responsabilidad penal.

Por el contrario, la investigación muestra que muchos

países fijan una edad mínima de responsabilidad penal excesivamente baja. En general, se recomienda que la edad mínima nunca sea inferior a los 14 años y que se estudie la posibilidad de fijar un piso más alto para las medidas privativas de la libertad.

En igual sentido, es recomendable que el sistema de responsabilidad penal se aplique exclusivamente a delitos graves, eliminando o restringiendo la punibilidad de los delitos cometidos sin violencia en las personas.

A su vez, es necesario reducir las penas máximas privativas de la libertad, las que deben estar claramente establecidas en la ley y siempre admitir mecanismos de suspensión condicional y liberación anticipada.

En idéntico sentido, es recomendable extender las salidas alternativas al proceso, incorporando procedimientos como la conciliación o extendiendo otros normalmente previstos en las leyes de la región -como la remisión o la suspensión del juicio a prueba- a una mayor cantidad de casos, sin que se los reduzca a los delitos leves.

El cumplimiento de las medidas privativas de la libertad debe estar sometido a estricto control judicial. Por ello, las sanciones que se impongan durante la ejecución deben ser comunicadas a la defensa técnica del adolescente y habilitarse su impugnación judicial. En este ámbito, debe prohibirse taxativamente la incomunicación y el aislamiento, sin excepciones.

#### Citas y notas a pie de página:

- 1 Se siguió un criterio geográfico-cultural para la delimitación de los países alcanzados.
- 2 “Las reformas legales y la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, Centro de Investigaciones Innocenti, UNICEF, 2008.
- 3 “Implementation handbook for the Convention on the rights of the child”, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, 3ra. edición, 2007. Edición anterior disponible en español (2002).
- 4 Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlo (Decreto Legislativo 1297/2016). Ver también su reglamentación por Decreto Supremo 1/2018 MIMP.
- 5 Ver en especial la Ley “Para la prevención y el combate de la Trata de Personas” de Uruguay (Ley 19.643/2018) y la ley contra la “Violencia hacia las mujeres basada en género” (Ley 19.580/2017).
- 6 Debe recordarse que en su Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, el Comité lo definió como un derecho sustantivo, un principio interpretativo fundamental y una norma de procedimiento para cualquier decisión que se tome en relación a los niños. CRC/C/GC/14.
- 7 Caso de Chile.
- 8 Caso de Panamá.
- 9 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 125.
- 10 Ver en este sentido Implementation handbook for the Convention on the rights of the child, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, 3ed., revisada, 2007, pag. 100.
- 11 Art. 50.2 Ley 6015/1973 (t.o. Ley 9.053/1995): “Los indios, mientras no estén integrados, no estarán obligados a la inscripción de nacimiento. Este podrá ser hecho en el libro propio del órgano federal de asistencia a los indios”.
- 12 CRC/C/GC/11, párr. 11. Si bien la situación de las niñas y niños de comunidades que viven en aislamiento voluntario puede tener otro enfoque desde el derecho internacional de los derechos humanos, se advierte que la exención que prevé la ley brasileña es excesivamente amplia y difusa. Sobre las comunidades en aislamiento voluntario, ver “Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la región amazónica, el Gran Chaco, y la región oriental de Paraguay”, Resultado de las consultas realizadas por ACNUDH en la región: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela, Mayo de 2012; ver también “Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos”, CIDH, Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, OEA/Ser.L/V/II. Doc.47/13.
- 13 A su vez, el hecho mismo de denegar la nacionalidad a las niñas y niños nacidos en el país por la circunstancia de que sus padres no tengan residencia legal puede implicar una violación al artículo 7 de la Convención. Este artículo establece que las niñas y niños tendrán derecho desde que nacen “a adquirir una nacionalidad”, aclarándose que “Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”. Existe consenso en torno a que la expresión “derecho a adquirir una nacionalidad” procede del artículo 24.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha dicho que “si bien esta disposición responde al objetivo de evitar que un niño reciba menos protección por parte de la sociedad y del Estado como consecuencia de su condición de apátrida, no necesariamente impone a los Estados la obligación de otorgar su nacionalidad a todo niño nacido en su territorio. Sin embargo, los Estados están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas, tanto en el plano nacional como en cooperación con otros Estados, para garantizar que todo niño tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento” (Comité de Derechos Humanos, Observación general 17, 1989, HRI/GEN/1/Rev.7, párrafo 8). Con más contundencia, al expedirse sobre un caso referido a la República Dominicana, la Corte IDH remarcó que aunque “la determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados (...), su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados”, por lo que “en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, dicha facultad de los Estados está limitada, por un lado, por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia (Corte IDH, “Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, sentencia del 08/09/2005, párr. 140).
- 14 Noruega CRC/C/15/Add.23, párrafo 10. Véase también Dinamarca CRC/C/15/ Add.33, párrafo 10.
- 15 Ver en igual sentido el art. 20.3 CDN.
- 16 Art. 25 “Código de la Infancia y la Adolescencia” de Colombia.
- 17 Art. 25 “Código de la Infancia y la Adolescencia” de Colombia.
- 18 Observación General núm. 20, “Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34.
- 19 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 25 de noviembre de 2017, párr. 154. Ver también Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, “Principios de Yogyakarta”, en cuyo preámbulo se afirma que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”.





- 20 En el caso de Chile, exclusivamente a partir de los 14 años de edad.
- 21 Art. 57 CNA.
- 22 Art. 200.1 Código de Familia de Honduras. En similar sentido, el art. 201 establece la suspensión de la patria potestad por “Ebridad habitual o uso indebido de drogas heroicas y estupefacientes”.
- 23 Art. 240 Código de Familia de El Salvador.
- 24 Art. 241 Código de Familia de El Salvador.
- 25 Ver en este sentido Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) de México.
- 26 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 152.
- 27 Art. 9.1 CDN: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño” (el destacado es propio). En el mismo sentido, se afirma en las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños” que “Toda decisión sobre la remoción de la guarda de un niño contra la voluntad de sus padres debe ser adoptada por la autoridad competente, de conformidad con las leyes y procedimientos aplicables y estar sujeta a revisión judicial, garantizándose a los padres el derecho de recurso y el acceso a asistencia letrada adecuada” (A/RES/64/142, párr. 46).
- 28 Art. 22 LGDNNA México.
- 29 Sancionada en 1981 (Ley 862/1981) y modificada sustantivamente en 2007 (Ley 614/2007).
- 30 Cfr. arts. 23 y 26 Ley de Adopción de Nicaragua.
- 31 Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, A/HRC/34/55, párr. 81. Entre otras medidas, la Relatora ha recomendado examinar “las leyes y reglamentos nacionales para asegurarse de que no contribuyen a la creación o el mantenimiento de un entorno propicio para las adopciones ilegales” (párr. 95.1.c).
- 32 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 318.
- 33 A/RES/64/142.
- 34 Las excepciones más notorias en este punto son las Panamá y, una vez más, Cuba.
- 35 “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”, A/RES/64/142, párr. 78.
- 36 Ver el estudio sobre las adopciones ilegales presentado en el Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, A/HRC/34/55.
- 37 En Argentina está expresamente prohibido, en tanto que en El Salvador se debe verificar que la relación tenga un origen lícito. En México, Paraguay y Perú, las personas que acogen informalmente a un NNoA están obligadas a comunicarlo de manera inmediata a las autoridades, pero no se les prohíbe solicitar la adopción.
- 38 Por ejemplo, en Panamá, “cuando un niño, niña o adolescente ha sido entregado para su crianza por su padre o su madre, o por ambos, a un tercero apto para ejercer la guarda, este se considerará como la primera opción para el otorgamiento del acogimiento” y luego se lo habilita a solicitar la adopción sin que existan requisitos adicionales a los de los demás adoptantes o un proceso que investigue las circunstancias en las que se produjo la entrega del NNoA (art. 8 Ley General de Adopciones, ver también art. 122). Ver en el mismo sentido el Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia (art. 67) y la “Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes” de Venezuela (art. 400).
- 39 CRC/C/COL/CO/4-5, 06/03/2015.
- 40 Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, A/HRC/34/55, párr. 66. También el Comité ha observado que la participación de instituciones privadas “aumenta el riesgo de que se obtengan beneficios materiales indebidos y se realicen otras prácticas, como la venta de niños para su adopción” (CRC/C/COL/CO/4-5, 06/03/2015, párr. 35.B).
- 41 Una vez más, Argentina y El Salvador son la excepción, junto con Uruguay y Panamá. Chile, Ecuador y Venezuela, por ejemplo, también regulan esta posibilidad, pero fijan un plazo de prescripción 4, 2 y 1 año respectivamente.
- 42 Art. 25.4 Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.
- 43 En Cuba, México y Nicaragua no se hace ninguna mención a este derecho. En Costa Rica el Código de Familia -donde se regulan las adopciones- tampoco reconoce este derecho, aunque podría entenderse que se desprende del artículo 30 del Código de la Niñez y la Adolescencia.
- 44 Es claro que al referirse a “los padres”, la Convención alude a los padres biológicos, aunque dado el avance de las técnicas de reproducción humana asistida se ha aclarado que “La definición de ‘padres’ incluye a los padres biológicos (lo cual es importante para el niño, aunque sólo sea por razones médicas) y a los padres de nacimiento, es decir, la madre que da a luz y el padre que reclama la paternidad por su relación con la madre en el momento del nacimiento (o cualquiera que sea la definición social de padre en la cultura en cuestión, ya que estas definiciones sociales son importantes para la identidad del niño)”. Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 130/1.
- 45 Hodgkin y Newell explican con claridad que? significa “en la medida de lo posible”. “Cabe distinguir diferentes situaciones: en primer lugar, cuando es imposible identificar a uno de los progenitores (por ejemplo, cuando la madre no sabe quién es el padre o cuando el niño ha sido abandonado). En estos casos, los Estados Partes poco pueden hacer, aunque el artículo 2 estipule que la legislación no debe discriminar a esos niños. En segundo lugar, cuando la madre se niega a identificar al padre (incluso en circunstancias extremas, como, por ejemplo, el incesto o la violación). Aunque existiese la posibilidad de exigir legalmente a la madre que identifique al padre, sería difícil hacer cumplir esta obligación y podrían surgir conflictos entre los derechos de la madre y los del niño. En tercer lugar, cuando el Estado decide que el progenitor no debe ser identificado. Por ejemplo: cuando las leyes de adopción limitan el derecho y el acceso del niño

- a la información sobre sus padres biológicos...”. De acuerdo a los autores citados y de conformidad con numerosos precedentes del Comité, este último caso es incompatible con la Convención. Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 131.
- 46 Con la excepción de Argentina, que no permite la adopción internacional de NNyA argentinos.
  - 47 Se trata de Brasil, Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.
  - 48 Por ejemplo, Argentina (prohibidos con claridad solo en el ámbito familiar y educativo) y República Dominicana (prohibidos en el ámbito escolar y durante la ejecución de las sanciones previstas en el sistema de responsabilidad penal adolescente).
  - 49 Por ejemplo, el Código Civil Federal de México establece que “quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo”, aunque se aclara que dicha “facultad de corregir no implica infligir al menos actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el art. 323 ter de este Código” (art. 423).
  - 50 Art. 253 Código Civil de Guatemala.
  - 51 Ver en este sentido legislación de República Dominicana y Costa Rica.
  - 52 Ley 8589/2007.
  - 53 Decreto No. 132/97, reformado por Decreto 250-2005 y Decreto 35-2013.
  - 54 Ley 19.580/2017.
  - 55 Argentina aprobó una ley similar en 2018.
  - 56 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 40. Debe advertirse que aun refiriéndose a edades mínimas más elevadas para el consentimiento sexual fijadas en otros países de la región, el Comité señaló que “observa con preocupación que la bajísima edad mínima para el consentimiento sexual (13 años) aumenta el riesgo de que los niños sufran abusos sexuales y tengan embarazos precoces” (CRC/C/CRI/4, párr. 26).
  - 57 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 40.
  - 58 En Bolivia, donde la edad mínima para el consentimiento sexual es de 14 años, están exceptuadas de sanción las relaciones consensuadas entre adolescentes mayores de 12 años, siempre que no exista diferencia de edad mayor de 3 años, entre ambos, y no se haya producido violencia ni intimidación. Del mismo modo, en Chile no son punibles las personas menores de edad que tengan relaciones sexuales con menores de 14 años, si no existe entre ellos una diferencia de más dos o tres años (según el tipo de acto sexual). Sin embargo, en notoria violación al principio de no discriminación, la legislación chilena establece una edad mayor para el consentimiento sexual cuando las relaciones se dan entre personas del mismo sexo: el Código Penal considera delictivo todo acto sexual entre personas del mismo sexo, si alguna de ellas es menor de 18 años (art. 365). Por si fuera poco, la exclusión de la punibilidad si ambos fueran menores -en este caso- no es clara, pues de una interpretación literal del art. 4 de la ley 20.084 se desprende que si dos adolescentes del mismo sexo tienen relaciones -y uno tiene 14 y otro 17 años-, ambos son punibles. En el caso de Costa Rica, se criminalizan todos los actos sexuales con personas menores de edad, excepto que estas tengan entre 13 y 15 años y la diferencia de edad con el autor no sea superior a 5 años, o bien que tengan entre 15 y menos de 18 años y la diferencia de edad sea inferior a 7 años. Resulta destacable que esta excepción no rige si existe una relación de parentesco.
  - 59 Art. 3.c del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo): “La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará ‘trata de personas; incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo”.
  - 60 Este término, también conocido como manipulación psicológica o seducción en línea, se utiliza para “describir el proceso encaminado a inducir a menores de edad para que manifiesten un comportamiento de carácter sexual o mantengan conversaciones de carácter sexual con o sin su conocimiento. También se llama así al proceso que implica la comunicación y la socialización entre el agresor y el niño o niña con el fin de hacerlo más vulnerable al abuso sexual” (“La seguridad de los niños en línea: retos y estrategias mundiales”, Centro de Investigaciones Innocenti, UNICEF, 2012, pág. 30).
  - 61 En este sentido, debe tenerse presente que “Las autoridades encargadas de aplicar la ley se encuentran ante retos particularmente infranqueables cuando la ley no proporciona una definición clara de la actividad delictiva. Por ejemplo, para demostrar que se ha cometido un delito, ¿es suficiente con demostrar la “intención” de atraer a un niño, inclusive si no ha habido contacto físico?, ¿qué prueba se requiere para demostrar la “intención”?”. “La seguridad de los niños en línea: retos y estrategias mundiales”, Centro de Investigaciones Innocenti, UNICEF, 2012, pág. 12.
  - 62 En México, la LGDNNA dispone que “Las leyes federales y de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán como edad mínima para contraer matrimonio los 18 años” (art. 45). El Código Civil Federal ya fue adecuado a esta regla, al igual que los códigos de las entidades federativas, con la única excepción de Baja California donde siguen siendo admisibles los matrimonios por debajo de esa edad en casos excepcionales o con dispensas.
  - 63 Ver en este sentido Comité? para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general 21, 1994, HRI/GEN/1/Rev.7.
  - 64 Art. 32.2 de la CDN.
  - 65 Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), OIT.
  - 66 Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1936 (núm. 58, en situación provisoria), Convenio sobre el examen médico de los menores (industria), 1946 (núm. 77), Convenio sobre el examen médico de los menores (trabajos no industriales), 1946 (núm. 78).



- 67 Ver por caso sus observaciones finales sobre Nicaragua: “También se propone al Gobierno que estudie la ampliación de la enseñanza obligatoria a nueve años de escolarización, a la vez que se procura que la edad de terminación de la enseñanza obligatoria se armonice con la edad mínima para trabajar...” (Nicaragua CRC/C/15/Add.36, párrafo 38). En el mismo sentido, al examinar a Túnez señaló que “la discrepancia legislativa entre la edad para terminar la enseñanza obligatoria y la edad mínima para la admisión al empleo pueda alentar a los adolescentes a abandonar el sistema escolar” (Túnez CRC/C/15/Add.39, párrafo 9).
- 68 Solamente Cuba y Panamá tienen una legislación armónica entre la edad de admisión al empleo y de conclusión de la educación obligatoria. Sin embargo, en ambos países la edad de finalización de la educación obligatoria es de las más bajas de la región (15 y 14 años respectivamente).
- 69 El Salvador, Guatemala (con permiso de las autoridades y en supuestos excepcionales se admite desde los 12 años), Honduras, Nicaragua, Panamá (con excepción de trabajos agrícolas y doméstico donde se admite desde los 12 años), República Dominicana y Venezuela. Además, Brasil permite el trabajo rural o como aprendiz desde los 14 años.
- 70 Aunque en 2017 el Tribunal Constitucional Plurinacional declaró la inconstitucionalidad esta disposición del Código NNyA, por lo que en los hechos rige el límite de 14 años.
- 71 Art. 32.2.B CDN.
- 72 Art. 28.1.E CDN.
- 73 De todas formas, es justo decir que algunas disposiciones de la Constitución y el Estatuto del Niño y Adolescente de Brasil sobre este tema se encuentran entre las más progresivas de la región.
- 74 Allí además se fija la edad mínima de admisión al empleo en 14 años (aunque se deja abierta la posibilidad de establecer excepciones por ley), se prohíbe el trabajo nocturno por debajo de los 16 años y se prohíbe el trabajo insalubre para todas las personas menores de edad (Art. 70 Const. Panamá).
- 75 Art. 123, A. III Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 76 Art. 123, A. XI Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 77 Art. 88 CNA Costa Rica.
- 78 Art. 32.1 CDN: “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”. Art. 3 Convenio 138 OIT: “1. La edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a dieciocho años. 2. Los tipos de empleo o de trabajo a que se aplica el párrafo 1 de este artículo serán determinados por la legislación nacional o por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan. 3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, la legislación nacional o la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan, podrán autorizar el empleo o el trabajo a partir de la edad de dieciséis años, siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, y que éstos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente.”
- 79 Ver también Recomendación 190 de la OIT que lo complementa.
- 80 Estos convenios establecen que los niños menores de 14 años o que reciban una educación a tiempo completo deben disponer de un período de 14 horas para descansar, incluyendo el período entre las 8 de la tarde y las 8 de la mañana (artículo 2.1 del Convenio núm. 79); todas las personas menores de 16 años deben disponer de 12 horas de descanso (artículo 3 del Convenio núm. 79 y artículo 2 del Convenio núm. 90), y las personas entre 16 y 18 años al menos de siete horas (artículo 2 del Convenio núm. 90).
- 81 Convenio 189 OIT. Ver Tabla 3.
- 82 Por ejemplo, en sus últimas observaciones finales a la República Dominicana (2015), el Comité instó al Estado a que “a) Revise su legislación para prohibir el empleo de los niños menores de 15 años de edad y asegurar que todas las formas de trabajo peligrosas, incluido el trabajo doméstico, estén prohibidas para los menores de 18 años”. CRC/C/DOM/CO/3-5, párr. 65. Ver en el mismo sentido observaciones finales sobre México, CRC/C/MEX/CO/4-5 (2015) p. 64 a).
- 83 Ver art. 5.2 Convenio 138 OIT. En este sentido, la Recomendación 146 de la OIT recuerda que “Se debería fijar la misma edad mínima para todos los sectores de actividad económica” y que “En los casos en que no sea factible en lo inmediato fijar una edad mínima de admisión para todos los empleos en la agricultura y actividades conexas en las zonas rurales, se debería fijar una edad mínima de admisión, por lo menos, para el trabajo en las plantaciones y en otras explotaciones agrícolas que produzcan principalmente con destino al comercio, a las que sea aplicable el párrafo 3 del artículo 5 del Convenio sobre la edad mínima, 1973” (arts. 6 y 7 Recomendación 146 OIT).
- 84 Art. 24 CDN.
- 85 Ver en especial las observaciones generales nro. 3 (El VIH/SIDA y los derechos del niño), 4 (La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño), 7 (Realización de los derechos del niño en la primera infancia), 9 (Los derechos de los niños con discapacidad), 18 (sobre las prácticas nocivas), 20 (sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia) y 21 (sobre los niños de la calle) y
- 86 Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24).
- 87 Véase, por todos, la Observación General nro. 12 del Comité, sobre derecho del niño a ser oído, donde con toda contundencia se afirma que el “El derecho al asesoramiento y consejo es distinto del derecho a otorgar consentimiento médico y no se debe someter a ninguna limitación de edad”. CRC/C/GC/12, párr. 101.
- 88 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 8.

- 89 Observación General N° 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, CRC/C/GC/15, párr. 31.
- 90 En cualquier caso, debe advertirse que en las Orientaciones generales para los informes periódicos, el Comité indica a los Estados que deben proveer información sobre la edad mínima para el tratamiento médico o las intervenciones quirúrgicas sin el consentimiento de los padres (párrafo 24).
- 91 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 39.
- 92 Se entiende por embarazo forzado aquellos casos en que la niña o adolescente queda embarazada sin haberlo buscado o deseado y se le niega, dificulta, demora u obstaculiza la interrupción del embarazo.
- 93 Ver entre otros Comité contra la Tortura (CAT/C/PER/CO/4, párr. 23), Comité de Derechos Humanos (Observación general N° 28, párr. 11), el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles (A/HRC/22/53 y A/HRC/31/57); el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW/C/OP8/PHL/1).
- 94 Ver observaciones finales sobre Argentina (CRC/C/ARG/CO/5-6, 2018), Brasil (CRC/C/BRA/CO/2-4, párr. 59/60, 2015), Chile (CRC/C/CHL/CO/4-5, párr. 61, 2015), Colombia (CRC/C/COL/CO/4-5, párr. 44, 2015), Costa Rica (CRC/C/CRI/CO/4, párr. 62, 2011), Ecuador (CRC/C/ECU/CO/5-6, párr. 35.c, 2017), El Salvador (CRC/C/SLV/CO/5-6, párr. 36.D, 2018), Guatemala (CRC/C/GTM/CO/5-6, párr. 33, 2018), Honduras (CRC/C/HND/CO/4-5, párr. 64, 2015), México (CRC/C/MEX/CO/4-5, p. 50.c, 2015), Nicaragua (CRC/C/NIC/CO/4, párr. 59.B, 2010), Panamá (CRC/C/PAN/CO/5-6, párr. 31., 2018), Perú (CRC/C/PER/CO/4-5, párr. 55.b, 2016), República Dominicana (CRC/C/DOM/CO/3-5, párr. 52, 2015) y Venezuela (CRC/C/VEN/CO/3-5, párr. 56, 2014).
- 95 El Salvador, Honduras, Nicaragua y República Dominicana.
- 96 Solo admiten el aborto terapéutico (riesgo de vida para la mujer gestante): Costa Rica (también se admite eximición de pena en caso de violación), Ecuador (o en caso de violación sobre una mujer con discapacidad), Guatemala, Paraguay, Perú y Venezuela. Los países que agregan como causal de despenalización que el embarazo sea producto de una violación o la inviabilidad extrauterina del feto: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, México (excepto en CDMX, donde está despenalizado si se practica en las primeras 12 semanas) y Panamá.
- 97 “Ley de interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, Ley 21.030/2017.
- 98 Si bien no se requiere la conformidad de su representante legal, la ley dispone que el equipo de salud debe informarlo, a menos que ello implique un grave riesgo de maltrato psíquico o físico. En ese caso, se deberá informar a algún adulto responsable que la adolescente señale.
- 99 Si éste no fuera localizado, se negare o a juicio del médico requerir tal autorización podría generar un riesgo grave de maltrato físico o psíquico u otras acciones que vulneren la integridad de la niña, esta podrá solicitar -con la asistencia de un integrante del equipo de salud- la intervención del juez para que constate la ocurrencia de la causal.
- 100 En caso de que éstos nieguen el asentimiento, o fuera imposible obtenerlo, las adolescentes pueden solicitar una autorización judicial. El juez competente debe resolver en 3 días, luego de oír a la adolescente y al Ministerio Público, en un procedimiento verbal y gratuito.
- 101 “Un enfoque de la educación basado en los derechos humanos”, UNICEF y UNESCO, 2008, págs. 7/8.
- 102 *Ibid.*
- 103 Ver Tabla 2.
- 104 En Colombia la Constitución establece que la educación es obligatoria hasta los quince años de edad y que “comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica” (art. 67), sin que sea extendido por la Ley General de Educación. En Cuba, la Constitución estableciendo su gratuidad “desde la primera infancia hasta la enseñanza universitaria de posgrado”, mientras que la obligatoriedad queda librada a lo que se defina en la ley, donde se ha fijado que comprende desde la educación primaria hasta la secundaria básica (la educación primaria consta de 6 grados y la secundaria básica tiene 3 grados, totalizando 9 años de educación obligatoria, ver art. 73 Constitución de Cuba). En Panamá, la Ley Orgánica de Educación fija la obligatoriedad desde la etapa preescolar (4 y 5 años) hasta la etapa pre-media (12 a 14 años) y se garantiza la gratuidad hasta los tres años de educación media (15 a 17 años).
- 105 Art. 19 inc. 10 Constitución Política de la República de Chile.
- 106 Niveles preescolar, general básica y diversificada.
- 107 Art. 78: “La educación preescolar, general básica y diversificada son obligatorias y, en el sistema público, gratuitas y costeadas por la Nación. En la educación estatal, incluida la superior, el gasto público no será inferior al ocho por ciento (8%) anual del producto interno bruto, de acuerdo con la ley, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 84 y 85 de esta Constitución. El Estado facilitará el acceso tecnológico a todos los niveles de la educación, así como la prosecución de estudios superiores a quienes carezcan de recursos pecuniarios. La adjudicación de las becas y los auxilios estará a cargo del Ministerio del ramo, por medio del organismo que determine la ley”. Reformado por ley N° 8954/2011.
- 108 Art. 82: “El Estado proporcionará alimento y vestido a los escolares indigentes, de acuerdo con la ley.”
- 109 Art. 82.2 Constitución de Bolivia.
- 110 Art. 76 LGE, reformado por D. L. 180/2003, El Salvador.
- 111 Art. 113 LGE El Salvador.
- 112 Art. 6o, 2do párr. LGE México.
- 113 Art. 6º, 3er párr. LGE México.
- 114 Arts. 32 a 36 LGE México.
- 115 Art. 32, 2do párr. LGE México.
- 116 Art. 45 párrafo II CNNA Rep. Dominicana.
- 117 Art. 47 CNNA Rep. Dominicana.
- 118 Art. 56 CAN Costa Rica.
- 119 Art. 81 LEPINA El Salvador.
- 120 Art. art. 21.C, Ley 19.580 Uruguay.
- 121 Ley 27.234, sancionada en 2015.
- 122 Se trata de Guatemala, Venezuela, Brasil, Panamá y República Dominicana.
- 123 Art. 18.4 PIDCP: “Los Estados Partes en el presente Pacto se





- comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”
- 124 Como se explica en el “Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño” de UNICEF, “Es el niño quien ejerce el derecho. Los padres pueden guiarlo, pero de una manera que se corresponda con la evolución de sus facultades y de conformidad con la Convención en su conjunto. El hecho de ‘guiar’ debe excluir, por ejemplo, toda forma de violencia física o mental (artículo 19). Y deben tenerse en cuenta las opiniones del niño: el artículo 12 protege el derecho de todo niño a formarse un juicio propio y a expresar sus opiniones libremente ‘en todos los asuntos que [le] afectan’, incluida la religión y la elección de ésta”. Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 212/3.
- 125 Ver en este sentido Observación General nro. 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 22 (E/C.12/GC/22).
- 126 “La discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación” 126. Observación General nro. 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 12 (E/C.12/GC/22).
- 127 Observación General nro. 1, Párrafo 1 del Artículo 29: Propósitos de la Educación, CRC/GC/2001/1, párr. 8.
- 128 Art. 11 Ley Fundamental de Educación de Honduras.
- 129 Si bien esta ley contiene un extenso capítulo sobre “la participación social en la educación”, allí se alude exclusivamente a la intervención de los padres de familia y a los consejos de participación social, que no cuentan con representantes estudiantiles.
- 130 Art. 57 inc. XV LGDNNNA.
- 131 Ley 20.370, arts. 3.G y 15 de Chile. Además, el decreto 24 de 2005 establece que la participación de los estudiantes será efectuada a través del presidente del centro de alumnos, en caso de que exista en la institución educativa de que se trate. Por ello, si el centro de estudiantes no está organizado, no hay participación de los alumnos en el Consejo Escolar.
- 132 Observación General nro. 11 (2009), “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención”, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/11.
- 133 *Ibíd.*, párr. 60.
- 134 *Ibíd.*, párr. 60.
- 135 *Ibíd.*, párr. 62.
- 136 Art. 27 Ley Fundamental de Educación de Honduras.
- 137 Observación General nro. 9 (2006), “Los derechos de los niños con discapacidad”, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/9.
- 138 *Ibíd.*, párr. 62.
- 139 Art. 24 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.
- 140 Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/GC/4.
- 141 *Ibíd.*, párr. 9.
- 142 *Ibíd.*, párr. 11. Se explica allí que “La exclusión se produce cuando se impide o se deniega directa o indirectamente el acceso de los alumnos a todo tipo de educación. La segregación tiene lugar cuando la educación de los alumnos con discapacidad se imparte en entornos separados diseñados o utilizados para responder a una deficiencia concreta o a varias deficiencias, apartándolos de los alumnos sin discapacidad. La integración es el proceso por el que las personas con discapacidad asisten a las instituciones de educación general, con el convencimiento de que pueden adaptarse a los requisitos normalizados de esas instituciones. La inclusión implica un proceso de reforma sistémica que conlleva cambios y modificaciones en el contenido, los métodos de enseñanza, los enfoques, las estructuras y las estrategias de la educación para superar los obstáculos con la visión de que todos los alumnos de los grupos de edad pertinentes tengan una experiencia de aprendizaje equitativa y participativa y el entorno que mejor corresponda a sus necesidades y preferencias.”
- 143 *Ibíd.*, párr. 12.
- 144 Art. 27 Ley Fundamental de Educación de Honduras.
- 145 CRC/C/HND/CO/4-5, párr. 58.
- 146 Art. 84 LEPINA: “El Estado garantizará programas integrados o especiales según el caso, para las niñas, niños y adolescentes con discapacidad física o mental, especialmente destinados a asegurarles el acceso efectivo a la educación, la capacitación y las oportunidades de esparcimiento. Los centros educativos públicos y privados deberán adecuar su infraestructura para garantizar el acceso a este derecho”. En el mismo sentido, el art. 34 de la Ley General de Educación: “La Educación Especial es un proceso de enseñanza-aprendizaje que se ofrece, a través de metodologías dosificadas y específicas, a personas con necesidades educativas especiales. La Educación de personas con necesidades educativas especiales se ofrecerá en instituciones especializadas y en centros educativos regulares, de acuerdo con las necesidades del educando, con la atención de un especialista o maestros capacitados.”
- 147 Art. 4.m LGE de República Dominicana.
- 148 Art. 58 Ley 9394/1996 (t.o. Ley 12.796/2013) de Brasil.
- 149 Art. 58.2 Ley 9394/1996 (t.o. Ley 12.796/2013) de Brasil.
- 150 Art. 19 Ley 42/1999 (modificada por la Ley 15/2016).
- 151 Observación General nro. 10 (2007), Los derechos del niño en la justicia de menores, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/10.
- 152 En 12 años: Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, México (menores de 14 no pueden ser privados de la libertad), Panamá (menores de 15 no pueden ser privados de la libertad). En 13 años: Guatemala, Nicaragua (menores de 15 no pueden ser privados de la libertad), República Dominicana y Uruguay
- 153 Observación General nro. 10 (2007), “Los derechos del niño en la justicia de menores”, CRC/C/GC/10, párr. 33.
- 154 Art. 181 Código de la Infancia y la Adolescencia.
- 155 Además, debe recordarse que Venezuela realizó el procedimiento de denuncia.

156 Al respecto, por todos, “La Comisión Interamericana entiende que la norma contenida en el artículo 7.5 de la Convención [en referencia a la CADH] prevé como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los riesgos de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial. En este sentido, lo que se pretende por medio de la aplicación de esta medida cautelar es concretamente lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los riesgos procesales que atentan contra ese fin. Por lo tanto, es contrario a esta norma y al derecho a la presunción de inocencia, e incongruente con el principio de interpretación pro homine, el que se justifique la detención previa al juicio en fines preventivos como la peligrosidad del imputado...”. CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2013, OEA/Ser.L/V/II. Doc.46/13.

157 Observación General nro. 10 (2007), CRC/C/GC/10, párr. 86.

158 CRC/C/GC/10, párr. 67.

159 Art. 21.2 “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores” (A.G. res. 40/33).

160 Res. AG 45/113, del 14/12/1990. Ver en particular art. 67, que establece que “Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos 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.”

161 En portugués, “Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo”. Ley 12.594/2012 (SINASE).

162 A/RES/64/142.

163 Este término alude a la práctica de chantajear a la víctima con la difusión de imágenes de contenido sexual, usualmente obtenidas por medio de engaños, a cambio del envío de más imágenes del mismo contenido o de dinero o incluso de mantener relaciones sexuales.

164 Ver Tabla 2.

165 Ver Tabla 2.

166 Observación General nro. 11 (2009), “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención”, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/11.

167 Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/GC/4.





© UNICEF Honduras/2019/Bindra

# ARGENTINA



© UNICEF/UNI155259/Miranda

## 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Nacional

Preliminarmente, debe destacarse que Argentina es un país federal. De acuerdo a su Constitución Nacional, el Congreso Nacional solo puede legislar en los asuntos que le fueron delegados por las provincias<sup>4</sup>, que están contemplados en la Constitución.

Típicamente, el Congreso Nacional dicta los llamados “códigos de fondo”, como el Código Civil o el Código Penal, mientras que las provincias legislan los procedimientos de aplicación de esos códigos. Del mismo modo, el Congreso Nacional está facultado para dictar leyes





Instrumento	
CDN	Jerarquía constitucional.
Reservas	En relación a la adopción internacional de niños (art. 21, incs. b, c y d), excluyendo su aplicación en su jurisdicción, hasta tanto se establezcan mecanismos de prevención del tráfico de niños.
Declaraciones	Con relación al artículo 1, declara que "debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad". Con relación al artículo 24 inciso f), Argentina considera "que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales" e "interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable". Con relación al artículo 38, "declara que es su deseo que la Convención hubiese prohibido terminantemente la utilización de niños en los conflictos armados, tal como lo estipula su derecho interno el cual, en virtud del artículo 41, continuará aplicando en la materia"
PF 1 <sup>1</sup>	Ratificado en 2002.
PF 2 <sup>2</sup>	Ratificado en 2003.
PF 3 <sup>3</sup>	Ratificado en 2015.

"de organización y de base" de la educación, pero cada Provincia puede establecer su propia legislación en la materia dentro de ese marco.

En cualquier caso, la Constitución deja un margen apreciablemente amplio para la legislación nacional respecto de los derechos de los NNyA, pues expresamente establece que el Congreso debe "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad" y que debe "dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia"<sup>5</sup>.

De conformidad con el alcance de este informe, se analiza entonces la legislación federal en relación a los NNyA. Pero debe tenerse presente que las 23 provincias del país y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen su propia legislación sobre diversos aspectos directamente relacionados con la CDN, tales como la administración de justicia juvenil o los sistemas de protección de los derechos de los NNyA.

Finalmente, debe destacarse que la Constitución argentina otorga expresamente jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño, al igual que a otros tratados internacional de derechos humanos. Por fuera de ello, la Constitución no contiene otras referencias específicas a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

## 2. La “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” y los aspectos relevantes del Código Civil y Comercial, Código Penal y otras leyes generales

En el año 2005, el Congreso Nacional sancionó la “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”<sup>6</sup>. Se trata de una ley de tipo general, que en líneas generales recoge los derechos reconocidos en la CDN, por lo que su aprobación implicó un gran avance en la adecuación normativa a la Convención. Si bien en 1994 Argentina le había otorgado jerarquía constitucional a la CDN, hasta la aprobación de la Ley de Protección Integral se carecía de una norma centrada en los derechos de los NNyA y que estableciera mecanismos específicos de protección.

De conformidad con lo previsto en la Constitución Nacional<sup>7</sup>, el art. 2 de la ley establece que “La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad”. Esta cláusula remite al criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según el cual los tratados de derechos humanos deben ser aplicados e interpretados siguiendo los criterios que fija el correspondiente órgano de aplicación, en este caso, el Comité de los Derechos del Niño<sup>8</sup>.

La ley está organizada bajo seis títulos<sup>9</sup>, abordando desde el reconocimiento de derechos y principios establecidos en la CDN

hasta la creación del llamado “Sistema de Protección Integral de las niñas, niños y adolescentes”.

A su vez, es ineludible destacar que esta Ley debe ser analizada en conjunto con el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), que fue reformado de manera integral en el año 2014, adecuando en líneas generales las disposiciones relativas los NNyA a la CDN y otros tratados de derechos. Así, esta reforma implicó abandonar el sistema de la incapacidad absoluta y relativa, estableciendo la capacidad jurídica de las personas menores de edad para ejercer actos por sí mismo de acuerdo al principio de autonomía progresiva<sup>10</sup>. Esta reforma también implicó el reemplazo del sistema de la patria potestad por el de la responsabilidad parental, entre otros avances sustantivos para los derechos de los NNyA, que se detallan en este informe.

### • El principio de interés superior de los NNyA

Ya en su primer artículo, la ley de Protección Integral define que los derechos que en ella se reconocen “están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño”<sup>11</sup>. Luego, otro artículo dota de mayor especificidad al principio de interés superior, indicando que se entiende por este a “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”, fija una serie de elementos que deben respetarse para su determinación -incluyendo el derecho de los NNyA a ser oídos-, precisa su alcance, en especial en el ámbito de las relaciones familiares, y afirma la prevalencia de los derechos de los NNyA cuando exista conflicto entre sus derechos y los de terceros<sup>12</sup>.

19 países de la región reconocen el derecho de las niñas y niños a que su nacimiento sea inscrito por medio de procedimientos sencillos, rápidos y gratuitos.



En sintonía, otro artículo extiende la aplicación del principio de interés superior a la formulación y ejecución de políticas públicas e impone a los organismos estatales el deber de garantizar con prioridad absoluta los derechos de los NNyA, aclarando que ello implica, entre otras cosas, “prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas”<sup>13</sup>.

Otra norma fundamental que ha reconocido expresamente al interés superior del niño como principio decisivo es el Código Civil y Comercial de la Nación<sup>14</sup> (CCYCN). Allí se dispone que la responsabilidad parental se rige por el interés superior del niño, así como por la “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo...” y por “el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”<sup>15</sup>. En dicho Código, además, el interés superior del niño es enunciado como principio rector o de solución frente a diversas situaciones, tales como la adopción, problemas específicos de filiación o conflictos entre un adolescente y sus progenitores sobre tratamientos médicos<sup>16</sup>.

Estas cláusulas reflejan muy buena sintonía con el criterio interpretativo del Comité, que en su Observación General N° 14 definió al interés superior del niño como un derecho sustantivo, un principio interpretativo fundamental y una norma de procedimiento para cualquier decisión que se tome en relación a los niños<sup>17</sup>. Más específicamente en relación a su carácter de pauta interpretativa, el Comité afirma que “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”<sup>18</sup>. La ley argentina, entonces, no solo sigue ese criterio, sino que lo profundiza, pues mientras el Comité se reclama priorizar el interés superior del niño como criterio de interpretación normativa, en la norma local se la instaura como criterio de decisión frente al conflicto de derechos -y no ya de mera interpretación-.

A su vez, aunque podría dotarse de mayor precisión, la faz procedimental del principio se encuentra suficientemente recogida, indicándose expresamente una serie de elementos que se deben ponderar para determinar el interés superior en concreto.

Solamente cabe hacer una observación en relación al carácter de derecho sustantivo del principio, pues se advierte que la Ley de Protección Integral alude

claramente al alcance del principio respecto de los organismos públicos y a las decisiones vinculadas a las relaciones familiares, pero no afirma con claridad su implicancia sobre las decisiones que se tomen en el ámbito privado y en todos los ámbitos judiciales. En este sentido, el artículo 3 de la Convención afirma que el principio de interés superior debe aplicarse “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social”, términos que según el Comité “no deberían interpretarse de manera restrictiva ni limitarse a las instituciones sociales stricto sensu, sino entenderse como todas las instituciones cuya labor y decisiones repercuten en los niños y la efectividad de sus derechos”<sup>19</sup>. De igual manera, en relación a la aplicación del principio por los tribunales -también referida en el art. 3 de la Convención-, el Comité indicó que ello “alude a todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna”<sup>20</sup>, incluyendo los procesos de conciliación, mediación y arbitraje, así como los procesos penales, independientemente del rol que los NNyA tengan en ellos (víctimas, testigos o acusados).

De hecho, refiriéndose al “Régimen penal de la minoridad”<sup>21</sup>, el Comité ha señalado su preocupación en tanto “el principio del interés superior del niño puede utilizarse para determinar si un niño debe ser privado de su libertad por razones de protección”<sup>22</sup> y recomendó al Estado que “prosiga e intensifique sus esfuerzos para que el principio general del interés superior del niño se incorpore debidamente en todas las disposiciones legales, así como en las decisiones judiciales y administrativas y en todos los programas, servicios y políticas que afecten a los niños”<sup>23</sup>.

## • El derecho a la identidad

La Ley de Protección Integral recoge al derecho a la identidad de los NNyA manera amplia, integrando en su definición elementos como el nombre, la nacionalidad, la lengua y cultura de origen, y el conocimiento sobre quiénes son sus padres.

A su vez, esta ley impone a los organismos estatales el deber de “garantizar procedimientos sencillos y rápidos para que los recién nacidos sean identificados en forma gratuita, obligatoria, oportuna e inmediatamente después de su nacimiento”<sup>24</sup> y de “facilitar la adopción de medidas específicas



*19 países de la región prohíben con claridad que la separación familiar se fundamente en razones económicas como único motivo y, en general, definen este tipo de medidas como excepcionales.*

para la inscripción gratuita en el Registro del Estado y Capacidad de las Personas, de todos aquellos adolescentes y madres, que no hayan sido inscriptos oportunamente<sup>25</sup>. Otro artículo afirma el derecho de los NNyA y madres indocumentadas a obtener los documentos públicos que comprueben su identidad.

La ley 24.540 regula el régimen de identificación de los recién nacidos -al que alude el artículo 12 de la ley de Protección Integral- de manera previa a su inscripción en el Registro Civil. Esta norma centralmente se ocupa de los mecanismos de identificación que deben realizar los establecimientos hospitalarios, imponiendo la toma de los calcos papilares de los niños de manera inmediata, en lo posible antes de que sea cortado el cordón umbilical.

La inscripción de los nacimientos en el Registro Civil, en tanto, es materia de otra ley<sup>26</sup>. Allí se fija un plazo máximo de 40 días para que los progenitores concreten la inscripción, en el caso de nacimientos en centros

médicos. Luego de ese plazo, debe procederse a la inscripción de oficio, en un término de 20 días. De manera coherente, la ley impone el deber a los responsables de establecimientos médicos y otros análogos de notificar de forma inmediata al Registro Civil los nacimientos que acontezcan.

Por fuera de estos casos, la inscripción debe realizarse por medio de un procedimiento judicial, aunque excepcionalmente se admite el registro de los nacimientos ocurridos fuera de establecimientos médicos -y sin intervención de profesionales de la salud- en el plazo de un año<sup>27</sup>, previa intervención del Ministerio Público.

Si bien se ha dicho que “conforme a la Convención, el niño debe ser inscrito ‘inmediatamente después de su nacimiento’, lo que implica un plazo de días más que de meses”<sup>28</sup>, el plazo general para concretar la inscripción que fija la ley argentina se encuentra dentro de los parámetros habituales en la región. Además, algunas provincias han fijado plazos más reducidos.



© UNICEF/Argentina/2013-8990/Haar



Estas normas se complementan con el Código Civil y Comercial de la Nación (CCYCN), donde se establece que el Registro Civil debe expedir certificados de nacimiento sin distinciones entre los nacimientos dentro o fuera del matrimonio o por técnicas de reproducción humana asistida, así como que tampoco se distingan aquellos que se expidan como consecuencia de una adopción<sup>29</sup>.

Precisamente, cabe mencionar que el CCYCN avanzó recientemente en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción humana asistida, admitiendo, incluso, la utilización de gametos de terceras personas. El Código establece con toda claridad y coherencia que, en esos casos, la filiación se determina por la voluntad procreacional<sup>30</sup> y reconoce el derecho a la información para las personas nacidas por medio de estas técnicas, por lo que en el Registro Civil debe asentarse que el nacimiento se produjo recurriendo a la donación de gametos<sup>31</sup>. Sin embargo, la identidad del donante solo puede revelarse por orden judicial, cuando la persona nacida por esta técnica exponga “razones debidamente fundadas”<sup>32</sup>. Sobre esta cuestión, debe tenerse presente que el Comité ha señalado -al referirse a legislaciones más restrictivas- que no garantizar a las personas nacidas de esta forma el acceso a esta clase de información puede ser contradictorio con el derecho del niño a conocer su origen<sup>33</sup>.

Por otro lado, más allá de que en la Ley de Protección Integral no se alude al género como un elemento de la identidad, merece destacarse que desde el año 2012 Argentina reconoce cabalmente el derecho a la identidad de género, incluyendo a los NNyA. Según la “Ley de Identidad de Género”<sup>34</sup> los NNyA pueden solicitar la adecuación de su nombre y documentos de identidad a su autopercepción de género. La ley no exige una edad mínima para cursar esta solicitud, sino que indica que para resolver las autoridades deben ponderar los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña. A su vez, la solicitud debe ser presentada por los representantes legales del NNyA y en caso de que alguno ellos no presten su conformidad, pueden acudir a la vía judicial. La ley también establece que, en todos los casos, deben contar con la asistencia del “abogado del niño” -previsto en la ley de Protección Integral-.

## • El derecho a la familia

Dentro de la definición del derecho a la identidad, la Ley de Protección Integral también afirma que los NNyA tienen derecho “a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley” y “a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”<sup>35</sup>.

A su vez, en el mismo artículo indica que “En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contrarie el interés superior del niño” y que “Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley”<sup>36</sup>.

Por otro lado, al regular las medidas de protección integral, esta ley indica que se deben aplicar prioritariamente aquellas que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares y especifica que “cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares”<sup>37</sup>. De manera coherente, la Ley de Protección Integral prohíbe que la separación familiar, o la institucionalización de NNyA, se fundamente en la falta de recursos materiales de los padres o demás familiares<sup>38</sup>.

De este modo, las medidas de protección excepcional que implican la separación familiar solo son admitidas como última instancia, por el menor tiempo posible, debiendo priorizarse la ubicación de los NNyA dentro de su familia ampliada y, en todos los casos, preservar la convivencia entre grupos de hermanos<sup>39</sup>. Es destacable que la autoridad administrativa que disponga una medida de esta clase debe comunicarla en el plazo de 24 horas a la autoridad judicial para su revisión.

*En relación al castigo corporal, es necesario señalar que en sus Observaciones finales de 2010, el Comité había advertido que no existía ninguna norma que lo prohibiera explícitamente en los centros de privación de libertad y las instituciones de protección de derechos del niñas, niños y adolescentes.*

Las causas que autorizan a disponer la suspensión o privación de la responsabilidad parental están reguladas en el CCYCN. Comparativamente con el resto de la región, donde aún prima el concepto de patria potestad y usualmente se regula su pérdida bajo el paradigma de la situación irregular -con continuas referencias a la vulneración a la moral y las buenas costumbres como motivos habilitantes de la separación familiar-, la legislación argentina refleja una mejor adecuación a la Convención, aunque algunos supuestos podrían tener una definición más precisa. Así, además de la declaración de adoptabilidad del hijo, el CCYCN dispone la privación de la responsabilidad parental por condena por un delito doloso cometido contra la persona o los bienes del hijo, o por su abandono "dejándolo en un total estado de desprotección", o por "poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo"<sup>40</sup>. Una reforma posterior incorporó como causal de pérdida de la responsabilidad parental la comisión del delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género, así como de lesiones, contra el otro progenitor<sup>41</sup>. En caso de que ambos progenitores sean privados de la responsabilidad parental resulta procedente la tutela o la adopción.

Precisamente, la adopción también se encuentra regulada por el CCYCN<sup>42</sup>, y se rige por una serie de principios, incluidos el interés superior del niño, el respeto por el derecho a la identidad, el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada<sup>43</sup>, la preservación de los vínculos fraternos, el derecho a conocer los orígenes, y el derecho a ser oído. El derecho a conocer los orígenes consiste en el derecho del adoptado "con edad y grado de madurez suficiente" a conocer los datos relativos a su origen y "acceder, cuando lo requiera", a

los expedientes en donde tramitó su adopción<sup>44</sup>. La ley reconoce al adoptado adolescente la facultad de iniciar una acción autónoma para conocer sus orígenes<sup>45</sup>.

La adopción se otorga sólo por sentencia judicial. Una vez dictada la declaración judicial de adoptabilidad, procedimiento que debe realizarse bajo sanción de nulidad, el juez debe inmediatamente discernir la guarda con fines de adopción. Las guardas de hecho y las entregas directas se encuentran expresamente prohibidas. Luego del discernimiento judicial de la guarda con fines de adopción, continúa el juicio de adopción propiamente dicho. Si el niño es mayor de 10 años se requiere su consentimiento, bajo sanción de nulidad absoluta. Son nulas las adopciones que hayan tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, la adopción simultánea por más de una persona, excepto que sean cónyuges o pareja conviviente. También es nula, de nulidad relativa, la adopción otorgada en violación al derecho del NNoA a ser oído.

- **El derecho a la protección contra toda forma de violencia**

El art. 9 de la Ley de Protección Integral reconoce que los NNyA tienen derecho "a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio". En el mismo sentido, en el CCYCN, al regular los derechos y deberes de los progenitores se "prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes"<sup>46</sup>. Y en la Ley Nacional de Educación se establece que los alumnos tienen derecho a "ser protegidos/as contra



toda agresión física, psicológica o moral<sup>47</sup>, a la vez que se establece como una obligación de los docentes “proteger y garantizar los derechos de los/as niños/as y adolescentes que se encuentren bajo su responsabilidad, en concordancia con lo dispuesto en la Ley N° 26.061”<sup>48</sup>.

A su vez, la Ley de Protección contra la Violencia Familiar<sup>49</sup> reconoce el derecho de toda persona que sufra lesiones o maltrato físico por parte de los integrantes de su grupo familiar de denunciar esos hechos a la justicia de familia y solicitar medidas cautelares<sup>50</sup>. La norma establece que cuando las víctimas fueran “menores”, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales o el ministerio público, y que también estarán obligados a efectuar la denuncia los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor, estableciendo expresamente que “el menor o incapaz puede directamente poner en conocimiento de los hechos al Ministerio Público”<sup>51</sup>. Como refleja esta terminología, esta ley aún no fue armonizada con los cambios introducidos en el CCYC en relación a la capacidad jurídica de las personas menores de edad.

Por otro lado, cabe destacar que en 2018 fue sancionada la llamada “Ley Brisa”<sup>52</sup> que prevé un régimen de reparación económica para los hijos de víctimas progenitores/as fallecidos/as a causa violencia intrafamiliar o de género, así como cobertura integral de salud y atención integral.

En relación al castigo corporal, es necesario señalar que en sus Observaciones finales de 2010, el Comité había advertido que no existía ninguna norma que lo prohibiera explícitamente en los centros de privación de libertad y las instituciones de protección de derechos del niñas, niños y adolescentes<sup>53</sup>. Estas instituciones se rigen por su propia normativa interna, sin marco regulatorio nacional alguno de referencia, más que una ley nacional que impone incluir en sus currículas “capacitación a su personal en materia de derechos humanos reconocidos a niñas, niños y adolescentes”<sup>54</sup>.

Más allá de que con posterioridad a la observación del Comité se aprobó la ley que crea el “Sistema Nacional de Prevención de la Tortura”<sup>55</sup> -cuya actuación se guía entre otras normas de soft law por las “Reglas de Beijing”, las “Directrices de Riad” y la “Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional”-, es

conveniente prohibir de modo claro la imposición de sanciones corporales en todos los ámbitos.

- **El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata**

El Código Penal fija la edad mínima del consentimiento sexual en tan solo 13 años de edad, una de las más baja en la región. Al respecto, el Comité señaló que “Los Estados partes deben tener en cuenta la necesidad de mantener un equilibrio entre la protección y el desarrollo evolutivo, y que es preciso fijar una edad mínima aceptable para el consentimiento sexual”<sup>56</sup> y reprochó a otros países que fijaron esa misma edad que “la bajísima edad mínima para el consentimiento sexual (13 años) aumenta el riesgo de que los niños sufran abusos sexuales y tengan embarazos precoces”<sup>57</sup>.

De todas formas, cabe advertir que también se penalizan las relaciones sexuales con personas menores de 16 años, si la otra persona es mayor de edad y se aprovecha de la “inmadurez sexual” o de una “relación de preeminencia” u otra circunstancia equivalente<sup>58</sup>. Aunque es razonable establecer una edad mínima más elevada para el consentimiento de relaciones sexuales con adultos, merece cuestionarse que este tipo penal requiere indagar sobre la experiencia sexual previa de la víctima y deja sin protección a aquellas personas menores de 16 años -y mayores de 13- que fueran consideradas sexualmente “maduras”.

La misma crítica puede realizarse al tipo penal de “corrupción de menores”<sup>59</sup>, característico de la doctrina de la situación irregular, que aún se mantiene en el Código Penal, y puede provocar la absorción de hechos que deberían calificarse bajo la figura de trata de personas.

Precisamente, el delito de trata de personas con fines de explotación contempla como agravante que la víctima fuere menor de 18 años<sup>60</sup>. Esta figura tipifica indistintamente la explotación laboral y sexual. Asimismo, la ley de “Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas”<sup>61</sup>, por la que inicialmente se incorporó este delito al Código Penal<sup>62</sup>, establece una serie de derechos y prestaciones para las víctimas de trata -tales como el derecho a recibir

asistencia psicológica y médica gratuitas, alojamientos, capacitación laboral, protección frente a represalias o a la reinserción en el sistema educativo-, contemplándose que en caso de tratarse de una víctima menor de edad, además, “se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales que implican la condición de ser un sujeto en pleno desarrollo de la personalidad”. Se agrega que la ley expresamente prohíbe que las medidas de protección que se adopten impliquen la privación de la libertad y que “se procurará la reincorporación a su núcleo familiar o al lugar que mejor proveyere para su protección y desarrollo”<sup>63</sup>.

También es destacable la tipificación de delitos asociados a material que incluya toda representación de niñas, niños o adolescentes, dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales que comprenden tanto su producción, como su comercialización y distribución<sup>64</sup>. Una reciente reforma legislativa incorporó la mera tenencia como delito e incrementó las penas cuando la víctima fuera menor de 13 años<sup>65</sup>.

El mismo artículo del Código Penal criminaliza al “que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrar material pornográfico a menores de catorce (14) años”<sup>66</sup>. Es conveniente eliminar este límite etario, que no encuentra justificación en la Convención, que reclama que los Estados tomen medidas para “proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar”<sup>67</sup>.

Relacionado con este asunto, recientemente se tipificó el delito de “grooming”, que fue definido como contactar a una persona menor de edad, “por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier

otra tecnología de transmisión de datos”, con el propósito de cometer cualquier delito contra su integridad sexual<sup>68</sup>. Si bien la nueva norma ha sido objeto de críticas, pues solo comprende los contactos establecidos por medios electrónicos -típicamente a través de Internet-, dejando por fuera los contactos directos que presumiblemente son más riesgosos, y puede tener cierta superposición con otras figuras penales, en líneas generales constituye un avance en la protección contra los abusos y la explotación.

Asimismo, otra reciente reforma al Código Penal definió al abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes como un delito de instancia pública, por lo que se obliga al Estado a actuar de oficio y/o a denuncia de cualquier persona, y no necesariamente a instancia de la víctima o sus representantes legales<sup>69</sup>. A su vez, la prescripción de estos delitos se suspende hasta que la víctima adquiera la mayoría de edad y formule la denuncia o ratifique la realizada por otra persona<sup>70</sup>.

En contraste, Argentina no ha tomado ninguna medida legislativa para incorporar a su legislación el principio de la extraterritorialidad para tipificar como delito la explotación sexual de los niños por nacionales y residentes argentinos cuando actúan en terceros países, tal como lo demanda el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y que también ha sido exigida por el Comité<sup>71</sup>.





## • El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil

La Ley de Contrato de Trabajo (LCT) contiene un capítulo destinado a la prohibición del trabajo infantil y la protección del trabajo adolescente<sup>72</sup>. Se establece que la edad mínima de admisión al empleo en todas sus formas, persiga o no fines de lucro, son los dieciséis años, aunque el trabajo familiar es admisible desde los catorce años<sup>73</sup>. Además, la persona adolescente debe contar con permiso de sus padres o responsables legales y un certificado de aptitud psicofísica

La LCT también establece una jornada laboral reducida a 6 horas diarias y 36 horas semanales, aunque se faculta a la autoridad administrativa a equiparar la jornada con la aplicable a los trabajadores adultos.

El trabajo peligroso y nocturno se encuentra prohibido, aunque el primero no tiene una definición precisa en la ley, quedando librado a la reglamentación.

Por su parte, el trabajo doméstico está regulado en una ley independiente<sup>74</sup>, siguiendo los parámetros del “Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos” de la OIT que Argentina ratificó en 2014. Esta ley replica las reglas básicas de la LCT -prohibición de empleo por debajo de los 16 años y jornada de trabajo reducida-, pero agrega como requisito que las personas menores de edad, para ser contratadas, deben haber completado su instrucción obligatoria, “a excepción que el empleador se haga cargo de que la empleada/o finalice los mismos”<sup>75</sup>. Además, se prohíbe taxativamente el empleo de adolescentes en modalidad sin retiro, es decir, pernoctando en el domicilio de empleo.

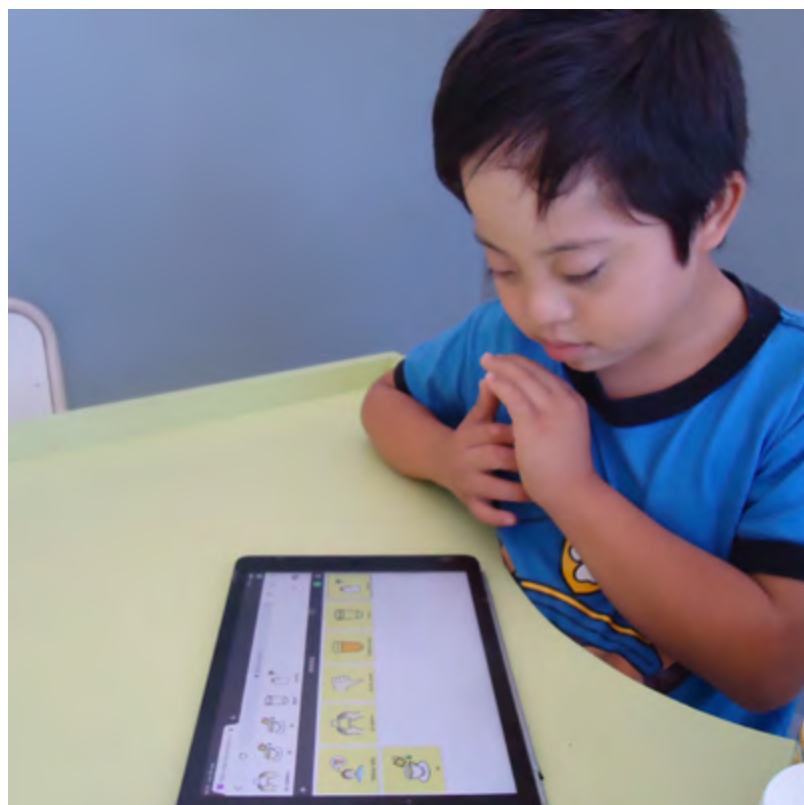
En cuanto a las disposiciones penales, es importante destacar una reciente reforma al Código Penal que penaliza expresamente a quien se “aprovechare económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil”<sup>76</sup>.

En definitiva, a grandes rasgos, el principal cuestionamiento que puede dirigirse al marco normativo referido a la protección contra la explotación económica es la falta de armonización de la edad mínima de admisión al empleo con la edad de finalización de la educación obligatoria.

## • El derecho a la educación

La Ley de Educación Nacional<sup>77</sup> (LEN) define a la educación como un bien público y un derecho personal y social garantizado por el Estado<sup>78</sup>. Esta ley establece que la educación es obligatoria desde los cuatro años -nivel inicial- y hasta la finalización del nivel de la educación secundaria<sup>79</sup>, que típicamente ocurre a los 17 o 18 años. La norma, recientemente modificada, establece que la educación inicial “constituye una unidad pedagógica y comprende a los/as niños/as desde los cuarenta y cinco (45) días hasta los cinco (5) años de edad inclusive, siendo obligatorios los dos (2) últimos años”<sup>80</sup>. Además, estableció que tanto el Estado nacional como las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “tienen la obligación de universalizar los servicios educativos para los/as niños/as de tres (3) años de edad, priorizando la atención educativa de los sectores menos favorecidos de la población”<sup>81</sup>.

La LEN contempla la “educación intercultural bilingüe”, a fin de garantizar el derecho constitucional de los pueblos indígenas “a recibir una educación que



© UNICEF/UN0325916/

contribuya a preservar y fortalecer sus pautas culturales, su lengua, su cosmovisión e identidad étnica; a desempeñarse activamente en un mundo multicultural y a mejorar su calidad de vida<sup>82</sup>. Además, promueve que exista un diálogo mutuamente enriquecedor entre poblaciones culturalmente diferentes, y propicia el reconocimiento y el respeto hacia las diferencias<sup>83</sup>.

En materia de educación de NNyA con discapacidad, la norma no se alinea a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Si bien la LEN en su art. 11 recoge el principio de inclusión, reconoce en su art. 42 a la “educación especial” como una modalidad del sistema, destinada a “brinda[r] atención educativa en todas aquellas problemáticas específicas que no puedan ser abordadas por la educación común<sup>84</sup>. Debe recordarse que de acuerdo a la Observación Nro. 4 del Comité, de aplicación a nivel general para la Argentina, la educación de los NNyA con discapacidad en escuelas especiales no es compatible con dicha convención.

En la intersección entre el derecho a la educación con otros derechos, como la protección contra la discriminación y toda forma de violencia, encontramos también a la ley reciente ley de “Educación en Igualdad<sup>85</sup>, que aborda la prevención de la Violencia de Género. Esta ley básicamente impone la realización de al menos una jornada sobre este tema durante cada ciclo lectivo, en todos los establecimientos educativos del país, públicos o privados, de nivel primario, secundario y terciario, “con el objetivo de que los alumnos, las alumnas y docentes desarrollen y afiancen actitudes, saberes, valores y prácticas que contribuyan a prevenir y erradicar la violencia de género<sup>86</sup>. Si bien puede aspirarse a un programa

más ambicioso, dado el carácter federal del país, resulta un avance que por ley nacional si impulse este tipo de actividades.

### • El derecho a la salud

La Ley de Protección Integral establece de manera genérica que “las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud<sup>87</sup>.”

El nuevo CCYCN introdujo un gran avance en relación al derecho a la salud y la autonomía de los adolescentes, pues reconoce expresamente que a partir de los 16 años “el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”. Asimismo, dispone que se presume que los adolescentes de entre 13 y 16 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”, en tanto que si es un tratamiento que reúne esas características el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores<sup>88</sup>.

Es importante analizar estos artículos en conjunto con la Ley Nacional de Salud Mental<sup>89</sup>, pues esta norma cambió el paradigma en la materia, procurando armonizar la legislación nacional con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>90</sup>. Así, esta ley

*No existen disposiciones legales que protejan adecuadamente el entorno escolar, procurando que sea un entorno saludable libre de oferta y/o publicidad de alimentos que son perjudiciales para la salud y contradicen los contenidos promovidos desde de la educación alimentaria y nutricional.*



promueve la desinstitucionalización y establece que las internaciones, por regla general, deben ser voluntarias, pudiendo recurrirse a internaciones involuntarias exclusivamente como recurso terapéutico, de manera excepcional ante el fracaso de los abordajes ambulatorios, y únicamente si mediare “riesgo cierto e inminente para sí o para terceros”<sup>91</sup>. Merece destacarse que esta ley aborda bajo esos criterios el tratamiento de adicciones que, como se sabe, es una problemática constante en adolescentes<sup>92</sup>. Sin embargo, en relación a los NNyA, la Ley ofrece una redacción poco clara -por remisión a otros artículos<sup>93</sup>- cuya interpretación más aceptada es que toda internación de menores de edad es abordada como involuntaria, lo que no resulta del todo coherente con las pautas del CCYCN en vigencia desde 2015. Si bien en materia de internaciones para tratamientos de salud, incluyendo las adicciones, esta norma podría considerarse tácitamente derogada, no existe tal consenso entre los operadores judiciales<sup>94</sup>.

Otro aspecto del derecho a la salud de los NNyA, como es el acceso a una alimentación saludable y nutritiva, tampoco ha sido abordado por la legislación con la especificidad que reclama la Convención y el Comité<sup>95</sup>. La Ley de Protección Integral no contiene disposiciones sobre este asunto y el CCyCN apenas enuncia que está prohibida toda publicidad que “induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad”<sup>96</sup>. Aunque la autoridad administrativa en materia de producción alimenticia emitió una resolución por la que se dispone que las publicidades de alimentos no deberán estar dirigidas “exclusiva o principalmente a menores de edad, sin el consejo de un adulto”<sup>97</sup>, ello está muy lejos de regular todos los asuntos relacionados con el derecho a acceder a una alimentación saludable.

Tampoco existen disposiciones legales que protejan adecuadamente el entorno escolar, procurando que sea un entorno saludable libre de oferta y/o publicidad de alimentos que son perjudiciales para la salud y contradicen los contenidos promovidos desde de la educación alimentaria y nutricional. Si bien por la estructura federal del país la regulación de la educación depende de las provincias, no existe desde el orden federal un lineamiento claro en este sentido. La Ley de Trastornos Alimentarios<sup>98</sup> aborda deficientemente esta temática, limitándose a establecer que los establecimientos que expendan alimentos en las escuelas deben proveer opciones saludables, pero sin profundizar en su contenido ni limitar la publicidad u oferta de los productos que no lo sean. Por otro

lado, si bien Argentina ha sancionado una Ley para la promoción y concientización de la importancia de la lactancia materna<sup>99</sup> y ha incorporado formalmente el Código Internacional de Sucesos de la Leche Materna al Código Alimentario Argentino, aún tiene una importante deuda pendiente en su aplicación efectiva. Asimismo, faltan mecanismos legales que viabilicen la promoción de la lactancia materna exclusiva en los primeros seis meses de vida, como licencias parentales apropiadas y el establecimiento obligatorio de lactarios en los entornos laborales.

En materia de salud sexual y reproductiva, así como educativa, es de destacar la ley que creó el “Programa Nacional de Salud Sexual Integral”<sup>100</sup>, que establece que “todos los educandos tienen derecho a recibir educación sexual integral”, abarcando tanto a los alumnos de instituciones educativas públicas o privadas y de todas las jurisdicciones (nacionales, provinciales o municipales). De acuerdo a la ley, es responsabilidad del Ministerio de Educación de la Nación elaborar los contenidos curriculares básicos del Programa, aunque dado el carácter federal de Argentina su implementación queda reservada para las jurisdicciones provinciales y municipales. A su vez, se mantiene vigente la ley 25.673, por la que se creó el “Programa Nacional de salud sexual y procreación responsable”, que tiene objetivos que se superponen con la ley 26.150 -tales como “promover la salud sexual de los adolescentes-, con regulaciones claramente desacopladas de esa norma y de la CDN, pues se limita fuertemente el alcance de la norma a través de la patria potestad<sup>101</sup> y la discrecionalidad de las instituciones educativas privadas<sup>102</sup>. Esta indeterminación, entonces, ha llevado al Comité de los Derechos del Niño en sus últimas observaciones finales sobre Argentina a reclamar que se asegure que la educación sexual y reproductiva sea parte obligatoria de los contenidos curriculares y a que “sea desarrollado con la participación de las niñas y niños, prestando especial atención a la prevención de la maternidad infantil y de las enfermedades de transmisión sexual”<sup>103</sup>.

Estos avances confrontan con una gran deuda pendiente en relación al derecho a la salud y a la protección contra toda forma de violencia de las adolescentes: el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. Actualmente, la legislación argentina prohíbe los abortos voluntarios, criminalizando a la mujer gestante que lo realice. Excepcionalmente, el Código Penal establece que el aborto no es punible cuando el embarazo implique un riesgo para la vida o la salud de la madre o se trate de una violación o de

una mujer con severos problemas de salud mental<sup>104</sup>. Pero aún en esos casos en los que no resulta punible, que comprenden aquellos en los que las niñas son sometidas en relaciones sexuales no consentidas, se carece de una ley que regule el procedimiento, garantice su derecho a ser oídas y asegure la cobertura de su salud psicofísica<sup>105</sup>. Por ello, recientemente el Comité de los Derechos del Niño reclamó al Estado que “garantice el acceso a servicios de aborto seguro y cuidados post aborto para las adolescentes”, asegurando que ellas participen del proceso de toma de decisión y que sean escuchadas<sup>106</sup>.

Los embarazos tempranos y no deseados tienen conexión con otro asunto en el que Argentina también tiene un atraso normativo: la prohibición del matrimonio infantil. Si bien Argentina modificó muy recientemente, de manera integral, su CCyCN -concretando en líneas generales grandes avances para los derechos de los NNyA- en relación al matrimonio infantil la reforma se quedó a mitad de camino, pues admite que los mayores de 16 años se casen “con autorización de sus representantes legales” y los menores de esa edad con “dispensa judicial”<sup>107</sup>, sin que existe una edad mínima para este último supuesto.

- **El sistema de responsabilidad penal adolescente**

La edad mínima de responsabilidad penal es de 16 años. A nivel nacional, las infracciones a la ley penal realizadas por adolescentes que superan esa edad son reguladas por el “Régimen penal de la minoridad”, instaurado por una ley sancionada durante la última dictadura militar<sup>108</sup>, organizado con las características propias de un sistema tutelar.

Esta ley establece que la pena sólo será aplicable una vez cumplidos los dieciocho años, pudiendo hasta entonces disponerse la privación de la libertad de la persona adolescente acusada en “institutos especializados”, y teniendo en cuenta la situación o jurisdicción el ejercicio del derecho de defensa puede ser inadecuado o no garantizado. De hecho, la ley admite la privación de la libertad, en estas mismas condiciones, de “el menor [que] se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta”<sup>109</sup>. Por ello, en sus últimas observaciones finales, el Comité destacó la incompatibilidad de esta ley con la Convención y cuestionó que “persista la práctica discrecional de privar de libertad a niños y adolescentes para ‘protegerlos’, y no necesariamente por haber cometido un delito”<sup>110</sup>.

Además, entre otros aspectos cuestionables, el “Régimen penal de la minoridad” rige para todos los delitos previstos en el Código Penal, con excepción de aquellos reprimidos con penas privativas de la libertad que no excedan los dos años y de los delitos de acción privada.

A su vez, por regla general, son aplicables las mismas penas que las previstas para los adultos, aunque se faculta a la autoridad judicial a reducirlas de un tercio a la mitad -con la escala prevista para los delitos tentados-. De este modo, de acuerdo a la ley, es admisible la pena de prisión perpetua -respecto de la cual la libertad condicional recién puede alcanzarse una vez pasados 35 años- y otras penas prolongadas -por concurso de delito, hasta 50 años de prisión-. Esta circunstancia motivó la condena del Estado argentino por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violación a la Convención Americana de Derechos Humanos, al avocarse a un caso referido a condenas a prisión perpetua





por hechos cometidos durante la adolescencia<sup>111</sup>. Asimismo, en 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina entendió que la imposición de una pena idéntica a la prevista para los adultos no

era compatible con la Constitución Nacional<sup>112</sup>. Sin embargo, la ley 22.278 no ha sido modificada desde entonces<sup>113</sup>.





### 3. Recomendaciones

Como vimos, la principal deuda de Argentina en su adecuación normativa a la CDN se relaciona con el abordaje estatal sobre los adolescentes acusados de violar la ley. El llamado “Régimen penal de la minoridad” de la ley 22.278 debe ser radicalmente reformado, adoptando un procedimiento armónico con la Ley de Protección Integral, y eliminando todo resabio normativo que admita la privación de la libertad como herramienta de “protección”.

En ese sentido, tal como lo señaló el Comité, es necesario aprobar “una ley general de justicia juvenil compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de justicia juvenil, en particular en lo que respecta a garantizar que la privación de libertad solo se utilice como último recurso y por el período de tiempo más breve posible, y que no incluya disposiciones que puedan endurecer las penas o reducir la edad de responsabilidad penal”<sup>114</sup>. Al respecto, se advierte que a la fecha de finalización este informe, se encontraba en trámite en el Congreso Nacional un proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo Nacional, dirigido a crear un “Sistema de responsabilidad penal juvenil”<sup>115</sup>, que no respetaba estas recomendaciones, previendo una baja de la edad de responsabilidad penal a 15 años para ciertos delitos<sup>116</sup>. Asimismo, en relación con los adolescentes mayores a los 16 años el proyecto prevé penas privativas indeterminadas en la ley, es decir sin tope, y que podrían ser idénticas a las aplicables a los adultos. El único límite de pena establecido en el proyecto es la prohibición de la aplicación de la prisión o reclusión perpetua, pero como se dijo anteriormente, si podrían ser condenados con penas de hasta

50 años de prisión según las reglas generales del concurso de delitos.

También es recomendable dictar una norma, con rango de ley, que expresamente prohíba la aplicación de sanciones corporales para los jóvenes en conflicto con la ley penal. Si bien la Ley de Protección Integral, de manera general, establece el derecho de los NNyA “a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio”, es conveniente dictar normas específicas para la situación de los NNyA que son sujetos de alguna intervención coercitiva del Estado. Esto resulta especialmente necesario, en tanto de acuerdo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “en el país persistirían la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes perpetrados por agentes estatales –policías y agentes del servicio penitenciario– ya sea en el marco de la detención de adolescentes que presuntamente han cometido un delito; bajo custodia policial; en el contexto de interrogatorios; en los centros de detención y en los de privación de libertad; así como en el ámbito de los espacios públicos”<sup>117</sup>. Y más recientemente, en una visita al país, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de las Naciones Unidas detectó varios casos de adolescentes acusados de infringir la ley penal que habrían sido “atados de pies y manos a sus camas, completamente aislados, a veces durante varios días consecutivos”<sup>118</sup>.

En el ámbito del derecho penal, son necesarias algunas reformas del Código Penal para tipificar expresamente ciertas conductas. Así, resulta necesario tipificar adecuadamente el delito de trata o tráfico de niños para su “adopción ilegal” y reconocer el principio de extraterritorialidad para penar el



“turismo sexual” que argentinos pudieran realizar en el exterior. También es recomendable reformar el art. 128 del Código Penal, que establece que solo es punible la provisión de pornografía a menores de 14 años de edad.

Algunas normas de reciente sanción, que implican grandes avances en materia de derechos humanos y, en especial, de los derechos de los NNyA también merecen reformas. La más destacada es la regulación de la edad mínima para contraer matrimonio, en el Código Civil y Comercial de la Nación, que no debe reconocer excepciones por debajo de los 18 años, incluyendo las uniones convivenciales y otras formas análogas al matrimonio.

En cambio, otras leyes aún deben armonizarse con el CCyCN, como la Ley de Salud Mental y la Ley de Identidad de Género. En el primer caso, deben armonizarse las disposiciones referidas a las internaciones de adolescentes, en tanto que la segunda ley requiere revisar la regulación sobre el acceso a intervenciones quirúrgicas para adecuar los genitales a la autopercepción de género, de forma tal que se reconozca el principio de autonomía progresiva que consagra el Código<sup>119</sup>.

En materia de salud, es necesario dictar una ley que garantice el acceso al derecho de las niñas a interrumpir los embarazos no deseados, aún aquellos que la legislación actualmente vigente no criminaliza -como los derivados del abuso sexual-, contemplándose las prestaciones necesarias para la atención integral de su salud y procedimientos específicos de acuerdo a su madurez, que garanticen inexorablemente su derecho a ser oídas. Lógicamente, también resulta necesario mejorar la legislación sobre educación sexual y el acceso a los anticonceptivos de manera gratuita.

También resulta necesario sancionar una ley integral para prevenir la obesidad infantil. Esta ley debería incorporar un etiquetado de advertencia frontal que identifique adecuadamente los productos que contienen alto contenido de nutrientes críticos y son perjudiciales para la salud. Asimismo, debería prever una prohibición de la publicidad, promoción y patrocinio de estos productos en todos los entornos y una prohibición adicional de ofrecerlos en los entornos escolares. Estas medidas deberían complementarse con campañas de educación y concientización, así como por un compromiso mayor con la promoción de

la lactancia materna y la aplicación efectiva del Código Internacional de Sucesos de la Leche Materna.

En cuanto a la protección contra la explotación económica, sería conveniente elevar la edad mínima de admisión al empleo, de manera de armonizarla con la extensión de la educación obligatoria. Independientemente de ello, es necesario eliminar la posibilidad de extender la jornada laboral de los adolescentes al régimen de adultos.

Precisamente en el ámbito de la educación, parece necesario revisar el marco normativo referido a la educación inclusiva, eliminando los resabios de los paradigmas segregacionistas.

En cuanto a la Ley de Protección Integral específicamente, es recomendable revisar la definición del principio de interés superior, de manera tal de extender efectivamente su alcance a todas las decisiones, públicas y privadas, que afectan a los NNyA.

Finalmente, con relación a esta misma ley, si bien este informe no indaga sobre la implementación de los sistemas de protección, no puede dejar de mencionarse que resulta indispensable que se ponga en pleno funcionamiento al “Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”. Este organismo fue instituido por la ley 26.061, pero más de una década después, ningún funcionario fue designado para el cargo, no encontrándose en funcionamiento.

### Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 Art. 121 de la Constitución Nacional.
- 5 Art. 75.23 CN.
- 6 Ley 26.061/2005.
- 7 Art. 75.22 CN.
- 8 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación", sentencia del 07/04/1995.
- 9 I. Disposiciones Generales; II. Principios, derechos y garantías; III. Sistema de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; IV. Órganos administrativos de protección de derechos; V. Financiamiento; VI. Disposiciones complementarias.
- 10 Art. 26 CCYCN: "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."
- 11 Art. 1 Ley 26.061.
- 12 Art. 3 Ley 26.061: "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.  
Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros."
- 13 Art. 5 Ley 26.061. "Los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal. En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen. Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes. Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La prioridad absoluta implica: 1.- Protección y auxilio en cualquier circunstancia; 2.- Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas; 3.- Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas; 4.- Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garanticen; 5.- Preferencia de atención en los servicios esenciales."
- 14 Ley 26.994. En vigencia desde el 1° de agosto de 2015.
- 15 Art. 639.
- 16 Ante el conflicto entre un adolescente -que el propio Código define como una persona que cumplió 13 años- y sus progenitores respecto de tratamientos médicos invasivos (art. 26); En los casos de filiación extramatrimonial, si se determina una filiación -materna o paterna- con posterioridad a la otra, a falta de acuerdo entre los progenitores para la inscripción del apellido, el interés superior del niño debe guiar la solución judicial del caso (art. 64); En las disposiciones relativas a la guarda (art. 104), tutela (art. 113), la adopción (arts. 595, 604, 621, 627, 2637); En los procesos de familias, siempre que involucren NNA (art. 706).  
En el reconocimiento del emplazamiento filial constituido en el extranjero (art. 2634); En lo referido a la restitución internacional de niños, si no resultaren aplicables las convenciones específicas en la materia (art. 2642).
- 17 Comité de los derechos del niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).
- 18 *Ibid.*
- 19 *Ibid.*, párr. 26.
- 20 *Ibid.*, párr. 27.
- 21 Ley 22.278, que se analiza más adelante.
- 22 CRC/C/ARG/CO/3-4. Observaciones finales sobre Argentina (2010). Al respecto, debe advertirse que si bien la Ley de Protección Integral prohíbe disponer la privación de la libertad como una medida de protección (cfr. art. 36), la mencionada ley 22.278 -característica de la doctrina de la situación irregular- no está en armonía con esa prohibición.
- 23 *Ibid.*, párr. 35. Al respecto, adviértase que en las observaciones



- finales posteriores (2018), el Comité indicó que “sigue profundamente preocupado por el hecho de que aún no se hayan aplicado la mayoría de sus recomendaciones anteriores relativas a la administración de la justicia juvenil” y que “Le preocupa especialmente que: a) El sistema de justicia juvenil siga rigiéndose por la Ley núm. 22278, pese a su incompatibilidad con la Convención” (CRC/C/ARG/CO/5-6, párr. 43).
- 24 Art. 12 Ley 26.061.
- 25 Art. 12 Ley 26.061.
- 26 Ley de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, Ley. 26.413/2008. Debe advertirse que cada provincia tiene su propia ley de Registro Civil.
- 27 Para practicar la inscripción en estos casos se exige un certificado médico emitido por un hospital público, con determinación de edad presunta y sexo, así como un certificado médico del estado puerperal de la madre y la declaración de dos testigos que acrediten el lugar de nacimiento en la jurisdicción de que se trate, el estado de gravidez de la madre y haber visto con vida al recién nacido. Ley 26.413, art. 32.
- 28 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 125.
- 29 Art. 559 CCYCN.
- 30 Art. 562 del CCYCN: “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.
- 31 Art. 563 del CCYCN: “Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.”
- 32 Art. 564 del CCYCN: “A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local”.
- 33 Noruega CRC/C/15/Add.23, párrafo 10. Véase también Dinamarca CRC/C/15/ Add.33, párrafo 10.
- 34 Ley 26.743/2012.
- 35 Art. 11 Ley 26.061.
- 36 Art. 11 Ley 26.061.
- 37 Art. 35 Ley 26.061.
- 38 Art. 22 Ley 26.061: “La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización.”
- 39 Art. 41 Ley 26.061: “ARTICULO 41. - Las medidas establecidas en el artículo 39, se aplicarán conforme a los siguientes criterios: a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes; b) Sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario. Al considerar las soluciones se prestará especial atención a la continuidad en la educación de las niñas, niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente; c) Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes; d) Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos; e) En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad; f) No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo.”
- 40 Art. 700 CCYCN.
- 41 Art. 700 bis CCYCN, incorporado por 27.363/2017.
- 42 Arts. 594 a 637.
- 43 Es importante destacar que la declaración judicial de situación de adoptabilidad procede, entre otros supuestos, si “las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días” (art. 607.c CCYCN). De esta manera, se fija un plazo máximo preciso para la duración de estas medidas.
- 44 Art. 595 CCYCN.
- 45 Art. 596 CCYCN.
- 46 Art. 647 Código Civil y Comercial de la Nación. Debe destacarse que este artículo constituye un gran avance, pues el Código Civil vigente hasta 2015 facultaba a los padres a “corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores” y si bien establecía que “el poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores”, su reforma había sido reclamada por el Comité. Ver art. 278 del Código Civil, ley 340 (t.o. ley 23.264) y CRC/C/ARG/CO/3-4.
- 47 Ley 26.206, art. 126.D.
- 48 Ley 26.206, art. 67, segundo párrafo, inc. E).
- 49 Ley 24.417.
- 50 Ley 24.417, art. 1.
- 51 Ley 24.417, art. 2.
- 52 Ley 27.452.
- 53 CRC/C/ARG/CO/3-4. Parr. 46. Observaciones finales sobre Argentina (2010).



## La adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina

### Avances y deudas con la niñez

- 54 Ley 26.290, referida a la capacitación de las Fuerzas de Seguridad en los derechos de NNyA.
- 55 Ley 26.827/2012.
- 56 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 40.
- 57 CRC/C/CRI/4, párr. 26.
- 58 Art. 120 CP.
- 59 Art. 125 CP: “El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años. Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.”
- 60 Código Penal, art. 145 ter., reformado por ley 26.842. Establece una pena de 10 a 15 años para quien cometiera estos hechos en perjuicio de NNyA.
- 61 Ley 26.364.
- 62 Siendo posteriormente modificada por la ley 26.842.
- 63 Ley 26.364, art. 6 inc. N.
- 64 Código Penal, art. 128.
- 65 Ley 27.436, publicada en el Boletín Oficial el 23/04/2018.
- 66 Código Penal, art. 128.
- 67 Art. 17 inc. E.
- 68 Ley 26.904, sancionada en 2013. Art. 131 del Código penal. Se fija una pena de 6 meses a 4 años de prisión.
- 69 Ley 27.455, art. 1.
- 70 Art. 67 CP (t.o. ley 27.206/2015).
- 71 Se trata de una medida reclamada por el Comité en las Orientaciones generales para los informes periódicos (CRC/C/58, ver párrafo 159).
- 72 Ley 20.744, Título VIII. Este Título y otras disposiciones de esta ley referidas a las personas menores de edad fueron reformadas por la ley 26.390/2008, denominada “Ley de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente”.
- 73 Las personas mayores de catorce años y menores de dieciséis pueden trabajar en empresas cuyo titular sea su padre, madre o tutor, en jornadas que no superen las tres horas diarias y las quince horas semanales, siempre que no se trate de tareas penosas, peligrosas y/o insalubres, y que cumplan con la asistencia escolar. Ley 20.744, art. 189 bis.
- 74 Ley 26.844, “Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares”.
- 75 Ley 26.844, art. 12.
- 76 Art. 148 bis CP, incorporado por ley 26.847/2013. Este artículo aclara que “Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente” y que “No será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta”.
- 77 Ley 26.206/2006.
- 78 Ley 26.206, art. 6.
- 79 Ley 26.206, art. 16.
- 80 Ley 27.045 (modificatoria de la Ley 26.206), art. 3.
- 81 Ley 27.045 (modificatoria de la Ley 26.206), art. 4.
- 82 Ley 26.206, Art. 52.
- 83 Ley 26.206, Art. 53.
- 84 Ley 26.206.
- 85 Ley 27.234, sancionada en 2015.
- 86 Ley 27.234, art. 1.
- 87 Ley 26.061, art. 14.
- 88 CCyCCN, art. 26. Como se dijo antes, en caso de conflicto entre el adolescente y sus progenitores, el Código establece que se debe resolver “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”.
- 89 Ley 26.657, aprobada en 2010.
- 90 Ratificada por Argentina en 2008.
- 91 Ley 26.657, art. 20.
- 92 El art. 4 establece que “Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud.”
- 93 El art. 26 dice “En caso de internación de personas menores de edad o declaradas incapaces, se debe proceder de acuerdo a lo establecido por los artículos 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la presente ley”, que son aquellos que regulan la internación involuntaria. Este artículo agrega que “En el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos”.
- 94 Ver al respecto Lerner, Gabriel, “Adolescentes infractores a la ley penal, privación de libertad e internación por adicciones”, en El Código Civil y Comercial y su incidencia en el Derecho Penal, E. R. Zaffaroni y M. Herrera (Dir.), ed. Hammurabi, Bs. As., 2016.
- 95 Al evaluar a otros Estados, en relación al art. 24.2.c de la Convención, el Comité señaló “su preocupación por el elevado número de casos de malnutrición debidos también a la superpoblación de las regiones urbanas y a la importación de alimentos con alto contenido en azúcar y grasa y por los bajos niveles de la crianza al pecho” (Islas Marshall CRC/C/15/Add.139, párrafos 46 y 47). También reiteradas veces ha citado la obesidad como una de las amenazas para la salud infantil: “... El Comité toma nota con preocupación de que las prácticas nutricionales y la elección de alimentos son cada vez más deficientes, incluso dentro del programa de almuerzos escolares, así como de la elevada incidencia del exceso de peso y la obesidad entre los niños, especialmente entre los que viven en zonas urbanas... El Comité recomienda que el Estado Parte adopte todas las medidas necesarias para promover y estimular prácticas nutricionales sanas a fin de prevenir y remediar el exceso de peso y la obesidad entre los niños...” (Palau CRC/C/15/Add.149, párrafos 46 y 47).
- 96 CCyCN. Art. 1101. “Está prohibida toda publicidad que: a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a





- comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad”.
- 97 Disposición ANMAT N° 4980/2005 (con modificaciones introducidas por la Disp. ANMAT N° 7730/2011).
- 98 Ley 26.396, sancionada en 2008.
- 99 Ley 26.873, sancionada en 2013
- 100 Ley 26.150, sancionada en 2006.
- 101 El art. 4 de esta ley dispone que “La presente ley se inscribe en el marco del ejercicio de los derechos y obligaciones que hacen a la patria potestad”. Debe advertirse que con posterioridad a la sanción de esta ley se sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación que, como ya se indicó, reemplazó el sistema de la patria potestad por la responsabilidad parental y amplió los derechos de los NNyA en relación al acceso a la salud.
- 102 El art. 9 establece que “Las instituciones educativas públicas de gestión privada confesionales o no, darán cumplimiento a la presente norma en el marco de sus convicciones”.
- 103 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales sobre Argentina, 2018. CRC/C/ARG/CO/5-6.
- 104 “Una mujer idiota o demente” en la terminología del Código Penal, sancionado en 1921. Ver art. 86 del Código Penal.
- 105 Debe señalarse que el Ministerio de Salud de la Nación emitió un “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo”. Algunas provincias han adherido a este protocolo, mientras que otras emitieron protocolos propios y, a la fecha de finalización de este informe, siete provincias no adhirieron ni emitieron protocolo propio.
- 106 CRC/C/ARG/CO/5-6; Observaciones Finales sobre Argentina, 01/06/2018.
- 107 En ese caso, el juez debe mantener una entrevista con “los futuros contrayentes y sus representantes legales”. Art. 404 del Código Civil y Comercial de la Nación.
- 108 Ley 22.278.
- 109 Art. 1 Ley 22.278.
- 110 CRC/C/ARG/CO/5-6, párr. 43.
- 111 Corte IDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”, sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 14 de mayo de 2013.
- 112 CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, causa N° 1174C, 7 de diciembre de 2005.
- 113 Es importante señalar que se han registrado avances en algunas provincias mediante la aprobación de legislaciones procesales y estructuras orgánicas judiciales especializadas en materia de justicia juvenil. [0]
- 114 CRC/C/ARG/CO/5-6.
- 115 Disponible en <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2019/01/anteproyecto-ley-de-responsabilidad-penal-juvenil.pdf>
- 116 El proyecto disminuye la edad de punibilidad a los quince (15) años de edad respecto de delitos cuya pena máxima fuere igual o superior a los quince (15) años de prisión. Asimismo, la pena máxima de prisión es de 15 años.
- 117 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe “Violencia, niñez y crimen organizado” (2015), OEA/Ser.L/V/II.Doc. 40/15.
- 118 A/HRC/40/59/Add.2, párr. 73.
- 119 De todas formas, toda vez que el CCYCN es una ley posterior a la de identidad de género, correspondería aplicar sus principios.

# BOLIVIA



© UNICEF Bolivia/2013/Pirozzi

## 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política del Estado

La Constitución Política del Estado (CPE) establece que “El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país”<sup>4</sup>. Si bien la Constitución no menciona individualmente cuáles son esos tratados, se entiende que comprende a la Convención sobre los Derechos del Niño, a lo que se agrega que la propia Constitución dedica una sección específicamente a los derechos “de la niñez, adolescencia y juventud”<sup>5</sup>, así como tres artículos en otras secciones que remiten al “el interés superior del niño”<sup>6</sup> y a su derecho a la educación<sup>7</sup>.



Instrumento	
CDN	Jerarquía constitucional.
Reservas	No hizo.
Declaraciones	No hizo.
PF 1 <sup>1</sup>	Ratificado en 2004.
PF 2 <sup>2</sup>	Ratificado en 2003.
PF 3 <sup>3</sup>	Ratificado en 2013.

*En el CNNA se trató de definir con mayor precisión qué se entiende por “interés superior del niño”, un concepto que ha sido reiteradamente señalado como excesivamente vago o poco claro. Y si bien la definición que se adoptó no ofrece grandes novedades, al menos ofrece pautas para su determinación en concreto.*

## 2. El “Código Niña, Niño y Adolescente”

En el año 2014, Bolivia sancionó un nuevo “Código Niña, Niño y Adolescente”<sup>8</sup> (CNNA), remplazando al cuerpo normativo que regía desde 1999. Se trata de un extenso Código, organizado en tres grandes secciones<sup>9</sup>, comprensivo tantos de los derechos y garantías de los NNyA, como de los mecanismos de protección de sus derechos y de las reglas del sistema penal para los adolescentes. De acuerdo a los objetivos de este informe, aquí se hará hincapié en su primera parte.

- **El principio de interés superior de los NNyA**

Preliminarmente, el Código establece los principios generales que inspiran y permean todo el articulado. Es de destacar especialmente la definición del ámbito de aplicación, pues se establece que las disposiciones del Código son de orden público y “de aplicación preferente a favor de todas las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional”<sup>10</sup>, por lo que no se restringe su aplicación a los niños de nacionalidad boliviana, comprendiendo indiscutiblemente a los niños migrantes, de acuerdo a los mejores estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

Del mismo modo, se establecen valiosos principios de interpretación o preferencia normativa. Así, se dispone que todas las normas del Código deben interpretarse “velando por el interés superior de la niña, niño y adolescente, de acuerdo con la Constitución Política del Estado y Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, cuando éstos sean más favorables”<sup>11</sup>, lo que reafirma la jerarquía superior de

la CDN y otros instrumentos de derechos humanos aplicables.

Es interesante que en el CNNA se trató de definir con mayor precisión qué se entiende por “interés superior del niño”, un concepto que ha sido reiteradamente señalado como excesivamente vago o poco claro. Y si bien la definición que se adoptó no ofrece grandes novedades -pues resulta un tanto circular al afirmar que se trata de “toda situación que favorezca el desarrollo integral de la niña, niño y adolescente en el goce de sus derechos y garantías”<sup>12</sup>-, al menos ofrece pautas para su determinación en concreto, indicando que se debe apreciar la opinión de los NNyA, de sus padres o responsables, así como “su condición específica como persona en desarrollo; la necesidad de equilibrio entre sus derechos y garantías, y los derechos de las demás personas”<sup>13</sup>.

Esta definición y las reglas de procedimiento no resultan, por sí solas, suficientes. Sin embargo, el mismo artículo del CNNA continúa enumerando y detallando otros principios, como los de “prioridad absoluta”, igualdad y no discriminación, participación, diversidad cultural, desarrollo integral o especialidad, que también deben aplicarse para determinar el interés superior, resultando en una norma más precisa.

Entre esos principios se incluye el de “ejercicio progresivo de derechos”, por el cual se garantiza a los NNyA “el ejercicio personal de sus derechos, de manera progresiva y conforme a su capacidad evolutiva”<sup>14</sup>, de conformidad con los artículos 5 y 14 de la CDN. Pero es interesante que, de acuerdo al mismo Código, “en ningún caso serán restringidos los derechos de las niñas, niños o adolescentes, teniendo como argumento la distinción de las etapas de desarrollo”<sup>15</sup>. Estos dos artículos terminan produciendo un buen equilibrio, evitando que bajo el argumento de la progresividad se desconozcan derechos a los niños.

## • El derecho a la identidad

En relación al derecho a la identidad y al nombre de los NNyA, la Constitución Política del Estado tiene dos artículos muy específicos. Así, en primer lugar, la Constitución establece que todos los NNyA “tienen derecho a la identidad y la filiación respecto a sus progenitores” y que “cuando no se conozcan los progenitores, utilizarán el apellido convencional elegido por la persona responsable de su cuidado”<sup>16</sup>. Luego, dispone que “la presunción de filiación se hará valer por indicación de la madre o el padre” y que “esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación”<sup>17</sup>. Esta cláusula, muy poco habitual para un texto constitucional, refleja el lugar destacado que se le dio al derecho a la identidad en la norma fundamental del Estado.

Sin embargo, se trata de una regla muy amplia, que tampoco fue precisada en el Código -donde se regula el procedimiento de filiación judicial<sup>18</sup>-, que permite el establecimiento de la filiación sin que exista certeza. Si bien recurrir a ciertas presunciones puede resultar razonable, es cuestionable que se establezca el mecanismo de presunciones como principio general para establecer un derecho tan importante. Por caso, el texto de la Constitución permitiría que un progenitor alegado rechace realizar un examen de ADN para determinar la filiación, resultando esa negativa una presunción en su contra, cuando la priorización del interés superior del niño reclamaría que el examen de ADN se lleve a cabo aun coactivamente.

El Código, en cambio, sí ofrece claridad en otros asuntos relevantes en relación a estos derechos. Así, se establece que la inscripción de los nacimientos debe realizarse por

procedimientos breves, dentro de los 30 días de producido el nacimiento y que todo el trámite debe ser gratuito -aun cuando no se respete el plazo de 30 días-.

En cuanto al nombre, el Código adopta el sistema de doble apellido. Aunque no lo establece expresamente, de la redacción del artículo en cuestión se desprende que en primer lugar debe ir el apellido paterno, lo que no resulta compatible con la igualdad de género. Asimismo, con el objetivo de evitar situaciones discriminatorias, se establece que en caso de que no se conozca la filiación paterna o materna del niño, se lo anotará también con un apellido convencional<sup>19</sup>, lo que plantea una tensión con el derecho a la identidad. Si bien en sus Orientaciones generales para los informes periódicos el Comité pregunta acerca de “las medidas adoptadas para evitar todo tipo de estigmatización o discriminación del niño”, lo que puede sugerir la compatibilidad de una medida como la establecida en el Código boliviano con la CDN, no puede dejar de advertirse que problemas de este tipo se evitan dejando a criterio de quienes inscriben al niño el establecimiento de un solo apellido o de dos y, en ese último caso, su orden.

Del mismo modo, también se ve una tensión similar en el caso de los niños nacidos como producto de una violación, pues el Código prohíbe su filiación con el autor del delito, pudiendo agregar un apellido convencional<sup>20</sup>. Si bien el Comité ha criticado regulaciones similares de otros países -aunque no precisamente referidas a casos de violación<sup>21</sup>- se ha dicho que los NNyA siempre tienen derecho a conocer la información sobre su origen<sup>22</sup>, aunque ésta no necesariamente debe ser pública, por lo que puede resultar razonable no inscribir alguna filiación en el Registro Civil, de manera de preservar su derecho a la vida privada,

*El Código establece que la inscripción de los nacimientos debe realizarse por procedimientos breves, dentro de los 30 días de producido el nacimiento y que todo el trámite debe ser gratuito -aun cuando no se respete el plazo de 30 días-.*





considerando que las actas de nacimiento suelen ser documentos públicos<sup>23</sup>.

La definición del CNNA no recoge el derecho a la identidad de género. En 2016, Bolivia sancionó la “Ley de Identidad de Género”<sup>24</sup>, que permite modificar el nombre y los documentos de identidad a la identidad de género, exclusivamente a partir de la mayoría de edad, sin atender a la situación de los NNYA. Debe recordarse que la Corte IDH ha afirmado que el derecho a la identidad de género ampara “a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida” y que “debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación”<sup>25</sup>.

En cambio, el derecho a la identidad cultural tiene un amplio reconocimiento en el CNNA, atravesando transversalmente los demás derechos reconocidos a los NNYA. Así, uno de los principios que guía al Código es el de diversidad cultural, “por el cual a las niñas, niños y adolescentes se les reconoce y respeta su identidad y pertenencia a una cultura”<sup>26</sup>, cuestión que se replica y extiende en los capítulos dedicados al derecho a la cultura<sup>27</sup> y recreación<sup>28</sup>, a la educación y a la organización de sistema de protección<sup>29</sup>.

## • El derecho a la familia

El Código es prolífico en la regulación del derecho a la protección de las relaciones familiares. En principio, establece que los NNYA “tienen derecho a vivir, desarrollarse y educarse en un ambiente de afecto y seguridad en su familia de origen o excepcionalmente, cuando ello no sea posible o contrario a su interés superior, en una familia sustituta que le asegure la convivencia familiar y comunitaria”<sup>30</sup>. Asimismo, se dispone que solo pueden ser separados de su familia “por la Jueza o Juez Público en materia de Niñez y Adolescencia, previo proceso y con la finalidad de protegerlo”, pero exclusivamente por las causas previstas en el Código<sup>31</sup>. Así, se impide que

la separación familiar se disponga por la autoridad administrativa y se remite a un proceso en el que los NNYA tienen el derecho de ser escuchados, lo que no puede más que valorarse positivamente.

En ese sentido, es destacable que el Código impide expresamente que la carencia de recursos materiales y económicos constituya un motivo para iniciar las acciones tendientes a separar a los NNYA de su familia de origen<sup>32</sup>, aunque deja margen para que sea tomado en cuenta.

De manera similar, las causales establecidas para la suspensión parcial o total de la autoridad de los padres, en algunos casos, son excesivamente amplias, dejando mucho margen para la discrecionalidad judicial. Así, se alude a “falta, negligencia o incumplimiento injustificado de deberes”<sup>33</sup> o a la “acción u omisión que exponga a sus hijas o hijos a situaciones atentatorias contra su seguridad, dignidad o integridad”<sup>34</sup>, entre otras. En definitiva, se advierte que en el Código se ha procurado reducir la arbitrariedad de las decisiones que dan pie a la separación de los NNYA de su familia de origen, aunque no siempre se ha conseguido una redacción acorde a tan valioso objetivo<sup>35</sup>. Al respecto, debe recordarse que “cuando la ley deja los criterios de separación en manos de los tribunales, de modo que es únicamente el juez quien decide cuál es el interés superior del niño, el Estado debe asegurarse de que los jueces ejercen esta facultad con objetividad”<sup>36</sup>.

## • El derecho a la protección contra toda forma de violencia

El Código dedica toda una sección al “derecho a la integridad personal y protección contra la violencia” de los NNYA. Allí se establece el “derecho al buen trato, que comprende una crianza y educación no violenta, basada en el respeto recíproco y la solidaridad”, prohibiéndose “cualquier tipo de castigo físico, violento o humillante”, imponiéndose a quienes intervienen en la crianza y educación de los NNYA el deber de emplear métodos no violentos<sup>37</sup>.

De manera coherente, se encuentra expresamente prohibida la imposición de sanciones corporales en la escuela<sup>38</sup> y se establece un mecanismo de protección contra la violencia en el sistema educativo<sup>39</sup>, que comprende la violencia entre pares, la violencia verbal o la violencia en razón del género, la situación económica o a través de medios electrónicos.



Resulta especialmente valioso que el Código impone que “todas las personas, sean particulares, servidoras y servidores públicos, que tengan conocimiento de hechos de violencia en contra de las niñas, niños o adolescentes, están obligados a denunciarlos en un plazo máximo de veinticuatro horas de conocido el hecho, ante las Defensorías de la Niñez y Adolescencia o cualquier otra autoridad competente”<sup>40</sup>. A su vez, si correspondiera, la Defensoría debe denunciar estos hechos ante los jueces de la materia, quienes deben imponer la correspondiente sanción<sup>41</sup>. Estas pueden consistir en imponer la prestación de servicios comunitarios, multas o incluso arresto por hasta 24 horas o la suspensión temporal en el cargo o función<sup>42</sup>. Lógicamente, en caso de que la violencia implique un delito, deberá intervenir un juez penal<sup>43</sup>. De esta forma, se instituye un sistema de sanción frente a situaciones de violación de los derechos del NNyA, por fuera del sistema penal, que puede contribuir a prevenir vulneraciones de mayor gravedad.

## • El derecho a la salud

El CNNA establece la gratuidad en los servicios de salud para los NNyA<sup>44</sup>, tanto para la prevención como para su tratamiento y rehabilitación. Sin embargo, nada se dice del acceso a la medicación, salvo para las mujeres embarazadas<sup>45</sup>.

De hecho, se advierte que el Código presta especialmente atención a la prevención del embarazo adolescente y a ciertos aspectos de la salud sexual y reproductiva. Así, se establece que “El Estado en todos sus niveles, garantiza el desarrollo, procesos de información, sensibilización y capacitación relacionados a los derechos sexuales, derechos reproductivos, sexualidad integral, la provisión de servicios de asesoría, así como la atención y acceso a insumos para el cuidado de la salud reproductiva, mediante servicios diferenciados” y que “Las niñas, niños y adolescentes, de acuerdo a su desarrollo físico y psicológico, tienen derecho a recibir información y educación para la sexualidad y para



© UNICEF/UNI189313/Gilbertson VII Photo



la salud sexual y reproductiva, en forma prioritaria por su padre y por su madre, guardadora o guardador y tutora o tutor, y dentro del sistema educativo”<sup>46</sup>. Sin embargo, el Código no tiene mayores precisiones sobre la implementación de este derecho en el ámbito educativo y tampoco existe ninguna ley más específica sobre la materia.

## • El derecho a la educación

El acceso a la educación, de acuerdo a la Constitución Política del Estado, debe ser gratuito en todos los niveles<sup>47</sup>. La Ley de Educación<sup>48</sup> repite la fórmula constitucional, que establece que “Toda persona tiene derecho a recibir educación en todos los niveles de manera universal, productiva, gratuita, integral e intercultural, sin discriminación”. Sin embargo, al referirse al derecho a la educación, el CNNA se limita a reconocer la gratuidad en la educación, pero no precisa qué niveles educativos comprende<sup>49</sup>, por lo que es recomendable armonizar su redacción con los demás textos.

La educación es obligatoria desde el nivel inicial, que se extiende de los 0 a los 6 años y consta de dos etapas: una en familia comunitaria (0 a 3) y otra escolarizada (3 a 6). La etapa secundaria, que típicamente concluye a los 17 años, también es obligatoria.

En todo este capítulo del Código, así como en la referida Ley de Educación, se advierte un fuerte énfasis en garantizar el carácter “intercultural, intracultural y plurilingüe”<sup>50</sup> del proceso educativo, reconociéndose la “autonomía indígena originaria campesina”, que faculta a los pueblos indígenas a intervenir activamente en la gestión educativa<sup>51</sup>, lo que resulta una aplicación valiosa del artículo 30 de la Convención y consistente con las observaciones que el Comité ha hecho a diversos países de la región<sup>52</sup>.

En cuanto a los NNYA, el Código también reconoce su derecho a participar en procesos de la gestión educativa<sup>53</sup>, pero lamentablemente en la Ley de Educación no encontramos disposiciones equivalentes o que concreten ese derecho en la práctica. Es en esa ley donde se regula la “Participación Social Comunitaria”<sup>54</sup>, donde no se hace referencia a la participación de los NNYA, lo que posiblemente responda a que se trata de una ley anterior al Código.

Distinta es la especificidad en relación a las normas antidiscriminatorias. El Código es muy claro al prohibir

expulsar del sistema educativo “a las estudiantes embarazadas, sea cualquiera su estado civil, así como a la y el estudiante a causa de su orientación sexual, en situación de discapacidad o con VIH/SIDA” y dispone que “deberán promoverse políticas de inclusión, protección e infraestructura para su permanencia que permitan el bienestar integral de la o el estudiante hasta la culminación de sus estudios”<sup>55</sup>. Se trata de una norma valiosa, pues el Comité anteriormente había reclamado a Bolivia que trabajara para reducir la deserción escolar de las niñas, muchas veces asociada al embarazo temprano<sup>56</sup>. En líneas generales, tanto el CNNA como la Ley de Educación promueven que el proceso educativo sea libre de violencia y discriminación.

## • El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil

Esta avanzada y moderna legislación en materia de educación, sin embargo, no es acompañada al mismo nivel por las normas laborales, lo que puede comprometer la aplicación efectiva de muchas de sus disposiciones más virtuosas. Así, mientras la Ley de Educación establece que la educación es obligatoria “hasta el bachillerato”<sup>57</sup>, el propio CNNA fija como edad mínima para trabajar los 14 años.

Si bien la Convención no establece una edad mínima determinada para la admisión al trabajo, el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>58</sup> exige que esa edad no sea inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a los 15 años. El Comité ha interpretado el artículo 30 de la Convención de conformidad con lo dispuesto en ese Convenio, reclamando a varios Estados que armonicen la edad mínima para trabajar con la que rige para la enseñanza obligatoria<sup>59</sup>. Por ello, Bolivia debería elevar la edad mínima de admisión al trabajo, pues esta incompatibilidad no alcanza a ser subsanada por los distintos mecanismos de control que el Código impone sobre los niños que trabajan o, incluso, por la imposición al empleador de remunerar dos horas diarias destinadas al estudio<sup>60</sup>. Aunque en el Código se advierte un esfuerzo genuino por reducir el trabajo infantil y evitar que entorpezca el acceso a la educación, incluyéndose una extensa lista de actividades en las que está absolutamente prohibido el trabajo de los NNYA<sup>61</sup>, la edad de 10 años para el acceso al empleo no resulta compatible con la

Convención. Todo esto ha llevado al Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) de Bolivia a declarar la inconstitucionalidad del artículo 129 del CNNA<sup>62</sup>.

- **El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata**

En cuanto a la protección contra la explotación y los abusos sexuales, es interesante que la legislación boliviana no se limita a la tipificación de los delitos más habituales, sino que también impone al Estado, en sus niveles nacional, departamental y municipal, el deber de diseñar e implementar políticas de prevención y protección y garantizar programas permanentes y gratuitos de asistencia y atención integral para las niñas, niños y adolescentes abusados, explotados y erotizados<sup>63</sup>. El propio Código establece una serie de medidas específicas que se deben adoptar, aunque algunas de ellas entran en seria tensión con derechos fundamentales, pues incluyen medidas restrictivas de derechos sine die para personas condenadas por delitos contra la libertad sexual<sup>64</sup>.

Del mismo modo, la Ley contra la Trata y el Tráfico de Personas<sup>65</sup> otorga un plus de protección a los NNyA, pues impone mecanismos especiales de atención de sus derechos como víctimas<sup>66</sup>, establece el carácter agravado de los delitos cometidos en su perjuicio e incluso tipifica ciertos delitos en los que son exclusivamente el sujeto pasivo, como la prostitución infantil<sup>67</sup>.

La edad mínima para el consentimiento sexual es de 14 años. Tras una reforma introducida por la

“Ley de protección a las víctimas de delitos contra la libertad sexual”<sup>68</sup>, el Código Penal califica como violación de NNoA todo acto sexual con una persona menor de 14 años, “así no haya uso de la fuerza o intimidación y se alegue consentimiento”<sup>69</sup>. Además, la norma prohíbe otorgar indultos por este crimen y la acción penal no prescribe hasta 4 años después de que la víctima hubiere alcanzado la mayoría de edad<sup>70</sup>.

A su vez, adecuadamente, están exceptuadas de sanción “las relaciones consensuadas entre adolescentes mayores de 12 años, siempre que no exista diferencia de edad mayor de 3 años, entre ambos, y no se haya producido violencia ni intimidación”<sup>71</sup>. Esta previsión resulta ajustada al estándar que el Comité fijara en su Observación General sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, donde señaló que “Los Estados deben evitar que se criminalice a los adolescentes de edades similares por mantener relaciones sexuales objetivamente consensuadas y sin fines de explotación”<sup>72</sup>.

En tanto, las relaciones sexuales entre adolescentes mayores de 14 años y adultos están criminalizadas si mediere seducción o engaño -estupro-<sup>73</sup>. Como se ha señalado al evaluar la legislación similar de otros países, estos tipos penales tradicionales requiere medios especiales de comisión de muy difícil acreditación, que pueden dificultar su aplicación en la práctica.

Del mismo modo, el Código Penal boliviano aún contiene el clásico delito de “corrupción de menores”<sup>74</sup> -aunque definido como “corrupción de niña, niño o adolescente”-, característico de la doctrina de la situación irregular, que puede provocar la absorción bajo una pena menor de hechos que deberían ser calificados como trata de personas

*La edad mínima para contraer matrimonio o unión libre es de 16 años, si media autorización de los padres o representantes legales o, en su defecto, de la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia. Debe recordarse que, de acuerdo con la CDN, el matrimonio no debe ser admisible antes de los 18 años, sin excepciones.*



con fines de explotación sexual. Además, este tipo de figuras normalmente llevan al sistema penal a indagar sobre la experiencia sexual previa de los adolescentes y dejan sin protección a aquellos que la tuvieron.

Finalmente, cabe apuntar que la edad mínima para contraer matrimonio o unión libre es de 16 años, si media autorización de los padres o representantes legales o, en su defecto, de la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia<sup>75</sup>. Debe recordarse que, de acuerdo con la CDN, el matrimonio no debe ser admisible antes de los 18 años, sin excepciones.

## • El sistema de responsabilidad penal adolescente

- *Se aplica a todos los delitos tipificados en el Código Penal, incluyendo los culposos o delitos dolosos leves. En este punto, debe recordarse que el Comité ha indicado que del artículo 40 inc. 3 de la Convención se desprende que los delitos leves deberían ser abordados “sin recurrir a los procedimientos judiciales de la legislación penal”<sup>77</sup>.*
- *La sanción penal debe ser atenuada en cuatro quintas partes respecto del máximo penal previsto para el mismo delito, si fuese cometido por un adulto.*
- *En ningún caso la sanción de privación de la libertad puede cumplirse a partir de los 24 años. Si bien es valioso que la ley establezca un límite claro para el cumplimiento de este tipo de medidas, el plazo previsto resulta excesivamente prolongado, especialmente cuanto menor es la edad del adolescente que infringió la ley. Así, un adolescente de 14 años se expone a sanciones que pueden llegar a 10 años de privación de la libertad, lo que no se compadece con el principio de brevedad que debe guiar a esta clase de medidas.*
- *Para delitos cuyo máximo penal esté entre quince (15) y treinta (30) años en el Código Penal, la sanción debe cumplirse en un centro especializado en privación de libertad.*
- *Para delitos cuyo máximo penal sea menor a quince (15) años en el Código Penal, se aplican medidas socio-educativas con restricción de libertad (régimen domiciliario, en tiempo libre y semiabierto) y en libertad (prestación de servicios a la comunidad y libertad asistida).*
- *La prisión preventiva está fuertemente limitada. Así, su procedencia se restringe a la acreditación de elementos suficientes sobre la probable participación del adolescente en un hecho delictivo, junto con la*

El Libro III del CNNA se dedica al “Sistema Penal para Adolescentes”, organizado para el principio de especialidad y respuesta diferenciada. Allí se fija la edad mínima de responsabilidad penal en 14 años.

En líneas generales, este sistema se ajusta a los lineamientos que fijó el Comité en su Observación General sobre “Los derechos del niño en la justicia de menores”<sup>76</sup>, aunque ciertos aspectos merecen ser cuestionados. Así, sus notas centrales son:

- *existencia de riesgo de fuga o entorpecimiento de la investigación, lo que son definidos en la ley. Además, se prevé expresamente que “No procederá la detención preventiva por hechos que se adecuen a delitos contra la propiedad, cuando se devuelva, restituya o recupere la cosa, o ésta no haya salido del dominio de la víctima, o el daño haya sido reparado”<sup>78</sup>.*
- *A su vez, se fijan plazos máximos para su duración, debiendo disponerse su cese: cuando su duración exceda de cuarenta y cinco (45) días sin acusación Fiscal, o de noventa (90) días, en caso de pluralidad de personas adolescentes imputadas; cuando su duración exceda de tres (3) meses sin sentencia en primera instancia, o de seis (6) meses en caso de pluralidad de personas adolescentes imputadas.*
- *Se prevé la remisión y salidas alternativas del proceso, como la conciliación y otros mecanismos de justicia restaurativa.*
- *En cuanto al cumplimiento de las sanciones privativas de la libertad, cabe destacar que se encuentra expresamente prohibido que se les impongan castigos corporales o que sean incomunicados. Sin embargo, se admite que sean sometidos al régimen de aislamiento “cuando sea estrictamente necesario para evitar actos de violencia contra sí mismo o contra terceros”, sin plazo alguno ni control judicial<sup>79</sup>. Si el régimen de aislamiento, aún en adultos, resulta severamente cuestionable desde el derecho internacional de los derechos humanos<sup>80</sup>, no existen dudas de que es intolerable su aplicación a NNyA, pues se encuentra expresamente prohibido en las “Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad”<sup>81</sup>, que deben ser integradas en la interpretación del art. 37 de la Convención sobre Derechos del Niño.*



*La reforma más necesaria es la referida al trabajo infantil. El CNNA establece como edad mínima para la actividad laboral los 14 años edad, admitiendo la actividad laboral por cuenta propia desde los 10 años y excepcionalmente la actividad por cuenta ajena desde los 12 años. Si bien esta disposición del CNNA fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Plurinacional, ello no exime la necesidad de modificar el CNNA.*

### 3. Recomendaciones

El “Código Niño, Niña y Adolescente” constituye un valioso avance en la adecuación normativa de Bolivia a la Convención sobre los Derechos del Niño. En su presentación, se afirma que “se basa en once principios: interés superior, prioridad absoluta, igualdad y no discriminación, equidad de género, participación, diversidad cultural, desarrollo integral, corresponsabilidad, rol de la familia, ejercicio progresivo de derechos y especialidad” y que “se enmarca en los instrumentos internacionales que fueron ratificados por el Estado boliviano, pero también se basa en un análisis de la situación real y los desafíos del día a día de la infancia, niñez y adolescencia boliviana, en el marco de nuestra cultura y valores ancestrales”<sup>82</sup>. Y si bien, en líneas generales, se trata de una afirmación que se puede compartir, del repaso realizado surge que es recomendable realizar algunas modificaciones, para lograr una norma más coherente con esos principios y con la Convención.

La reforma más necesaria es la referida al trabajo infantil. Como vimos, el CNNA establece como edad mínima para la actividad laboral los 14 años edad, admitiendo la actividad laboral por cuenta propia desde los 10 años y excepcionalmente la actividad por cuenta ajena desde los 12 años. Si bien esta disposición del CNNA fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Plurinacional, ello no exime la necesidad de modificar el CNNA, que no solo debe ajustarse a esa sentencia sino también establecer una edad mínima para la actividad laboral compatible con aquella fijada para la educación obligatoria.

En el campo referido a la protección contra los abusos sexuales, es conveniente extender los plazos

prolongados de prescripción a todos los delitos de esta naturaleza cometidos contra personas menores de edad y no limitarlos a los menores de 14 años. A su vez, es recomendable revisar figuras tradicionales de la doctrina de la situación irregular -como la corrupción de menores- y armonizarlas con el delito de trata de personas con fines de explotación sexual.

También es imprescindible eliminar las excepciones que habilitan contraer matrimonio por debajo de los 18 años de edad. La edad mínima para contraer matrimonio no debe ser inferior a los 18 años.

En relación al derecho a la identidad y el derecho al nombre también existen algunos artículos en el CNNA que requieren una revisión. Bolivia ha adoptado el sistema de doble apellido, lo que plantea ciertos problemas en los casos donde la filiación no está establecida. El CNNA ha optado por establecer un apellido común a aquellos niños cuya filiación materna o -más probablemente- paterna sea desconocida. Idéntica medida se aplica en los casos en que el embarazo sea fruto de una violación. Estas medidas, de acuerdo al criterio del Comité de Derechos del Niño, no son en sí mismas incompatibles con la Convención. Así, se ha destacado que el art. 7 de la Convención establece el derecho del niño a conocer a sus padres “en la medida de lo posible”, por lo que “sólo en casos extremos e inequívocos podría invocarse el interés superior del niño para impedirle el ejercicio de su derecho a conocer la identidad de sus padres”<sup>83</sup>. Sin embargo, no puede predicarse lo mismo cuando aquel niño adquiera la mayoría de edad. En consecuencia, es recomendable que Bolivia integre esta disposición del CNNA con alguna norma que resguarde el derecho a conocer los orígenes aún en estos casos, al menos, al adquirir la mayoría





de edad, lo que puede hacerse dejando un registro oficial, pero confidencial, de éste.

Por otro lado, el sistema de doble apellido debe armonizarse con la equidad de género, que precisamente se invoca en la presentación del CNNA como uno de sus principios. Por ello, es recomendable que se enmiende el art. 109.1 del CNNA estableciendo con claridad que el orden de los apellidos puede ser elegido por los padres, sin preestablecer un orden entre el apellido paterno y el materno.

Culminando con el derecho a la identidad, resulta recomendable facultar expresamente a los jueces a disponer de la fuerza pública para realizar pruebas genéticas que permitan establecer con certeza el vínculo filial, en vez de acudir al sistema de presunciones.

En materia del derecho a la educación es necesario lograr una mayor armonía entre el CNNA y la Ley de Educación. Así, el CNNA debería establecer con claridad que la gratuidad en la educación alcanza a todos los niveles educativos, tal como está previsto en la Ley de Educación y en la Constitución Política del Estado. En cambio, la Ley de Educación es la que debe ser enmendada en relación a la participación de los NNyA en el proceso educativo, pues ese derecho está reconocido en el CNNA, sin que en la Ley de Educación existan disposiciones para concretarlo en la práctica.

En cuanto a la administración de justicia juvenil, es recomendable excluir a los delitos leves y culposos del sistema, reduciéndolo al tratamiento de un catálogo más limitado de delitos graves. Asimismo, es recomendable reducir la edad máxima de cumplimiento de medidas privativas de la libertad.

También es conveniente establecer mayores herramientas para el resguardo de los derechos de los adolescentes sometidos a medidas privativas de la libertad. Así, si bien el CNNA establece que los “centros especializados” donde se lleven a cabo estas medidas deben tener una “Reglamentación taxativa de las sanciones que puedan ser impuestas a la y al adolescente durante el cumplimiento de la medida” y que “En ningún caso se podrán aplicar medidas disciplinarias crueles, inhumanas o degradantes, incluidos los castigos corporales y el encierro en celdas oscuras o insalubres”<sup>84</sup>, reconociendo también el derecho de los adolescentes a impugnar estas medidas<sup>85</sup>, no hay ninguna norma que imponga expresamente a las autoridades el deber de comunicar

tales sanciones a la defensa ni se garantice su impugnación en sede judicial.

En idéntico sentido, como vimos, el art. 342 inc. J del CNNA debe ser reformado, prohibiendo la imposición del régimen de aislamiento taxativamente, sin excepciones.



© UNICEF/UN0119257/Alanes

### Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 Art. 410 inc. 2.
- 5 Sección V, arts. 58 a 61.
- 6 Art. 65.
- 7 Art. 82 inc. 3 y 85.
- 8 Ley 548.
- 9 Son tres “libros”: “Libro I. Derechos, garantías, deberes y protección”; “Libro II. Protección jurisdiccional”; “Libro III. Sistema penal para adolescentes”.
- 10 Art. 4.
- 11 Art. 9.
- 12 Art. 12 inc. a.
- 13 Art. 12 inc. a.
- 14 Art. 12 inc. j.
- 15 Art. 4 inc. 2.
- 16 Art. 59 inc. 4 de la CPE.
- 17 Art. 65 de la CPE. Luego agrega que “En caso de que la prueba niegue la presunción, los gastos incurridos corresponderán a quien haya indicado la filiación”.
- 18 Arts. 234 a 238.
- 19 Art. 109 inc. 1. “La niña, niño o adolescente tiene derecho a nombre propio e individual, llevar dos apellidos, paterno y materno, o un solo apellido sea de la madre o del padre y otro convencional para completar los dos apellidos; o, en su defecto, tener dos apellidos convencionales.”
- 20 Art. 112.
- 21 Por ejemplo, cuestionó la legislación de Bélgica que prohibía que los hijos fruto de relaciones “incestuosas” tuvieran filiación paterna, aunque el Estado justificara “esta prohibición por el interés del hijo de que no se proclame oficialmente un vínculo de filiación (...) que podría perjudicarle social y psicológicamente” (ver Bélgica CRC/C/11/Add.4, párrafo 124).
- 22 De hecho, el propio Código boliviano establece en otro artículo que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a conocer a su madre y padre de origen” (art. 38).
- 23 Ver Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 126.
- 24 Ley 807/2016.
- 25 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 25 de noviembre de 2017, párr. 154. En el mismo sentido, el Comité ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente” (Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34). Ver también Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, “Principios de Yogyakarta”, en cuyo preámbulo se afirma que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”.
- 26 Art. 12.F CNNA.
- 27 Art. 120 CNNA: “Derecho a la cultura. La niña, niño y adolescente tiene derecho a: a) Que se le reconozca, respete y fomente el conocimiento y la vivencia de la cultura a la que pertenece o con la que se identifica; b) Participar libre y plenamente en la vida cultural y artística de acuerdo a su identidad y comunidad.”
- 28 Art. 121 CNNA: “Derecho a recreación, esparcimiento, deporte y juego. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la recreación, esparcimiento, deporte y juego. II. El ejercicio de estos derechos debe estar dirigido a garantizar el desarrollo integral de la niña, niño y adolescente, y a fortalecer los valores de solidaridad, tolerancia, identidad cultural y conservación del ambiente.”
- 29 Art. 160 CNNA: “Principios. I. El Sistema Plurinacional de Protección Integral de la Niña, Niño y Adolescente-SIPPROINA, se organizará y se regirá bajo los principios de legalidad, integralidad, participación democrática, equidad de género, eficiencia y eficacia, descentralización e interculturalidad.”
- 30 Art. 35 inc. 1.
- 31 Art. 35 inc. 2.
- 32 Art. 37.
- 33 Art. 43 inc. a, para la suspensión parcial.
- 34 Art. 44 inc. e, para la suspensión total, y con una fórmula muy similar para la extinción de la autoridad (art. 47 inc. b).
- 35 Otras disposiciones del Código relevantes sobre este asunto son aquellas referidas a los niños cuyo padre o madre están privado de la libertad. Se establece que tienen derecho a permanecer con aquél que se encuentre libre y que “si ambos se encuentran privados de libertad se le integrará a los familiares o a una familia sustituta”, en tanto que “en forma excepcional, la niña o niño que no alcanzó seis años de edad podrá permanecer con su madre, pero en ningún caso en los establecimientos penitenciarios para hombres” (art. 106). Resulta cuestionable que este artículo ponga en un mismo nivel a los familiares del niño y a una familia sustituta, pues debería justificarse especialmente acudir a esta última si hay familiares en condiciones de hacerse cargo del niño.
- 36 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 152.
- 37 Art. 146.
- 38 Art. 117 inc. d.
- 39 Art. 150.



- 40 Art. 155.
- 41 Art. 153.
- 42 Art. 176.
- 43 Art. 147 inc. 3.
- 44 Art. 18.
- 45 Art. 24 inc. A (dotación de medicamentos en la etapa pre y post natal) y E (“tratamiento antirretroviral para mujeres embarazadas con VIH/SIDA”).
- 46 Art. 22. A su vez, el art. 116 inc. 1.i establece que “El Sistema Educativo Plurinacional garantiza a la niña, niño o adolescente: i) Sensibilización y acceso a la información adecuada y formación oportuna en educación sobre sexualidad integral en el marco de los contenidos curriculares.”
- 47 Art. 17 CPE.
- 48 Ley 070, del 20 de diciembre de 2010.
- 49 Art. 115 inc. 1: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la educación gratuita, integral y de calidad, dirigida al pleno desarrollo de su personalidad, aptitudes, capacidades físicas y mentales.”
- 50 Art. 115 inc. 2: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a una educación de calidad y calidez, intracultural, intercultural y plurilingüe, que les permita su desarrollo integral diferenciado, les prepare para el ejercicio de sus derechos y ciudadanía, les inculque el respeto por los derechos humanos, los valores interculturales, el cuidado del medio ambiente y les cualifique para el trabajo.”
- 51 Art. 80, Ley de Educación.
- 52 Así, el Comité ha dicho que “A la luz de los artículos 28, 29 y otros artículos conexos de la Convención, el Comité recomienda que el Estado Parte continúe sus esfuerzos por fortalecer las políticas y el sistema educativo a fin de (...) ampliar la cobertura de las escuelas y mejorar la calidad de las escuelas haciéndolas más sensibles a la diversidad geográfica y cultural; y aumentar la pertinencia de los programas de educación bilingüe para los niños que pertenecen a grupos indígenas” (Perú CRC/C/15/Add.120, párrafo 25. Véase también, por ejemplo, Colombia CRC/C/15/ Add.137, párrafo 53). Del mismo modo, el Comité recomendó la implicación de las minorías étnicas en la administración de las escuelas: “... el Comité recomienda que el Estado Parte promueva la participación de los padres y de las comunidades, en especial las minorías étnicas, en la administración de las escuelas, para poder así mejorar las tasas de matriculación y supervisar la calidad de la enseñanza.” (Tayikistán CRC/C/15/Add.136, párrafo 43. Véase también Kirguistán CRC/C/15/ Add.127, párrafo 52). Así, la ley boliviana parece estar a la vanguardia en este punto.
- 53 Art. 116 inc. G y H. Esto resulta coherente con el artículo 12 de la Convención y la interpretación que ha hecho el Comité de su aplicación al ámbito educativo. Así, por ejemplo, al examinar a la Argentina el Comité señaló que “recomienda que se tomen más medidas para alentar la activa participación de los niños en las escuelas y fuera de ellas, según lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención.” (Argentina CRC/C/15/Add.35, párrafo 21). Del mismo modo, en su primera Observación General el Comité sostuvo que “Debe promoverse la participación del niño en la vida escolar, la creación de comunidades escolares y consejos de alumnos, la educación y el asesoramiento entre compañeros, y la intervención de los niños en los procedimientos disciplinarios de la escuela, como parte del proceso de aprendizaje y experiencia del ejercicio de los derechos.” (Comité de los Derechos del Niño, Observación general 1, 2001, CRC/GC/2001/1, párrafo 8).
- 54 En su art. 90 define a la “Participación Social Comunitaria” del siguiente modo: “Es la instancia de participación de los actores sociales, actores comunitarios, madres y padres de familia con representación y legitimidad, vinculados al ámbito educativo. La participación social comunitaria comprende la estructura, mecanismos, composición y atribuciones dirigida al apoyo en el desarrollo de la educación, sujeta a reglamentación”.
- 55 Art. 118.
- 56 Bolivia CRC/C/3/Add.2, párrafo 174.
- 57 Ley de Educación, art. 1.8.
- 58 Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138). Ver también la Recomendación (núm. 146) que lo complementa.
- 59 Ver por caso sus observaciones finales sobre Nicaragua: “También se propone al Gobierno que estudie la ampliación de la enseñanza obligatoria a nueve años de escolarización, a la vez que se procura que la edad de terminación de la enseñanza obligatoria se armonice con la edad mínima para trabajar...” (Nicaragua CRC/C/15/Add.36, párrafo 38). En el mismo sentido, al examinar a Túnez señaló que “la discrepancia legislativa entre la edad para terminar la enseñanza obligatoria y la edad mínima para la admisión al empleo pueda alentar a los adolescentes a abandonar el sistema escolar” (Túnez CRC/C/15/Add.39, párrafo 9).
- 60 Art. 132 inc. 4.
- 61 Art. 136.
- 62 Sentencia 0025/2017, emitida el 21 de julio de 2017, del Tribunal Constitucional Plurinacional.
- 63 Art. 148.
- 64 Así, en el art. 149 se disponen entre otras las siguientes medidas: “a) Control y seguimiento de personas con sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos contra la libertad sexual cometidos contra niñas, niños o adolescentes; b) Aplicación de tratamientos psicológicos o psiquiátricos, como medidas de seguridad, para personas con sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos contra la libertad sexual, cometidos contra niñas, niños o adolescentes, durante el tiempo que los especialistas consideren pertinente, incluso después de haber cumplido con su pena privativa de libertad; c) Prohibición para las personas descritas en los incisos precedentes, de que una vez cumplida la sanción penal, vivan, trabajen o se mantengan cerca de parques, centros de esparcimiento y recreación para niñas, niños y adolescentes, unidades educativas, o lugares en los cuales exista concurrencia de esta población, independientemente de la aplicación de la pena privativa de libertad impuesta.”
- 65 Ley 263.
- 66 Art. 30, ley 263.
- 67 Art. 322 del Código Penal, t.o. ley 263.
- 68 Ley 2033/1999.
- 69 Art. 308 bis CP.
- 70 Art. 101 CP.
- 71 Art. 308 bis CP.
- 72 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de

- los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 40.
- 73 Art. 309 CP.
- 74 Art. 318 CP: “Corrupción de niña, niño o adolescente. El que mediante actos libidinosos o por cualquier otro medio, corrompiera o contribuya a corromper a una persona menor de dieciocho (18) años, será sancionado con pena privativa de libertad de tres (3) a ocho (8) años. (Modificado por el artículo 21 de la Ley N° 054 de 8 de noviembre de 2010, de Protección Legal de Niñas, Niños y Adolescentes).” El art. 319 prevé figuras agravadas del mismo tipo básico.
- 75 Art. 139 Código de las Familias y Procesal Familiar.
- 76 Observación General nro. 10 (2007), CRC/C/GC/10.
- 77 *Ibid.*, párr. 25.
- 78 Art. 289.II CNNA.
- 79 Art. 342 inc. I y J. Si bien el art. 346 establece que es atribución de los jueces en ejercicio de la competencia de control de ejecución “Velar por que no se vulneren los derechos de la y el adolescente durante el cumplimiento de las medidas, especialmente en el caso de las privativas de libertad”, la autoridad administrativa es la que impone sanciones como el aislamiento, sin que se obligue su notificación a la defensa del adolescente y a la autoridad judicial.
- 80 Ver, por todos, la Observación General sobre el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, efectuada por el Comité de Derechos Humanos, donde se observa que “el confinamiento solitario prolongado de la persona detenida o presa puede equivaler a actos prohibidos por el artículo 7” (Comité de Derechos Humanos, Observación general 20, 1992, HRI/GEN/1/Rev.7, párrafo 6).
- 81 Res. AG 45/113, del 14/12/1990. Ver en particular art. 67, que establece que “Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos 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.”
- 82 Presentación del CNNA, suscripta por los presidentes de la Cámara de Diputados y Senadores al momento de su aprobación.
- 83 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 132.
- 84 Art. 338 inc. II.b del CNNA.
- 85 Art. 342 inc. G del CNNA.





# BRASIL



© UNICEF/UN0341600/Pinheiro

## 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil

Brasil ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990<sup>4</sup>, otorgándole jerarquía superior a las leyes internas pero inferior a la Constitución<sup>5</sup>. Sin embargo, la Constitución también establece que el Estado se rige en sus relaciones internacionales por, entre otros principios, el de “prevalencia de los derechos humanos”<sup>6</sup> y afirma que “[l]os derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte”<sup>7</sup>.



Instrumento	
CDN	Jerarquía supralegal.
Reservas	Sin reservas.
Declaraciones	Sin declaraciones.
PF 1 <sup>1</sup>	Ratificado en 2004.
PF 2 <sup>2</sup>	Ratificado en 2004.
PF 3 <sup>3</sup>	Ratificado en 2017.

*De acuerdo a la Constitución, la protección especial de los NNyA tiene dimensiones del orden laboral, previsional, penal, en materia de salud y de las relaciones familiares.*

Además, la Constitución contiene numerosas disposiciones sobre los NNyA a lo largo de su articulado y dedica un capítulo específico a sus derechos, junto con los de la familia y los ancianos<sup>8</sup>. Allí es medular el artículo 227, incorporado a la Constitución en 1988 por medio de una enmienda popular, del que se ha dicho que “constituye una admirable síntesis de la futura Convención”<sup>9</sup>. Este artículo consagra la protección especial y el principio de prioridad absoluta<sup>10</sup> de los derechos de los NNyA, a la vez que enuncia sus derechos específicos más relevantes.

De acuerdo a la Constitución, la protección especial de los NNyA tiene dimensiones del orden laboral, previsional, penal, en materia de salud y de las relaciones familiares. En concreto, en el texto constitucional, el derecho a la protección especial incluye: una edad mínima de catorce años para la admisión al trabajo, garantía de derechos de previsión y laborales, y garantía del acceso del trabajador adolescente a la escuela. En materia penal, se garantiza el pleno y formal conocimiento de la imputación de actos infractores, la igualdad en la relación procesal y la defensa técnica por profesional habilitado. Además, se debe garantizar la obediencia a los principios de brevedad, excepcionalidad y respeto a la condición peculiar de la persona en desarrollo, en la aplicación de cualquier medida privativa de libertad. Asimismo, debe haber estímulo del Poder Público, a través

de asistencia jurídica, incentivos fiscales y subsidios, en los términos de la ley, al acogimiento, bajo la forma de guarda, del niño o adolescente huérfano o abandonado. También debe haber programas de prevención y atención especializada al niño, al adolescente y al joven dependiente de estupefacientes y drogas afines.<sup>11</sup>

A esto se agregan otras disposiciones en materia de violencia, de adopción, penal, y sobre obligaciones de los padres. Así, la Constitución establece que “la ley castigará severamente el abuso, la violencia y la explotación sexual del niño y del adolescente”<sup>12</sup>. Sobre adopción, se establece que “[l]a adopción estará? asistida por el Poder Público, en la forma de la ley, que establecerá? los casos y condiciones de su ejercicio por parte de extranjeros”<sup>13</sup>. Se consagra la igualdad de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio<sup>14</sup>, la inimputabilidad de los menores de dieciocho años<sup>15</sup>, y el deber de los padres de asistir, criar y educar a sus hijos mayores, así como que los hijos mayores tienen el deber de ayudar y amparar a los padres en la vejez, carencia o enfermedad.<sup>16</sup> Otro artículo, que inaugura este capítulo, afirma que la familia es objeto de especial protección por parte del Estado, que “garantizará la asistencia familiar en la persona de cada uno de los que la integran, creando mecanismos para evitar la violencia en el ámbito de sus relaciones”<sup>17</sup>.



Por otra parte, la Constitución reconoce el derecho a la salud en general para todas las personas<sup>18</sup> y el derecho a la educación, al que dedica una regulación minuciosa. Así, establece que la educación es un derecho de todos y un deber del Estado y de la familia<sup>19</sup>. Afirma que será promovida con la colaboración de la sociedad y tenderá al pleno desarrollo de la persona, a su preparación para el ejercicio de la ciudadanía y a su calificación para el trabajo<sup>20</sup>.

Luego, la Constitución reconoce una serie de principios y garantías. Entre los principios, se incluyen, entre otros: la igualdad de condiciones para el acceso y la permanencia en la escuela, libertad de aprender, enseñar, investigar y divulgar el pensamiento, el arte y el saber, el pluralismo de ideas y de concepciones pedagógicas, la coexistencia de instituciones públicas y privadas de enseñanza, la gratuidad de la enseñanza pública en establecimientos oficiales, y la gestión democrática de la enseñanza pública<sup>21</sup>.

Dentro de las garantías, se incluyen: la educación básica obligatoria y gratuita desde los 4 (cuatro) hasta los 17 (diecisiete) años de edad, se asegura su oferta gratuita para todos los que a ella no tuvieron acceso a la edad propia, la progresiva universalización de la enseñanza media gratuita, y atención educativa especializada a las personas con discapacidad, la que se desarrollará preferentemente en la red regular de enseñanza<sup>22</sup>. Además, se menciona la garantía de educación infantil, en guardería y en preescolar, a los niños hasta los 5 años de edad, el acceso a los niveles más elevados de enseñanza, de investigación y de creación artística según la capacidad de cada uno, la oferta de enseñanza nocturna regular, y la atención al educando, en todas las etapas de la educación básica, a través de programas suplementarios de material didáctico-escolar, transporte, alimentación y asistencia a la salud<sup>23</sup>.

A estas disposiciones se agrega una que tiende a reforzar las anteriores y que reconoce que “[e]l acceso a la enseñanza obligatoria y gratuita es un derecho público subjetivo” y que la falla en ofrecer “enseñanza obligatoria por el Poder Ejecutivo, o su oferta irregular, importa la responsabilidad de la autoridad competente”<sup>24</sup>.

La Constitución no avanza sobre los objetivos o contenidos de la educación, limitándose a afirmar que “[s]e fijarán mínimos para la enseñanza fundamental de manera que se asegure la formación básica común y el respeto a los valores culturales y artísticos,

nacionales y regionales”<sup>25</sup>, a la vez que hace referencia a la educación intercultural<sup>26</sup> y religiosa<sup>27</sup>.

Finalmente, antes de ingresar al análisis de la legislación inferior, corresponde destacar que Brasil es un país federal, por lo que al Estado de la Unión solo compete legislar de manera exclusiva sobre materias expresamente determinadas, mientras que otros son de competencia concurrente o exclusiva de los estados locales<sup>28</sup> o municipios<sup>29</sup>. Algunas cuestiones centrales para los derechos de los NNyA -como la legislación civil, penal, relativa a la ciudadanía o a las bases de la educación- son de competencia federal<sup>30</sup>, mientras que la protección de la infancia y la juventud o la legislación educativa general son asuntos de competencia concurrente en los cuales los estados locales pueden legislar en la medida que no haya una ley federal o sus disposiciones no sean contrarias a ella en caso de que la hubiere<sup>31</sup>. De conformidad con el alcance de este informe, a continuación solo se analizan leyes federales.

## 2. El Estatuto del Niño y del Adolescente y otras leyes relacionadas a los derechos de los NNyA

Apenas un año después de la aprobación de la Convención -e incluso algunos meses antes de su entrada en vigencia-, Brasil fue el primer país de la región en sancionar una ley general sobre los derechos de los NNyA, buscando adecuar su derecho local a las obligaciones internacionales contraídas al ratificarla. Se trata del “Estatuto del Niño y del Adolescente” (en adelante, “el Estatuto” o ECA, por sus siglas en portugués<sup>32</sup>), que más allá de algunas modificaciones parciales, sigue siendo la ley federal de referencia sobre la protección de los NNyA.

El Estatuto aborda los derechos fundamentales -reconociéndoseles “todos los derechos fundamentales inherentes a la persona humana”<sup>33</sup>- así como los derechos en el medio familiar, de prevención y protección, y en materia penal de los NNyA, pudiendo aplicarse a personas de entre dieciocho y veinte años, cuando así esté previsto<sup>34</sup>.

- **El principio de interés superior de los NNyA**

El principio de interés superior originalmente no tenía un reconocimiento expreso en el ECA. Una reforma realizada en 2009 lo introdujo como un criterio rector para la definición sobre las medidas de protección<sup>35</sup> en general y sobre la adopción internacional en particular<sup>36</sup>. En 2017, otra reforma lo incorporó como un elemento que podría habilitar la continuidad del acogimiento institucional por fuera del plazo máximo previsto en la ley para los NNyA privados de cuidado familiar<sup>37</sup>.

Esta última reforma es sintomática de la necesidad de que el principio de interés superior sea definido con precisión el ECA, reconociendo íntegramente sus tres facetas: como derecho sustantivo, principio interpretativo fundamental y norma de procedimiento para cualquier decisión que se tome en relación a los NNyA<sup>38</sup>. Actualmente, las tres referencias expresas que el ECA realiza a este principio son excesivamente indeterminadas, prestándose a su aplicación distorsiva, y sin llegar a comprender a todas las decisiones que afecten a los NNyA, pues apenas se lo alude para las medidas de protección.

De todas maneras, es justo decir que el ECA, en sus disposiciones preliminares, recoge el principio de prioridad absoluta<sup>39</sup>, de íntima vinculación con el de interés superior. Allí también se fijan pautas de interpretación que, nuevamente, son excesivamente proclives a habilitar la discrecionalidad del intérprete<sup>40</sup>.

- **El derecho a la identidad**

Entre los derechos fundamentales de los NNyA, el ECA incluye el “derecho al respeto” el cual se integra con la inviolabilidad y preservación de la identidad, entre otros<sup>41</sup>. Sin embargo, no se incluye una definición sobre el alcance de este derecho fundamental, comprensiva de todos los elementos enunciados en los artículos 7 y 8 de la Convención. De todos modos, aunque no exista tal definición, el ECA contiene diversas referencias a esos elementos, que a su vez se complementan con legislación específica.

Así, un aspecto central del derecho a la identidad, como es el registro inmediato del nacimiento, es recogido en el ECA como un deber de los hospitales o instituciones donde suceden los partos, que deben identificar a los recién nacidos y proporcionar el correspondiente certificado<sup>42</sup>. A su vez, en el mismo ECA se tipifica como delito el incumplimiento de estas obligaciones<sup>43</sup>.

Esta cuestión tiene una regulación más detallada en el Código Civil<sup>44</sup> y, especialmente, en la Ley de Registro Públicos<sup>45</sup>. Allí se establece que los padres deben inscribir los nacimientos en el plazo de quince días, ampliándose a tres meses si ocurren a más de treinta kilómetros de la sede del registro. En caso de que éstos estén impedidos de realizar la inscripción, la obligación recae en otros parientes y, en su defecto, en los administradores de los hospitales, médicos o parteras que hubieran intervenido en el parto. Si el funcionario del registro tuviera dudas sobre la declaración, se prevé un procedimiento administrativo de verificación<sup>46</sup> o incluso su judicialización, especialmente en caso de inscripciones tardías<sup>47</sup>. Al respecto, se advierte que si bien la ley establece la gratuidad de la primera

*El ECA otorga un lugar central al derecho a la familia, dedicándole un capítulo específico en el que se regulan instituciones como la guarda, la tutela, la familia sustituta y la adopción. Este capítulo fue modificado por varias leyes sancionadas en la última década, recogiendo en buena medida los estándares internacionales en la materia.*



inscripción<sup>48</sup>, no impide la fijación de multas por inscripciones tardías<sup>49</sup>.

La Ley de Registro Público exige de la obligatoriedad de la inscripción a los nacimientos de niñas y niños pertenecientes a pueblos originarios mientras “no estén integrados”<sup>50</sup>. Esto no resulta compatible con el criterio que el Comité fijó en su Observación General sobre “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención”, donde se recordó el carácter universal del derecho a la inscripción del nacimiento y puntualmente se especificó que los Estados deben “tomar medidas especiales para la debida inscripción de los niños indígenas, incluidos los que residen en zonas apartadas”<sup>51</sup>.

En este sentido, en las últimas Observaciones Finales al Estado, el Comité expresó su preocupación por la baja tasa de registro de nacimientos entre los niños y niñas indígenas<sup>52</sup>. Por eso, instó al Estado a generar conciencia sobre los beneficios del registro de nacimiento y sobre la gratuidad de los certificados de nacimiento, y a mejorar la accesibilidad de los servicios de registro en el área amazónica, estableciendo unidades móviles de registro<sup>53</sup>.

En cuanto a la identidad de género, Brasil no cuenta con una Ley que garantice ese derecho, aunque el Supremo Tribunal de Brasil lo reconoció en 2018, para personas adultas y sin necesidad de cirugía<sup>54</sup>. Como se ha señalado al analizar la legislación similar en la mayoría de los países de la región, debe recordarse que la Corte IDH ha afirmado que el derecho a la identidad de género ampara “a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida” y que “debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación”<sup>55</sup>.

## • El derecho a la familia

El ECA otorga un lugar central al derecho a la familia, dedicándole un capítulo específico en el que se regulan instituciones como la guarda, la tutela, la familia sustituta y la adopción<sup>56</sup>. Este capítulo fue modificado por varias leyes sancionadas en la última década, recogiendo en buena medida los estándares internacionales en la materia<sup>57</sup>.

El artículo 19, que inaugura el capítulo, consagra expresamente el derecho a la familia y fija reglas y principio para los NNyA privados de medio familiar. Así, establece que “el niño y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de una familia y, excepcionalmente, en una familia sustituta, a que sea asegurada la convivencia familiar y comunitaria, y en un ambiente que garantice su desenvolvimiento integral”<sup>58</sup>.

Luego, este mismo artículo regula el caso de los NNyA que estén en un programa de acogimiento familiar o institucional, estableciendo que su situación será reevaluada como máximo cada tres meses y que las autoridades judiciales competentes deberán, con base en un informe elaborado por un equipo interprofesional o multidisciplinar, decidir de forma fundamentada sobre la posibilidad de reintegración familiar o de colocación en familia sustituta. Asimismo, establece que la permanencia del niño o adolescente en un programa de acogimiento institucional no se prolongará más de dieciocho meses, salvo comprobada necesidad que atienda a su superior interés y sea debidamente fundamentado por la autoridad judicial<sup>59</sup>.

En cualquier caso, tras una reforma efectuada en 2016<sup>60</sup>, este artículo fija claramente que el mantenimiento y la reintegración de los NNyA a su familia tendrá preferencia a cualquier otra medida, para lo cual se deberá recurrir a los servicios y programas de protección, apoyo y promoción<sup>61</sup>.

El artículo también procura preservar la continuidad del contacto familiar en caso de que los padres estén privados de la libertad, reconociéndose el derecho a visitas periódicas sin necesidad de autorización judicial. A su vez, en el caso de las madres adolescentes que estén institucionalizadas, se garantiza su convivencia sus hijos y, en general, se establece que la madre adolescente será asistida por equipo especializado multidisciplinar.

Antes de ingresar a las regulaciones más específicas sobre guarda, tutela o adopciones, el capítulo incluye





© UNICEF/UN0269552/Fontes AFP-Services

otras disposiciones generales de gran relevancia para el mantenimiento de la unidad familiar. Así, se establece que la pérdida o suspensión de la patria potestad solo procede por orden judicial, en el marco de un proceso contradictorio, en los casos expresamente previstos en la ley civil o por incumplimiento injustificado de los deberes y obligaciones de los padres previstos en el ECA<sup>62</sup>.

Al respecto, el Código Civil establece que perderá la patria potestad -mediante decisión judicial- el padre o la madre que "castigara inmoderadamente al hijo", dejara al hijo en situación de abandono, practicara actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres, incidiera reiteradamente en las faltas previstas en el art. 1637 del mismo Código<sup>63</sup>, o entregara de forma irregular el hijo a tercero para fines de adopción<sup>64</sup>. Como se ha señalado respecto de la legislación similar de muchos países de la región, las expresiones de textura abierta -como los "actos

contrarios a la moral y a las buenas costumbres", el "abandono" o incluso la remisión a la reiteración de las faltas previstas en el mismo Código- deben cuestionarse, pues quedan libradas a la discrecionalidad del intérprete y remiten al paradigma de la situación irregular. Debe recordarse que "cuando la ley deja los criterios de separación en manos de los tribunales, de modo que es únicamente el juez quien decide cuál es el interés superior del niño, el Estado debe asegurarse de que los jueces ejercen esta facultad con objetividad"<sup>65</sup>.

A su vez, la ECA adecuadamente dispone que la falta o carencia de recursos materiales no constituye motivo suficiente para la pérdida o suspensión de la patria potestad<sup>66</sup> y que ésta tampoco se pierde por la condena penal, excepto en caso de que el delito fuera cometido contra otra persona igualmente titular de la patria potestad o contra el niño en cuestión o alguno de sus descendientes. Sin embargo, el Código Civil aún no ha sido armonizado con esta disposición y continúa imponiendo la suspensión de la patria potestad en caso de condena superior a los dos años de prisión<sup>67</sup>.

En caso de que se disponga la separación familiar -o esta suceda de hecho- el ECA adecuadamente privilegia la colocación en una familia sustituta por sobre la institucionalización. Bajo esta categoría se engloban tanto la guarda y la tutela como la adopción y se fijan reglas generales aplicables a las tres medidas:

- Debe oírse y tomarse en cuenta la opinión de los NNyA.
- En caso de que sean mayores de 12 años, deben brindar su consentimiento.
- Aunque sin fijarse una regla expresa sobre la prevalencia de



la familia extensa, se dispone que “se tendrá en cuenta el grado de parentesco y la relación de afinidad o de afectividad, a fin de evitar o mitigar las consecuencias derivadas de la medida”<sup>68</sup> para seleccionar la familia que recibirá el NNOA.

- Los grupos de hermanos deben ser colocados en una misma familia, salvo que se compruebe la existencia de riesgo, abuso y otra situación que justifique plenamente la excepcionalidad de una solución diversa, y procurando en cualquier caso evitar la rotura definitiva de los vínculos fraternales.
- La colocación en una familia sustituta será debe ser precedida de una preparación gradual y acompañamiento posterior.
- En el caso de NNOA indígenas o proveniente de comunidades de quilombo debe respetarse su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones, en tanto no sean incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en el ECA y en la Constitución Federal y la colocación familiar debe realizarse prioritariamente en el seno de su comunidad o junto a los miembros de su misma etnia<sup>69</sup>.

En lo referido específicamente a la adopción, el ECA la define adecuadamente como una medida excepcional, “a la cual se debe recurrir una vez agotados los recursos de mantenimiento del niño o adolescente en la familia natural o extensa”<sup>70</sup> y siempre que se den las condiciones básicas de procedencia: consentimiento de los padres o del representante legal del adoptado, salvo cuando los padres sean desconocidos o hayan sido destituidos de la patria potestad, y consentimiento del adoptado si es mayor de 12 años. Aunque no se ha previsto expresamente que las niñas y niños menores de esa edad sean oídos en el marco del proceso adoptivo, son de aplicación las reglas generales de la colocación familiar, donde se fija tal obligación “siempre que sea posible”<sup>71</sup>.

En cualquier caso, el ECA especifica que la adopción debe presentar “ventajas reales para el adoptado y fundarse en motivos legítimos”<sup>72</sup> y que “en caso de conflicto de intereses entre el adoptado y otras personas, incluso sus padres biológicos, deben prevalecer los derechos e intereses del adoptado”<sup>73</sup>.

El ECA reconoce a la persona adoptada el derecho a conocer su origen biológico y a tener acceso irrestricto al proceso en cual la medida fue aplicada y a sus eventuales incidentes, pero sujeta este acceso a que cumpla dieciocho años o cuente con asistencia

psicológica y jurídica, supuesto en cual depende de autorización judicial<sup>74</sup>. Esta última regla puede cuestionarse bajo el estándar de la Convención, que en su artículo 7 afirma el derecho los NNOA “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres”<sup>75</sup>. La expresión “en la medida de lo posible” no implica que los Estados puedan limitar este derecho por medio de sus leyes internas, sino que se refiere a las posibilidades materiales de concretar esa identificación<sup>76</sup>. La legislación brasileña, en cambio, sujeta a la discrecionalidad judicial el derecho de las personas adoptadas que tienen menos de dieciocho años a acceder a esta información, aún a pesar de que esté disponible.

Otro aspecto que puede cuestionarse es que se define a la adopción como una medida irrevocable, sin que se prevea ningún mecanismo o resguardo frente a proceso fraudulentos, más allá de la adecuada prohibición de la adopción mediante poder<sup>77</sup>. Al respecto, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas -que Brasil ratificó en 2010- exige que se establezcan procedimientos de revisión, revocación o nulidad de adopciones, contemplando específicamente la desaparición forzada como causal de la anulación<sup>78</sup>. En el mismo sentido, en sus últimas Observaciones Finales, el Comité manifestó su preocupación por la información acerca de adopciones fraudulentas a causa de la corrupción de oficiales públicos que deben intervenir en el proceso y recomendó al Estado investigar todos los casos de adopción irregular<sup>79</sup>.

Finalmente, cabe señalar que el ECA también contempla la adopción internacional, con carácter subsidiario de la nacional<sup>80</sup>, sin que su regulación más específica presente problemas relevantes distintos a los ya apuntados.

## • El derecho a la protección contra toda forma de violencia

En 2014, Brasil aprobó la Ley “Menino Bernardo”<sup>81</sup>, que modificó varios artículos del Estatuto del Niño y el Adolescente, prohibiendo taxativamente la imposición de castigos físicos en todos los ámbitos. Así, tras esta reforma, el ECA establece que los NNOA “tienen derecho a ser educados y cuidados sin hacer uso del castigo físico o de tratamiento cruel, inhumano o degradante, como forma de corrección, disciplina, educación, o cualquier otro pretexto, por los padres,

los integrantes de la familia ampliada, los responsables, los agentes públicos que ejecutan las medidas socioeducativas, o por cualquier persona encargada de cuidar de ellos, tratarlos, educarlos, o protegerlos”<sup>82</sup>.

La ley provee una definición del castigo físico -aquella “acción de naturaleza disciplinar o punitiva aplicada con uso de fuerza física sobre el niño o adolescente que resulte en: a) sufrimiento físico, o b) lesión”<sup>83</sup>- y del tratamiento cruel o degradante - aquella “conducta o forma cruel de tratamiento en relación al niño o adolescente que: a) humille, o b) amenace gravemente, o c) ridiculice”<sup>84</sup>-. Estas definiciones contribuyen a sostener la aplicación efectiva de la prohibición y la imposición de sanciones -también previstas en la ley- para quienes la infringen<sup>85</sup>, a las cuales se pueden agregar las medidas de protección propiamente dichas previstas en el ECA<sup>86</sup> y en la legislación específica sobre violencia doméstica.

En este último ámbito, la norma federal de referencia es la Ley “María Da Penha”<sup>87</sup>. Si bien esta ley se centra en la violencia contra la mujer -incluyendo a las niñas y adolescentes, pero sin contemplar a los niños y adolescentes o a las niñas cuando la violencia que sufren no está basada en el género-, algunas de las medidas de protección que prevé implican directamente a los NNYA. Así, entre las medidas urgentes que recaen sobre el agresor, se destaca la prohibición del contacto con la ofendida y sus familiares y la restricción o suspensión de visitas a los dependientes menores de edad<sup>88</sup>. A su vez, entre las medidas protectorias de urgencia sobre la ofendida, se establece que el juez podrá “dirigir a la ofendida y sus dependientes a un programa oficial o comunitario de protección o atención; determinar la reconducción de la ofendida y sus dependientes a su

respectivo domicilio, después de la expulsión del agresor; determinar el alejamiento de la ofendida del hogar, sin perjuicio de los derechos relativos a bienes, guarda de los hijos y alimentos”<sup>89</sup>.

Además, se establece que es responsabilidad de los equipos de atención multidisciplinario en el ámbito judicial desarrollar trabajos de orientación, apoyo, prevención y otras medidas dirigidas a la ofendida, al agresor y a los familiares, con especial atención a los niños y adolescentes.

Este marco normativo fue notoriamente mejorado más recientemente, con la aprobación de la ley que “Establece el sistema de garantía de derechos del niño o adolescente víctima o testigo de violencia”<sup>90</sup> en 2017 y su decreto reglamentario<sup>91</sup>. Esta ley dispone una serie de derechos y medidas de procedimiento especialmente para los NNYA, con alcance en los sistemas de salud, de asistencia social, de seguridad pública y de justicia. Así, la ley parte de reconocer el derecho a la prioridad absoluta y la condición de persona en desarrollo de los NNYA y, más allá de una completa enunciación general de derechos<sup>92</sup>, prevé medidas concretas como la llamada “escucha especializada” y el “testimonio especial”, que regulan con detalle el procedimiento a seguir por los organismos de protección y por la policía o autoridades judiciales respectivamente para recoger los dichos de los NNYA. En este último caso se establece que, siempre que sea posible, debe ser realizado una sola vez, utilizándose el procedimiento de producción anticipada de prueba y garantizando los derechos de la defensa del acusado. Asimismo, esta ley impone el deber de denunciar a toda persona que tome conocimiento de hechos de violencia contra NNYA.

*En cuanto al matrimonio adolescente, el Código Civil lo permite desde los 16 años, si cuentan con autorización de los padres o representantes legales. Una reforma realizada en 2019 prohibió taxativamente el matrimonio por debajo de esa edad, que antes se admitía en caso de embarazo o para evitar una condena por violación.*



- **El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata**

En este campo, la norma por excelencia es el Código Penal, donde hay un capítulo específico sobre “los crímenes sexuales contra el vulnerable”<sup>93</sup>. Allí se define como “estupro del vulnerable” cualquier acto sexual con una persona menor de 14 años de edad, “independientemente del consentimiento de la víctima o del hecho de haber mantenido antes del crimen relaciones sexuales”<sup>94</sup>. De este modo se fija en 14 años la edad mínima para el consentimiento sexual. No existe una figura que tipifique las relaciones sexuales de adultos con adolescentes mayores de 14 años, en la medida en que sean consentidas.

En cuanto a la explotación sexual, una figura introducida en 2014 pena a quien “somete, induce o atrae a la prostitución u otra forma de explotación a alguien menor de 18 años”, así como a quien practique un acto sexual con una persona que tenga entre 14 y 18 años en estas condiciones, y al dueño, gerente o responsable del local donde se realicen estas prácticas<sup>95</sup>. Este tipo se complementa con los de “inducir para servir a la lujuria de otro”<sup>96</sup>, “rufianismo”<sup>97</sup> y más específicamente con el de “tráfico de personas”, que penaliza a quien atrae, recluta, transporta, transfiere, aloja o recibe a una persona, mediante grave amenaza, violencia, coacción, fraude o abuso con la finalidad de explotarla sexualmente -entre otras-<sup>98</sup>. Si bien esta figura prevé una penalidad agravada cuando la víctima sea una persona menor de edad, no se ha especificado que en esos casos sea intrascendente los medios empleados o el consentimiento de la víctima, tal como lo reclama el Protocolo de Palermo.

El tipo penal de tráfico de personas fue introducido por la ley 13.344 de 2016, que a su vez se refiere a la prevención e investigación de este delito. Esta ley define como uno de sus principios a la protección integral de los NNyA. Sin embargo, no contiene mayores previsiones específicas para ello<sup>99</sup>.

Por otro lado, el ECA también contiene un capítulo específico sobre delitos cometidos contra NNyA, enfocado en distintas figuradas asociadas con las imágenes de abuso sexual infantil y la utilización de medios electrónicos. Si bien no se observan problemas en la definición de esas figuras, se advierte que no se

ha avanzado en la tipificación de prácticas como el grooming o la sextorsion.

En cuanto al matrimonio adolescente, el Código Civil lo permite desde los 16 años, si cuentan con autorización de los padres o representantes legales<sup>100</sup>. Una reforma realizada en 2019 prohibió taxativamente el matrimonio por debajo de esa edad<sup>101</sup>, que antes se admitía en caso de embarazo o para evitar una condena por violación. Si bien esta reforma constituye un indudable avance, debe recordarse que el matrimonio no debe ser admitido por debajo de los 18 años, sin excepciones. En este sentido, el Comité señaló su seria preocupación “por la alta prevalencia del matrimonio infantil”<sup>102</sup> y, en consecuencia, urgió al Estado a “revisar su Código Civil para abolir todas las excepciones a la edad mínima para contraer matrimonio”<sup>103</sup>.

- **El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil**

La Constitución prohíbe el trabajo de los menores de 14 años, salvo en condición de aprendiz, y el trabajo nocturno, peligroso o insalubre a los menores de 18 años<sup>104</sup>, a la vez que define como un elemento del derecho a la protección especial la “garantía de derechos de previsión y laborales” y la “garantía del acceso del trabajador adolescente y joven a la escuela”<sup>105</sup>.

El ECA replica la regla constitucional, provee una definición parcial del trabajo en condición de aprendiz<sup>106</sup> y fija principios básicos que éste debe respetar, como el acceso y frecuencia obligatoria a la enseñanza regular, que la actividad sea compatible con el desenvolvimiento del adolescente y un horario especial<sup>107</sup>.

A su vez, se consagran para el adolescente trabajador -mayor de 14 años- los mismos derechos de los trabajadores adultos<sup>108</sup>, se precisa el alcance de la prohibición del trabajo nocturno -entre las 22 horas de un día y las 5 horas del día siguiente- y se agrega a la prohibición del trabajo peligroso, insalubre o penoso -que no es definido- el que sea perjudicial para su desarrollo o realizado en horarios y lugares que no permitan la asistencia a la escuela<sup>109</sup>.



*En cuanto a las normas penales vinculadas a la protección contra la explotación económica, se destaca el tipo penal de tráfico de personas, que prevé como una de sus modalidades el sometimiento a condiciones análogas a la esclavitud o cualquier tipo de servidumbre.*

En la legislación laboral más específica, denominada “Consolidación de las normas del trabajo” 110 (CNT), se eleva el piso de edad mínima de admisión al empleo a los 16 años, salvo en condición de aprendiz, supuesto en el que se admite recién desde los 14 años<sup>111</sup>. De esta manera, se mejora el marco de protección previsto en la Constitución y el ECA.

En armonía con el ECA, el CNT reitera la prohibición del trabajo nocturno y peligroso, y agrega el requisito de autorización judicial para trabajar en calles, plazas o parques infantiles, previa verificación de que “la ocupación es indispensable a su propia subsistencia o la de sus padres, abuelos o hermanos y si de esa ocupación no podrá devenir perjuicio a su formación moral”<sup>112</sup>.

Por fuera de estos casos, la regla general es que el trabajador adolescente debe contar con un carnet de trabajo, expedido por la autoridad administrativa, previa verificación de su capacidad física y mental, alfabetización, vacunación, entre otras. Es decir que no se autoriza un trabajo específico del adolescente, sino que se lo autoriza a ser empleado de modo general. Si se acredita que un trabajo en concreto es perjudicial para el adolescente, el CNT faculta a la autoridad administrativa a disponer el cese del empleo u obligar al empleador a modificar las funciones<sup>113</sup>.

El CNT no limita la jornada de trabajo de los adolescentes de manera específica, rigiendo la misma duración que la prevista para los adultos. Apenas se establece como medidas de protección específica la prohibición de establecer horas extra<sup>114</sup> y un descanso mínimo de 11 horas entre cada jornada.

Es indispensable señalar que se exceptúa expresamente de todas estas

previsiones al trabajo familiar<sup>115</sup> -salvo en lo referido al trabajo nocturno y peligroso- y al trabajo doméstico y rural, respecto de los cuales no rige CNT<sup>116</sup>. En este sentido, mientras la legislación específica sobre el trabajo doméstico es más progresiva que el CNT y en sintonía con el “Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos” de la OIT<sup>117</sup> prohíbe taxativamente el empleo en estas actividades de personas menores de dieciocho años<sup>118</sup>, la legislación sobre el trabajo rural retrocede al punto de admitir el empleo de menores de 16 años, para quienes se fija un salario mínimo de la mitad del valor que perciben los adultos<sup>119</sup>. Las únicas previsiones protectorias que la ley de empleo rural prevé respecto de los NNyA son: la prohibición del trabajo nocturno, la imprescriptibilidad de los derechos asegurados en la ley y la obligación de instituir escuelas primarias gratuitas y obligatorias en las haciendas que empleen a más de 50 familias<sup>120</sup>. De todas maneras, estas disposiciones podrían considerarse superadas por el Decreto que promulgó en el orden interno el Convenio 138 y la Recomendación 146 de la OIT, en tanto allí se dispuso que la edad mínima de admisión al empleo es de 16 años, con la excepción del trabajo familiar o en empresas de pequeña escala<sup>121</sup>.

A su vez, Brasil también ratificó el Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil. Sin embargo, la ley que lo reglamenta<sup>122</sup> admite el empleo a partir de los 16 años en el caso de las actividades previstas en el artículo 3.d del Convenio<sup>123</sup>, si existe aprobación del Ministerio de Trabajo, previa consulta con las organizaciones empresarias y de trabajadores del sector o dictamen técnico. Esta excepción resulta preocupante, dado que el Convenio 182 admite cierta discrecionalidad por parte de los Estados para determinar



la lista de actividades peligrosas, mas no autoriza a excluir de la prohibición a aquellas actividades que el propio Estado define como riesgosas para la salud o seguridad de los NNyA.

En cuanto a las normas penales vinculadas a la protección contra la explotación económica, se destaca el tipo penal de tráfico de personas, que prevé como una de sus modalidades el sometimiento a condiciones análogas a la esclavitud o cualquier tipo de servidumbre<sup>124</sup>. Como se señaló en el apartado anterior, este tipo penal fue reformado recientemente<sup>125</sup>, pero lamentablemente no se adecúa íntegramente al Protocolo de Palermo, pues requiere que el delito se cometa mediante ciertos medios comisivos -grave amenaza, violencia, coacción, fraude o abuso-, sin desconocer la capacidad de los NNyA de brindar su consentimiento.

A su vez, el tipo penal de reducción a condiciones análogas a la esclavitud prevé una penalidad agravada en la mitad cuando el delito sea cometido contra NNyA<sup>126</sup>. Al respecto, la Corte IDH ordenó al Estado que no se aplique la prescripción “al delito de derecho internacional de esclavitud y sus formas análogas”<sup>127</sup>, sin que hasta la fecha se hayan tomado medidas al efecto.

## • El derecho a la educación

La Constitución brasileña otorga un lugar central al derecho a la educación<sup>128</sup> y fija una serie de principios básicos<sup>129</sup> y garantías sobre los que se organiza: “1. educación básica obligatoria y gratuita de los 4 (cuatro) a los 17 (diecisiete) años de edad, asegurada incluso su oferta gratuita para todos los que a ella no tuvieron acceso a la edad propia; 2. Progresiva universalización de la enseñanza media gratuita; 3. Atención educativa especializada a los portadores de discapacidad, preferentemente en la red regular de enseñanza; 4. Educación infantil, en guardería y en preescolar, a los niños hasta los 5 años de edad; 5. Acceso a los niveles más elevados de enseñanza, de investigación y de creación artística según la capacidad de cada uno. 6. Oferta de enseñanza nocturna regular, adecuado a las condiciones del educando; 7. Atención al educando, en todas las etapas de la educación básica, a través de programas suplementarios de material didáctico-escolar, transporte, alimentación y asistencia a la salud”<sup>130</sup>.

La Constitución no define los fines de la educación,

que quedan librados a la legislación inferior, aunque se establece que ésta deberá asegurar “la formación básica común y el respeto a los valores culturales y artísticos, nacionales y regionales”<sup>131</sup>.

A su vez, contiene una cláusula dirigida a asegurar la educación intercultural respecto de las comunidades indígenas<sup>132</sup> y otra que determina el carácter optativo de la educación religiosa, pero consagra su impartición en el horario normal de clases en las escuelas públicas<sup>133</sup>.

El ECA también regula el derecho a la educación, la cultura, el deporte y el recreo. Así, establece que los NNyA tienen derecho a la educación con miras al pleno desarrollo de su persona, a la preparación para el ejercicio de su ciudadanía y para el trabajo y que se deben asegurar: la igualdad de condiciones para el acceso y permanencia en la escuela; el derecho a ser respetado por sus educadores, a cuestionar los criterios evaluativos, pudiendo recurrir a instancias escolares superiores; el derecho de organizar y participar en entidades estudiantiles; el derecho de acceso a la escuela pública y gratuita más próxima a su residencia<sup>134</sup>.

Además, de conformidad con la Constitución, dispone que “es deber del Estado asegurar al niño y al adolescente: I) enseñanza fundamental, obligatoria y gratuita, incluso para los que no tuvieron acceso a una edad adecuada; II) progresiva extensión de la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza media; III) atención educativa especializada para los portadores de deficiencia, preferentemente en la red regular de enseñanza; IV) atención en guardería y preescolar a los niños de cero a cinco años de edad; V) oferta de enseñanza nocturna regular, adecuada a las condiciones del adolescente trabajador; VII) atención en la enseñanza fundamental, a través de programas suplementarios de material didáctico-escolar, transporte, alimentación y asistencia a la salud”<sup>135</sup>.

El ECA no contiene referencias a la educación religiosa ni a la educación de NNyA pertenecientes a pueblos indígenas. En cambio, establece que “el proceso educativo debe respetar los valores culturales artísticos e históricos propios del contexto social del niño y adolescente, garantizando a estos la libertad de crianza y el acceso a las fuentes de la cultura”<sup>136</sup>.

A su vez, Brasil cuenta con una “Ley nacional de directrices básicas de la educación”<sup>137</sup>. La ley establece que es “la educación es deber de la familia y del Estado, inspirada en principios de libertad y en los ideales de solidaridad humana, tiene por finalidad el

pleno desarrollo del educando, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía y su cualificación para el trabajo”<sup>138</sup>.

Esta ley recoge el precepto constitucional de obligatoriedad y gratuidad de los 4 a los 17 años y las demás garantías previstas en el artículo 208 de la Constitución, agregando algunos elementos importantes como el “acceso público y gratuito a las enseñanzas fundamental y media para todos los que no los concluyeron a la edad propia”, “vacante en la escuela pública de educación infantil o de enseñanza fundamental más cercana de su residencia a todo niño a partir del día en que cumpla 4 (cuatro) años de edad”<sup>139</sup> y “la atención educativa, durante el período de internación, al alumno de la educación básica internado para tratamiento de salud en régimen hospitalario o domiciliario por tiempo prolongado”<sup>140</sup>.

De conformidad con la Constitución, durante la etapa fundamental<sup>141</sup> la educación religiosa es optativa, pero se desarrolla en el horario normas de clases y debe asegurarse “el respeto a la diversidad cultural religiosa de Brasil”<sup>142</sup>. Sin embargo, debe recordarse que, de conformidad con el derecho internacional, la prohibición de discriminación por motivos religiosos “comprende la religión o creencia que se elija (o el hecho de no profesar ninguna), individualmente o en una comunidad, que se manifieste pública o privadamente en el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza”<sup>143</sup>. Por ello, en tanto los estudiantes son obligados a develar sus creencias religiosas -y pueden ser separados del curso en función de éstas-, la legislación brasileña podría resultar en una práctica discriminatoria indirecta<sup>144 145</sup>.

Por último, la “Ley nacional de directrices básicas de la educación” también regula la educación especial, que es definida como aquella “ofrecida preferentemente en la red regular de enseñanza, para educandos con discapacidad, trastornos globales del desarrollo y altas habilidades o superdotación”<sup>146</sup>. Sin embargo, se aclara que “la atención educativa se hará en clases, escuelas o servicios especializados siempre que, en función de las condiciones específicas de los alumnos, no fuera posible su integración en las clases comunes de enseñanza regular”<sup>147</sup>. En este sentido, más allá de que la ley claramente promueve que la educación para los NNyA con discapacidad se realice dentro de la red educativa regular, debe advertirse que las escuelas especiales, cuando funcionan como espacios segregados, no son compatibles con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>148</sup>.



© UNICEF/UN028256/Mesquita



## • El derecho a la salud

El ECA dedica un capítulo al “derecho a la vida y a la salud”<sup>149</sup>, que se inicia afirmando que “[e]l niño y el adolescente tienen derecho a la protección de la vida y la salud mediante la aplicación de políticas sociales públicas que permitan el nacimiento y el desarrollo sano y armonioso en condiciones dignas de existencia”<sup>150</sup>. Los siguientes artículos se encargan de regular los derechos de las mujeres y las obligaciones del Estado en materia de salud reproductiva, en particular en torno al parto, el cuidado prenatal y posnatal. Una ley aprobada en 2019 instituyó, agregando un artículo al ECA, la Semana Nacional de Prevención del Embarazo Adolescente, que debe celebrarse anualmente con el objetivo de diseminar información sobre medidas preventivas y educativas que contribuyan a la reducción de la incidencia del embarazo en la adolescencia<sup>151</sup>. También se establecen obligaciones para los profesionales de la salud, para los hospitales y demás establecimientos de atención de la salud de las gestantes, públicos o privados y se asegura el acceso integral a las líneas de cuidado del niño y adolescente por intermedio del Sistema Único de Salud, entre otras provisiones relativas a la organización del sistema y las prestaciones. Sin embargo, este apartado del ECA no contiene referencias al acceso derecho de los NNyA a acceder a la información o consultas médicas de manera confidencial ni al consentimiento informado en relación a los tratamientos médicos.

La Ley General de Salud<sup>152</sup> no ofrece avances en este campo, pues se enfoca en la organización del sistema de salud pública y privada, antes que en los derechos de los usuarios de ese sistema. En este sentido, se limita a reconocer entre sus principios a la preservación de la autonomía y el derecho a la información de las personas asistidas respecto de su salud<sup>153</sup>, sin referirse a los NNyA en particular ni reconocer derechos propiamente dichos.

La norma que aborda este asunto es la llamada “Carta de los derechos y deberes de los usuarios de la salud”<sup>154</sup>. Allí se reconocen derechos fundamentales como el de trato digno, privacidad, confidencialidad, a la información y autonomía. La norma proclama estos derechos para “todas las personas”, sin discriminación por razón de edad -entre otras-<sup>155</sup>. Sin embargo, no se prevé ninguna regla específica para los NNyA<sup>156</sup>, por lo que podría considerarse que rigen las reglas del Código Civil, que continúa sin reconocer a los NNyA como sujetos de derechos y mantiene la tradicional regla de incapacidad absoluta para los

“menores de 16 años”<sup>157</sup> y de incapacidad relativa para los “menores 18 años”<sup>158</sup>.

Si bien no cabe negar que la cuestión referida a la delimitación de la madurez de los NNyA para brindar su consentimiento para un tratamiento médico es siempre un asunto problemático, el camino elegido por la legislación brasileña desatiende por completo los principios de autonomía progresiva y del interés superior del niño, que reclaman que al menos se tenga en cuenta su opinión<sup>159</sup>. Sobre este asunto, recientemente el Comité ha señalado sin ambages que “Las intervenciones y los tratamientos médicos deben contar con el consentimiento voluntario e informado del adolescente, con independencia de que se exija o no también el de un progenitor o representante legal”<sup>160</sup>.

La cuestión referida al acceso a la información en relación a la salud, en cambio, es mucho menos compleja. Bajo el paradigma de la Convención, el derecho de los NNyA a recibir asesoramiento sin el consentimiento de sus padres no tiene relación con la edad en que puede autónomamente decidir sobre un tratamiento médico y no debe tener un límite de edad<sup>161</sup>. Así, se ha remarcado que es un derecho fundamental “cuando sus opiniones y/o intereses difieren de los de sus padres, o incluso se oponen a ellos: por ejemplo, en casos de malos tratos o descuido por parte de los padres u otros miembros de la familia”<sup>162</sup>. En su Observación General nº 15, el Comité indica con toda claridad que “De conformidad con la evolución de sus capacidades, los niños deben tener acceso a terapia y asesoramiento confidenciales, sin necesidad del consentimiento de sus padres o su custodia legal cuando los profesionales que examinen el caso determinen que ello redundaría en el interés superior del niño”<sup>163</sup>. Por ello, es necesario que estos derechos sean recogidos en el ECA y en la “Carta de los derechos y deberes de los usuarios de la salud”, a fin de adecuarlas plenamente con la Convención -en especial con sus artículos 1, 3, 5 y 24-.

Esta falta de reconocimiento a los derechos de los NNyA se mantiene en la legislación específica sobre salud sexual y reproductiva. En este campo rige la “Ley de planeamiento familiar”<sup>164</sup>, que lo reconoce como derecho para “todo ciudadano”<sup>165</sup>. Sin embargo, esta ley tampoco se detiene en la situación de los NNyA, por lo que se imponen las reglas de incapacidad previstas en el Código Civil. Para peor, la ley autoriza la esterilización de niños y niñas con discapacidad sin su consentimiento libre e informado<sup>166</sup>. Esto motivó la preocupación del Comité en sus últimas observaciones finales, por lo que urge



al Estado a prohibir expresamente la esterilización de niños y niñas con discapacidad.<sup>167</sup>

De todas formas, en el año 2007 se aprobó la creación del programa “Salud en la escuela”<sup>168</sup>, que tiene por finalidad “contribuir a la formación integral de los estudiantes de la red pública de educación básica por medio de acciones de prevención, promoción y atención de la salud”<sup>169</sup>, incluyendo la salud sexual y reproductiva. Sin embargo, este decreto no alcanza para afirmar que la legislación interna reconozca el acceso a la información sobre la salud -y en especial sobre la salud sexual y reproductiva- como un derecho de los NNyA, sino que es más bien concebido como una política pública susceptible de la discrecionalidad de las autoridades, al punto tal que el propio decreto limita su alcance a las escuelas públicas. Esto es especialmente preocupante en tanto, de acuerdo al Comité, se registra una alta y creciente tasa de embarazo entre niñas de 10 a 14 años que viven en situación de vulnerabilidad socioeconómica<sup>170</sup>.

En el mismo sentido, el Comité mostró su preocupación por la criminalización del aborto y recomendó al Estado despenalizarlo en todas las circunstancias<sup>171</sup> y revisar su legislación con el objetivo de asegurar acceso al aborto seguro y a servicios de cuidado pos-aborto<sup>172</sup>.

*La internación solo procede ante infracciones cometidas mediante amenaza grave o violencia contra la persona, por la reiteración de la comisión de otras infracciones graves o por incumplimiento reiterado e injustificable de la medida anteriormente impuesta. Además, está sujeta a los principios de brevedad, excepcionalidad y respeto a la condición peculiar de la persona en desarrollo.*

## • El sistema de responsabilidad penal adolescente

La Constitución establece que los menores de 18 años son inimputables<sup>173</sup>. Sin embargo, ello no significa que no se admita la responsabilidad penal por debajo de esa edad. De hecho, en el propio texto constitucional se establecen las garantías específicas del sistema de responsabilidad penal adolescente, como elementos del derecho a la protección especial. Así, indica que éste debe implicar las garantías “de pleno y formal conocimiento de la imputación de actos infractores, de la igualdad en la relación procesal y de la defensa técnica por profesional habilitado”<sup>174</sup> y la “obediencia de los principios de brevedad, excepcionalidad y respeto a la condición peculiar de la persona en desarrollo, en la aplicación de cualquier medida privativa de libertad”.

El ECA fija en 12 años la edad mínima de responsabilidad penal y admite las medidas privativas de la libertad desde esa edad. Al respecto, el Comité ha señalado que “La fijación de la mayoría de edad penal a un nivel más alto, por ejemplo 14 o 16 años, contribuye a que el sistema de la justicia de menores, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías legales”<sup>175</sup>.

Las demás notas distintivas del sistema de responsabilidad penal adolescente son:

- Se organiza bajo el principio de especialización, en el marco de un proceso contradictorio, con



reconocimiento de garantías para los adolescentes sometidos a proceso<sup>176</sup>.

- Se aplica frente a cualquier hecho definido como delito o contravención penal en la legislación general, sin limitarse a los hechos más graves.
- Las medidas cautelares privativas de la libertad -denominadas "internación- no pueden extenderse por más de 45 días y deben fundarse en "indicios suficientes de autoría y materialidad y demostrarse la necesidad imperiosa de la medida"<sup>177</sup>.
- La única salida alternativa del proceso prevista es la remisión.
- Como sanciones, se prevén la advertencia, la obligación de reparar el daño, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida, la inserción en régimen de semi-libertad, la internación en establecimiento educacional -medida privativa de la libertad- y otras concebidas como medidas de protección<sup>178</sup>.
- No se especifica con claridad cuál es la sanción correspondiente a cada infracción, sino que de modo general se dispone que para determinarla "se tendrá en cuenta la capacidad del adolescente de cumplirla, las circunstancias y la gravedad de la infracción"<sup>179</sup>.
- La internación solo procede ante infracciones cometidas mediante amenaza grave o violencia contra la persona, por la reiteración de la comisión de otras infracciones graves o por incumplimiento reiterado e injustificable de la medida anteriormente impuesta. Además, está sujeta a los principios de brevedad, excepcionalidad y respeto a la condición peculiar de la persona en desarrollo.
- Sin embargo, la medida no tiene un plazo predeterminado, debiendo su mantenimiento ser reevaluado, mediante decisión motivada, como máximo cada seis meses, pero en ningún caso el período máximo de internación puede exceder de tres años. Una vez alcanzado dicho límite, el adolescente deberá ser liberado, colocado en régimen de semi-libertad o de libertad asistida. La liberación será obligatoria a los veintiún años de edad.<sup>180</sup>
- El ECA consagra una serie de derechos para los adolescentes privados de la libertad<sup>181</sup> y prohíbe que se los incomunique. La imposición de castigos corporales está prohibida por la regla general del art.

18 ECA, incorporado por medio de la Ley "Menino Bernardo".

- Estas disposiciones se complementan con la Ley del Sistema Nacional de Tratamiento Socioeducativo (SINASE)<sup>182</sup>, sancionada en 2012, que reglamenta la ejecución de las medidas dispuestas respecto de adolescentes infractores de la ley penal y organiza la distribución de competencias entre los organismos estatales, distritales y municipales.
- La Ley SINASE incorpora expresamente una serie de principios fundamentales para la ejecución de las medidas: legalidad, no pudiendo el adolescente recibir un tratamiento más gravoso que el conferido a los adultos; excepcionalidad de la intervención judicial y de la imposición de medidas, favoreciendo los medios de autocomposición de los conflictos; prioridad a prácticas o medidas que sean restaurativas y, siempre que sea posible, atiendan a las necesidades de las víctimas; proporcionalidad en relación a la ofensa cometida; brevedad de la medida dispuesta; individualización, considerando la edad, capacidad y circunstancias personales del adolescente; mínima intervención, restringida a lo necesario para la realización de los objetivos de la medida; no discriminación del adolescente; fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios en el marco del proceso socioeducativo<sup>183</sup>.
- Esta ley también amplía los derechos de los adolescentes que deben cumplir medidas socioeducativas<sup>184</sup> y fija una serie de pautas que debe respetar el régimen disciplinario de las entidades que las ejecutan, aunque no garantiza el control judicial de la imposición de estas sanciones<sup>185</sup>.

### 3. Recomendaciones

A pesar de ser la primera ley de protección de los derechos de los NNyA sancionada en la región, fruto de sus sucesivas reformas parciales, el ECA mantiene vigencia y no presenta problemas significativos de adecuación a la Convención. Si bien algunas cuestiones puntuales pueden tener una mejor redacción o merecen una reelaboración, los mayores déficits de la legislación brasileña sobre NNyA se registran en otras leyes generales.

En este sentido, es imperiosa la necesidad de actualizar el Código Civil, que aún después de una reforma realizada en 2015 continúa definiendo a los NNyA bajo el sistema de la incapacidad absoluta -los “menores de 16 años”<sup>186</sup>- y relativa -los “menores 18 años”<sup>187</sup>-. Este sistema es en sí mismo incompatible con la Convención y no está en armonía con el reconocimiento de los NNyA como sujetos plenos de derechos que realiza el ECA.

De igual manera, el Código Civil continúa organizando la relación paterno-filial bajo el sistema de la patria potestad, por lo que es recomendable modificarlo por el principio de la responsabilidad parental. Independientemente de ello, también es recomendable delimitar con mayor precisión los supuestos que autorizan a disponer judicialmente la suspensión y pérdida de la patria potestad y armonizarlos con el ECA, de modo que la separación familiar sea una medida de último recurso.

Asimismo, es indispensable modificar los artículos referidos a la edad mínima para contraer matrimonio, que no debe admitirse por debajo de los 18 años, sin excepciones.

En cuanto al ECA, es recomendable definir en un artículo de modo general el alcance del principio de interés superior, siguiendo los lineamientos que el Comité fijara en su Observación General nro. 14<sup>188</sup>. Es conveniente establecer con claridad que este

principio debe aplicarse en todas las decisiones, públicas o privadas, que afecten a los NNyA y reconocer su carácter trifásico -derecho sustantivo, principio de interpretación y norma de procedimiento-. Tal como han hecho algunos países de la región, incorporar una cláusula que prohíba la invocación del principio de interés superior como fundamento limitativo de derechos ayudaría a evitar la aplicación distorsiva del principio.

Del mismo modo, el derecho a la identidad también debe ser definido de manera más clara y autónoma, recogiendo tanto los elementos específicamente derivados de los artículos 7 y 8 de la Convención, como los vinculados a la identidad cultural y de género, entre otras. En este campo, es fundamental reformar la Ley de Registro Público de modo que el derecho a la inscripción del nacimiento sea verdaderamente universal, sin exceptuar a los niños de los pueblos indígenas.

En relación con la adopción, es conveniente incorporar una regla específica que reconozca el derecho de los NNyA a ser oídos en el marco del proceso. Además, es conveniente restringir la facultad judicial de denegar a los NNyA el acceso a su expediente de adopción hasta tanto no cumplan 18 años. Una decisión de esa clase debe ser siempre fundada y tener apoyo en la recomendación -también fundada- de los profesionales que intervengan en el caso concreto, garantizándose a los NNyA el derecho a ser oídos y a impugnar la decisión. Del mismo modo, también debe flexibilizarse la regla de la irrevocabilidad de las adopciones, en la medida en que impide investigar y reparar las adopciones fraudulentas o que tienen origen en desapariciones forzadas, tal como lo reclama la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

En materia de protección contra la violencia, la explotación económica y sexual, es fundamental revisar

*Aunque la ley que “Establece el sistema de garantía de derechos del niño o adolescente víctima o testigo de violencia” implicó un gran avance en el campo de la protección contra la violencia, aún puede mejorarse, facultando a los NNyA a realizar denuncias por sí mismos y solicitar medidas de protección o contra el presunto responsable de la violencia.*



la tipificación del delito de trata de personas, a fin de adecuarlo al Protocolo de Palermo. Esto requiere reconocer el carácter intrascendente del consentimiento de la víctima o de los medios empleados para cometer el delito, cuando se trata de NNyA. Del mismo modo, las formas de explotación que recoge el tipo penal deben extenderse, abarcando prácticas como la utilización de NNyA en actividades criminales, el matrimonio infantil y otras previstas en el Protocolo de Palermo.

En este campo, es ineludible remarcar que el Comité sobre los Derechos del Niño centró su preocupación en la violencia policial y urgió al Estado a tomar todas las medidas necesarias, incluso la adopción o modificación de legislación y el establecimiento de mecanismos correspondientes para asegurar la investigación rápida y efectiva de todas las muertes y lesiones de niños y niñas, aún la de aquellos que son considerados 'actos de resistencia', que hayan resultado del uso de la fuerza por parte de agentes estatales.<sup>189</sup>

Asimismo, aunque la ley que "Establece el sistema de garantía de derechos del niño o adolescente víctima o testigo de violencia"<sup>190</sup> implicó un gran avance en el campo de la protección contra la violencia, aún puede mejorarse, facultando a los NNyA a realizar denuncias por sí mismos y solicitar medidas de protección o contra el presunto responsable de la violencia. Actualmente la ley reconoce ese derecho, pero supedita su ejercicio a la intervención del representante legal del NNoA, de manera coherente con la falta de reconocimiento de su capacidad legal plena en el Código Civil.

También es conveniente realizar algunas aclaraciones en torno a la edad mínima para el consentimiento sexual, que el Código Penal fija en 14 años. Por un lado, considerando que la edad mínima de responsabilidad penal es de 12 años, es conveniente descriminalizar las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes de similar edad. Por otro lado, es preferible distinguir entre la capacidad para consentir relaciones sexuales entre adolescentes o con adultos. Este último grupo podría estar tipificado cuando la diferencia de edad sea significativa e implique un aprovechamiento de la inmadurez del adolescente, como lo prevén la mayoría de los Códigos penales de la región.

En relación a la protección contra la explotación económica, es necesario limitar la jornada de trabajo de los adolescentes. A su vez, la edad mínima de admisión al empleo -fijada en 16 años- debería armonizarse con la edad de finalización de la educación obligatoria -17 años-. Además, es necesario extender los derechos y garantías que el CNT prevé

para los adolescentes trabajadores a aquellos que se desempeñan en el ámbito familiar o rural.

En materia educativa, es conveniente revisar la "Ley nacional de directrices básicas de la educación" en al menos tres aspectos: la educación religiosa, la educación para los NNyA con discapacidad y la participación de los NNyA en la gestión educativa. Mientras este último punto está omitido en la ley -ni se garantiza el derecho a asociarse en el ámbito escolar-, los dos primeros tienen una regulación conflictiva. Puntualmente, es conveniente que la educación religiosa sea reservada como una actividad extracurricular, fuera del horario regular de clases, de modo que ningún NNoA sea compelido a indicar públicamente sus preferencias religiosas ni sea apartado de su clase en función de aquellas. En cuanto a la educación para los NNyA con discapacidad, deben reformularse los artículos que habilitan el funcionamiento de escuelas especiales, que en ningún caso pueden consistir en espacios segregados.

En la intersección del derecho a la educación con el derecho a la salud, es recomendable sancionar una ley específica sobre educación sexual y reproductiva. Del mismo modo, tanto en el ECA como en la "Carta de los derechos y deberes de los usuarios de la salud" debe reconocerse el derecho de los NNyA a acceder a información y consultas médicas de manera autónoma y confidencial, así como a ser oídos y a que se reconozca su autonomía progresiva respecto de los tratamientos médicos.

Con relación al sistema de responsabilidad penal, aunque la Ley del SINASE constituye un avance respecto de los derechos y garantías previstas en el ECA, continúa pendiente fortalecer las salidas alternativas al proceso y, especialmente, reducir las medidas privativas de la libertad, tal como lo advirtió el Comité en sus últimas Observaciones Finales<sup>191</sup>. En este sentido, es conveniente limitar el sistema de responsabilidad penal a hechos graves, que deberían ser enumerados con claridad en la ley y restringir más claramente la procedencia de la medida de internación, delimitando su tiempo máximo para cada hecho.

Finalmente, es recomendable que se le otorgue jerarquía constitucional a la Convención, tal como han muchos otros países en la región. Esto no solo permitiría priorizar los derechos de los NNyA en caso de conflicto normativo entre el ECA y otra norma de igual jerarquía, sino también previene de regresiones sobre los derechos de los NNyA. Esto cobra aún más sentido en tanto existen proyectos para reformar la Constitución en sentido inverso, en clara violación a la Convención, como aquel que busca someter a los mayores de 16 años imputados de ciertos crímenes al mismo juzgamiento que los adultos<sup>192</sup>.



### Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 Decreto Legislativo No. 24 de 1990.
- 5 La Constitución prevé que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos adquieren un valor equivalente a las enmiendas constitucionales al ser aprobados en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros (art. 5, inc. 76.3). Este procedimiento no se ha realizado con la Convención sobre los derechos del niño.
- 6 Art. 4.2 Constitución Política de Brasil (CPB).
- 7 Art. 5.76.3° CPB.
- 8 Capítulo VIII del Título VIII (Del orden social), denominado “De la familia, del niño, el adolescente, el joven y el anciano”.
- 9 García Méndez, Emilio, “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”, en Justicia y Derechos del Niño, número 9, UNICEF, Santiago de Chile, 2007, pág. 28. (Originalmente publicado en Infancia, Ley y Democracia en América Latina, García Méndez / Beloff, compiladores, editorial Temis - Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá - Buenos Aires, 1998.)
- 10 Constitución, Art. 227: “Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño, al adolescente y al joven, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al ocio, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de protegerlos de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión”. El mismo artículo agrega que, a ese fin, el “Estado promoverá programas de asistencia integral a la salud del niño, del adolescente y del joven, admitiéndose la participación de entidades no gubernamentales”. Estos programas deberán asegurar que un porcentaje de los recursos públicos sean destinados a la salud en la asistencia materno-infantil, y ocuparse de la prevención y atención especializada para las personas con discapacidad física, sensorial o mental, así como de integración social del adolescente y joven con discapacidad.
- 11 Art. 227.3° CPB.
- 12 Art. 227.4° CPB.
- 13 Art. 227.5° CPB.
- 14 Art. 227.6° CPB.
- 15 Art. 228 CPB.
- 16 Art. 229 CPB.
- 17 Art. 226.8 CPB.
- 18 Art. 196 CPB.
- 19 Art. 205 CPB.
- 20 Art. 205 CPB.
- 21 Art. 206 CPB.
- 22 Art. 208 CPB.
- 23 Art. 208 CPB.
- 24 Art. 208 CPB.
- 25 Art. 210 CPB.
- 26 Art. 210.2 CPB: “La enseñanza fundamental regular será impartida en lengua portuguesa y se asegurará, también, a las comunidades indígenas el uso de sus lenguas maternas y métodos propios de aprendizaje”.
- 27 Art. 210.1 CPB: “La enseñanza religiosa, de recepción facultativa, constituirá una disciplina en los horarios normales de las escuelas públicas de enseñanza fundamental”. Esto puede presentar un problema de compatibilidad con la Convención -que se analiza más adelante-.
- 28 Art. 25.1 CPB: “Están reservados a los Estados las competencias que no les estén prohibidas por esta Constitución”.
- 29 El art. 30 establece que compete a los municipios legislar sobre asuntos de interés local y suplementar la legislación federal y estatal en lo que cupiese.
- 30 En lo que aquí interesa, de acuerdo al art. 22 de la Constitución “Compete privativamente a la Unión legislar sobre” 1. Derecho civil, comercial, penal, procesal, electoral, agrario, marítimo, aeronáutico, espacial y del trabajo; (...) 13. nacionalidad, ciudadanía y naturalización; (...) 14. poblaciones indígenas; (...) 24. directrices y bases de la educación nacional; (...) 26. registros públicos”.
- 31 Art. 24 Constitución: “2. La competencia de la Unión para legislar sobre normas generales no excluye la competencia suplementaria de los Estados; 3o. No existiendo ley federal sobre aspectos generales, los Estados ejercerán competencia legislativa plena, para atender a sus peculiaridades; 4o. La sobrevivencia de una ley federal sobre aspectos generales suspende la eficacia de la ley estatal, en lo que ésta le fuere contraria”. Algunos de los asuntos de interés para esta investigación que son de competencia concurrente son: “1. Derecho tributario, financiero, penitenciario, económico y urbano; (...) 9. educación, cultura, enseñanza, deporte, ciencia, tecnología, investigación, desarrollo e innovación; (...); 11. procesamiento en materia procesal; 12. previsión social, protección y defensa de la salud; (...) 15. protección de la infancia y la juventud;”
- 32 Estatuto da Crianza e do Adolescente, Ley 8069/1990.
- 33 Art. 2 ECA.
- 34 Art. 2. parágrafo único ECA. De acuerdo a este artículo, las niñas y niños son tales hasta los 12 años, en tanto que entre 12 años cumplidos y los 18 son adolescentes.
- 35 Art. 100 ECA (t.o. ley 12.010/2009): “En la aplicación de las medidas se tendrán en cuenta las necesidades pedagógicas, prefiriéndose aquellas que apunten al fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios. Párrafo único. Son también principios que rigen la aplicación de las medidas: (...) IV - interés superior del niño y del adolescente: la intervención debe atender prioritariamente a los intereses y derechos del niño y del adolescente, sin perjuicio de la consideración que se debe a otros intereses legítimos en el ámbito de la pluralidad de los intereses presentes en el caso”.
- 36 Art. 52.C ECA (t.o. ley 12.010/2009): “En las adopciones internacionales, cuando Brasil sea el país de acogida, la decisión de la autoridad competente del país de origen del niño o del adolescente será conocida por la Autoridad Central Estatal que haya procesado la solicitud de habilitación de los



- padres adoptivos, que comunicará el hecho a la Autoridad Central Federal y determinará las providencias necesarias para la expedición del Certificado de Naturalización Provisional. § 1o La Autoridad Central Estatal, oído el Ministerio Público, sólo dejará de reconocer los efectos de aquella decisión si queda demostrado que la adopción es manifiestamente contraria al orden público o no atiende al interés superior del niño o del adolescente”.
- 37 Art. 19.2 ECA (t.o. ley 13.509/2017): “La permanencia del niño y del adolescente en un programa de acogimiento institucional no se prolongará por más de 18 (dieciocho) meses, salvo comprobada necesidad que atienda a su interés superior, debidamente fundamentada por la autoridad judicial”.
- 38 Comité de los derechos del niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).
- 39 Art. 4 ECA: “Es deber de la familia, la comunidad, la sociedad en general y del poder público asegurar, con absoluta prioridad, la efectividad de los derechos referentes a la vida, la salud, la alimentación, la educación, el deporte, el ocio, la profesionalización, la cultura, la dignidad, el respeto, la libertad y la convivencia familiar y comunitaria. La garantía de prioridad comprende: a) primacía de recibir protección y socorro en cualquier circunstancia; b) preferencia de atención en los servicios públicos o de relevancia pública; c) preferencia en la formulación y ejecución de las políticas sociales públicas; d) destino privilegiado de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección de la infancia y la juventud”.
- 40 Art. 6 ECA: “En la interpretación de esta Ley se tendrán en cuenta los fines sociales a que se dirige, las exigencias del bien común, los derechos y deberes individuales y colectivos, y la condición peculiar del niño y del adolescente como personas en desarrollo”.
- 41 Art. 17 ECA: “El derecho al respeto consiste en la inviolabilidad de la integridad física, psíquica y moral del niño y el adolescente, abarcando la preservación de la imagen, la identidad, la autonomía, los valores, ideas y creencia, los espacios y objetos personales”.
- 42 Art. 10 ECA.
- 43 Arts. 228 y 229 ECA.
- 44 El art. 9.i establece que los nacimientos serán registrados en el registro público.
- 45 Ley de Registro Público N° 6015/1973.
- 46 El funcionario está facultado para ir a la casa del recién nacido a verificar su existencia, o exigir la declaración del médico o la partera que hubiera asistido el parto o de dos personas que no sean los padres y hubieran visto al recién nacido (Ley 6015/1973, art. 52.1°).
- 47 Ley 6015/1973 art. 52.2.
- 48 Art. 30 Ley 6015/1973. También es gratuito el primer certificado.
- 49 De hecho, solo prevé expresamente la exención de multas cuando la persona a ser inscripta tenga entre 18 y 21 años y solicite la inscripción de su propio nacimiento (art. 50.3 Ley 6015/1973, t.o. Ley 9.053/1995).
- 50 Art. 50.2 Ley 6015/1973 (t.o. Ley 9.053/1995): “Los indios, mientras no estén integrados, no estarán obligados a la inscripción de nacimiento. Este podrá ser hecho en el libro propio del órgano federal de asistencia a los indios”.
- 51 CRC/C/GC/11, párr. 11. Si bien la situación de las niñas y niños de comunidades que viven en aislamiento voluntario puede tener otro enfoque desde el derecho internacional de los derechos humanos, se advierte que la exención que prevé la ley brasileña es excesivamente amplia y difusa. Sobre las comunidades en aislamiento voluntario, ver “Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la región amazónica, el Gran Chaco, y la región oriental de Paraguay”, Resultado de las consultas realizadas por ACNUDH en la región: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela, Mayo de 2012; ver también “Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos”, CIDH, Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, OEA/Ser.L/V/II. Doc.47/13.
- 52 CRC/C/BRA/CO/2-4, párr. 31.
- 53 CRC/C/BRA/CO/2-4, párr. 32.
- 54 <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/085.asp>
- 55 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 25 de noviembre de 2017, párr. 154. En el mismo sentido, el Comité ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente” (Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34). Ver también “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, “Principios de Yogyakarta”, en cuyo preámbulo se afirma que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”.
- 56 Capítulo III del Título II (De los Derechos Fundamentales) “Del Derecho a la Convivencia Familiar y Comunitaria”, ECA.
- 57 Ley 12.010/2009, Ley 12.962/2014, Ley 13.257/2016, Ley 13.715/2018, Ley 13.509/2017.
- 58 Art. 19 ECA (t.o. 13.256/2016).
- 59 Art. 19.2 ECA. Sobre la invocación del principio de interés superior, véase el apartado anterior en este capítulo.
- 60 Ley 13.257/2016.
- 61 De igual manera, al regularse las medidas de protección, se establece que “el acogimiento institucional y el acogimiento familiar son medidas provisorias y excepcionales, utilizables como forma de transición para la reintegración familiar o, no siendo esto posible, para colocarlo en una familia sustituta, no implicando privación de la libertad” (Art. 101.1 ECA).
- 62 Art. 24 ECA. Estos deberes y obligaciones están definidos

- en el art. 22 del ECA: “A los padres les incumbe el deber del sustento, cuidado y educación de sus hijos menores, correspondiéndoles también, en los intereses de estos, la obligación de cumplir y hacer cumplir las decisiones judiciales. La madre y el padre, o sus responsables, tienen derechos iguales y responsabilidades compartidas en el cuidado y la educación de los niños, debiendo resguardarse el derecho de transmisión familiar de sus creencias y culturas, asegurando los derechos de los niños establecidos en esta ley”.
- 63 Art. 1637 CC: “Si el padre o la madre abusara de su autoridad, faltando a los deberes que le son inherentes o perjudicando los bienes de sus hijos, corresponde al juez, requiriendo algún pariente o el Ministerio Público, adoptar la medida que le resulta pertinente para la seguridad del menor y de sus bienes, hasta la suspensión de la patria potestad, cuando sea conveniente”.
- 64 Art. 1638 CC.
- 65 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 152.
- 66 Art. 23 ECA. Se agrega que “No existiendo otro motivo que sí solo autorice a disponer la medida, el niño o adolescente será mantenido con su familia de origen, la cual deberá obligatoriamente ser incluida en servicios o programas oficiales de protección, apoyo y promoción”.
- 67 Art. 1637 CC. Además, de acuerdo al art. 1638 CC, también perderá la patria potestad mediante decisión judicial aquel que cometiera, contra otro igualmente titular de la misma patria potestad, homicidio, feminicidio u otra lesión corporal de naturaleza grave o seguida de muerte, cuando se tratase de crimen doloso que involucra violencia doméstica y familiar o menosprecio o discriminación hacia la mujer; aquel que cometiera violación u otro crimen contra la dignidad sexual sujeto a pena de reclusión; aquel que cometiera, contra el hijo, la hija u otro descendiente, homicidio, feminicidio o lesión corporal de naturaleza grave o seguida de muerte, cuando se trate de crimen doloso que involucra violencia doméstica y familiar o menosprecio o discriminación contra la mujer; aquel que cometiera violación, violación de vulnerabilidad u otro crimen contra la dignidad sexual sujeto a pena de reclusión.
- 68 Art. 28.3 ECA.
- 69 Además, debe darse intervención y oír a los representantes del órgano federal responsable de la política indigenista e incluir de antropólogos en el equipo interprofesional o multidisciplinario que acompaña el caso (art. 28.6.III ECA).
- 70 Art. 39.1 ECA.
- 71 Art. 28.1 ECA.
- 72 Art. 43 ECA.
- 73 Art. 39.3 ECA.
- 74 Art. 48 ECA.
- 75 Es claro que al referirse a “los padres”, la Convención alude a los padres biológicos, aunque dado el avance de las técnicas de reproducción humana asistida se ha aclarado que “La definición de ‘padres’ incluye a los padres biológicos (lo cual es importante para el niño, aunque sólo sea por razones médicas) y a los padres de nacimiento, es decir, la madre que da a luz y el padre que reclama la paternidad por su relación con la madre en el momento del nacimiento (o cualquiera que sea la definición social de padre en la cultura en cuestión, ya que estas definiciones sociales son importantes para la identidad del niño)”. Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 130/1.
- 76 Hodgkin y Newell explican con claridad que? significa “en la medida de lo posible”. “Cabe distinguir diferentes situaciones: en primer lugar, cuando es imposible identificar a uno de los progenitores (por ejemplo, cuando la madre no sabe quién es el padre o cuando el niño ha sido abandonado). En estos casos, los Estados Partes poco pueden hacer, aunque el artículo 2 estipule que la legislación no debe discriminar a esos niños. En segundo lugar, cuando la madre se niega a identificar al padre (incluso en circunstancias extremas, como, por ejemplo, el incesto o la violación). Aunque existiese la posibilidad de exigir legalmente a la madre que identifique al padre, sería difícil hacer cumplir esta obligación y podrían surgir conflictos entre los derechos de la madre y los del niño. En tercer lugar, cuando el Estado decide que el progenitor no debe ser identificado. Por ejemplo: cuando las leyes de adopción limitan el derecho y el acceso del niño a la información sobre sus padres biológicos...”. De acuerdo a los autores citados y de conformidad con numerosos precedentes del Comité, este último caso es incompatible con la Convención. Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 131.
- 77 Art. 39.2 ECA.
- 78 Art. 25.4 Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.
- 79 CRC/C/BRA/CO/2-4, párr. 47 y 48.
- 80 Solo procede cuando “fueran agotadas todas las posibilidades de la colocación del niño y adolescente en una familia adoptiva brasileña, comprobándose en autos la inexistencia de adoptantes habilitados residentes en Brasil con perfil compatible con el niño o adolescente, y después de la consulta a los registros mencionados en la ley” (art. 51.1 ECA).
- 81 Ley 13.010/2014.
- 82 Art. 18 ECA.
- 83 Art. 18.I ECA.
- 84 Art. 18.II ECA.
- 85 Según la gravedad del caso y sin perjuicio de otras sanciones, se prevé la disposición de realizar un programa oficial o comunitario de protección familiar, tratamiento psicológico o psiquiátrico, cursos de orientación, de llevar al NNnA a un tratamiento especializado y la advertencia (art. 18.B ECA).
- 86 Estas medidas pueden ser: “I. apercibimiento de los padres o responsables mediante término de responsabilidad”; II. orientación, apoyo y acompañamiento temporarios; III. Matrícula o frecuencia obligatorias en un establecimiento oficial de enseñanza fundamental; IV. Inclusión en servicios o programas oficiales o comunitarios de protección, apoyo y promoción de la familia, el niño y adolescente; V. solicitud de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen hospitalario o ambulatorio; VI. Inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento de alcohólicos y adictos; VII. Acogimiento institucional; VIII. Inclusión en programa de acogimiento familiar; IX. Colocación en familia sustituta”. Art. 101 ECA.



- 87 Ley 11.340/2006.
- 88 Art. 22 LMDP.
- 89 Art. 23 LMDP.
- 90 Ley 13.431/2017.
- 91 Decreto 9603/2018.
- 92 Recibir un trato digno e integral, al respeto por su intimidad, a no ser discriminada/o, recibir información adecuada a su madurez, derecho a ser oído y que sus opiniones sean tenidas en cuenta, así como derecho a mantenerse en silencio, recibir asistencia jurídica y psicosocial especializada, entre otros.
- 93 Capítulo II del Título VI (“De los crímenes contra la dignidad sexual”) del Código Penal, t.o. ley 12.015/2015.
- 94 Art. 218.5 CP (t.o. ley 13.718/2018).
- 95 Art. 218 B CP (t.o. ley 12.015/2009 y 12.978/2014). La pena es de 4 a 10 años de prisión.
- 96 Art. 227 CP, prevé una penalidad agravada (de 2 a 5 años de prisión) si la víctima tiene entre 14 y 18 años.
- 97 “Sacar provecho de la prostitución ajena, participando directamente de sus lucros o haciéndose sustentar, en todo o en parte, por quien la ejerza” (art. 230 CP). Se prevé una penalidad agravada (de 3 a 6 años de prisión) cuando la víctima tiene entre 14 y 18 años.
- 98 Art. 149.A CP (t.o. ley 13.334/2016).
- 99 Apenas establece que la “atención a las víctimas debe ser acompañada con la interrupción de la situación de explotación o violencia, su reinserción social, la garantía de facilidad del acceso a la educación, a la cultura, a la formación profesional y al trabajo y, en el caso de niños y adolescentes, la búsqueda de su reinserción familiar y comunitaria” (art. 6.1.A ley 13.334/2016).
- 100 Art. 1517 Código Civil.
- 101 Ley 13.811/2019.
- 102 CRC/C/BRA/CO/2-4, párr. 43. [traducción propia de original en inglés].
- 103 CRC/C/BRA/CO/2-4, párr. 44. [traducción propia de original en inglés].
- 104 Art. 7.33 CPB: “Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tiendan a la mejora de su condición social (...) la prohibición del trabajo nocturno, peligroso o insalubre a los menores de dieciocho años y de cualquier trabajo a las menores de catorce, salvo en condición de aprendiz” (Art. 7, inc. 33”).
- 105 Art. 227.3 CPB.
- 106 Art. 62 ECA: “Se considera aprendizaje la formación técnico-profesional administrada según las directrices y bases de la legislación de educación en vigor”.
- 107 Art. 63 ECA. Además, el art. 64 asegura una beca de educación para los adolescentes de hasta 14 años.
- 108 Art. 65 ECA.
- 109 Art. 67 ECA.
- 110 Decreto-ley N.º 5.452/1943 y sus reformas.
- 111 Art. 403 CNT (Consolidación de las normas del trabajo), t.o. ley 10.097/2000.
- 112 Art. 405.2 CNT. A continuación define como perjudiciales para la moral el trabajo: “a) prestado de cualquier modo, en teatros de revista, cines, boites, casinos, cabarets, bañadores y establecimientos análogos; b) en empresas circenses, en funciones de acróbata, saltimbanco, gimnasta y otras similares; c) de producción, composición, entrega o venta de escritos, impresos, carteles, dibujos, grabados, pinturas, emblemas, imágenes y cualesquiera otros objetos que puedan, a juicio de la autoridad competente, perjudicar su formación moral; d) consistente en la venta, al por menor, de bebidas alcohólicas” (art. 405.3 CNT). Debe aclararse que se admite el empleo en las actividades b) y c) si media autorización judicial.
- 113 Art. 407 CNT: “Verificado por la autoridad competente que el trabajo ejecutado por el menor es perjudicial para su salud, su desarrollo físico o su moralidad, se le podrá obligar a abandonar el servicio, debiendo la respectiva empresa, cuando sea el caso, proporcionar al menor todas las facilidades para cambiar de funciones”.
- 114 Salvo que se trate de 2 hs. extra, a ser compensadas en la jornada siguiente, o razones de fuerza mayor (art. 413 CNT).
- 115 Definido como aquel donde “trabajen exclusivamente personas de la familia del menor y esté bajo la dirección del padre, madre o tutor” (art. 402 CNT).
- 116 Art. 7 CNT.
- 117 Convenio nro. 189 OIT que Brasil ratificó en 2018.
- 118 Art. 1 Ley Complementaria 150/2015.
- 119 Art. 11 Ley 5889/1973: “Al empleado rural mayor de dieciséis años se asegura un salario mínimo igual al de empleado adulto. Al empleado menor de dieciséis años se garantiza salario mínimo fijado en valor correspondiente a la mitad del salario mínimo establecido para el adulto
- 120 Arts. 8, 10 y 16 Ley 5889/1973.
- 121 Decretos 4134/2002 (Promulga a Convenção no 138 e a Recomendação no 146 da Organização Internacional do Trabalho sobre Idade Mínima de Admissão ao Emprego).
- 122 Ley 6481/2008.
- 123 Art. 3.d Convenio 281: “...el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.”
- 124 Art. 149.A incs. 2 y 3.
- 125 Ley 13.344/2016.
- 126 Art. 149.2 CP (t.o. ley 10.803/2003.).
- 127 Corte IDH, “Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”, sentencia de fondo, reparaciones y costas del 20 de octubre de 2016, punto dispositivo 11 (ver también párrafos 454 y 455).
- 128 Art. 205 CPB: “La educación, derecho de todos y deber del Estado y de la familia, será promovida e incentivada con la colaboración de la sociedad, tendiendo al pleno desarrollo de la persona, a su preparación para el ejercicio de la ciudadanía y a su calificación para el trabajo”.
- 129 Art. 206 CPB: “La enseñanza se impartirá con base en los siguientes principios: 1. igualdad de condiciones para el acceso y la permanencia en la escuela; 2. libertad de aprender, enseñar, investigar y divulgar el pensamiento, el arte y el saber; 3. pluralismo de ideas y de concepciones pedagógicas, y coexistencia de instituciones públicas y privadas de enseñanza; 4. gratuidad de la enseñanza pública en establecimientos oficiales; 5. valoración de los profesionales de la enseñanza, garantizando, en la forma de la ley, planes de carrera para el magisterio público, con base salarial profesional e ingreso exclusivamente por concurso público de pruebas y títulos en las redes públicas; 6. gestión democrática de la enseñanza pública, en la forma de la ley; 7. garantía del patrón de calidad; 8. Piso salarial profesional nacional para los



- profesionales de la educación escolar pública, en los términos de la ley federal.” (t.o. Enmienda Constitucional 53/2006).
- 130 Art. 208 CPB (t.o. Enmienda Constitucional 53/2006 y Enmienda Constitucional 59/2009). El mismo artículo agrega: “1° El acceso a la enseñanza obligatoria y gratuita es un derecho público subjetivo. 2° El no ofrecimiento de enseñanza obligatoria por el Poder Ejecutivo, o su oferta irregular, importa la responsabilidad de la autoridad competente. 3° Corresponde al Poder Público, censurar a los educandos en la enseñanza fundamental, convocarlos y velar, junto a los padres y responsables por la frecuencia en la escuela”.
- 131 Art. 210 CPB.
- 132 Art. 210.2 CPB: “La enseñanza fundamental regular será impartida en lengua portuguesa y se asegurará, también, a las comunidades indígenas el uso de sus lenguas maternas y métodos propios de aprendizaje”
- 133 Art. 210.1 CPB.
- 134 Art. 53 ECA.
- 135 Art. 54 ECA. Este artículo agrega, tal como lo dispone la Constitución, que “el acceso a la enseñanza obligatoria y gratuita es un derecho público subjetivo y que el ofrecimiento de enseñanza obligatoria del poder público o su oferta irregular importa responsabilidad de la autoridad competente” (Art. 54, § 1 y 2 ECA).
- 136 Art. 58 ECA.
- 137 Ley 9394/1996 y sus reformas
- 138 Art. 2 Ley 9394/1996.
- 139 Art. 4 Ley 9394/1996: “El deber del Estado con la educación escolar pública será efectuado mediante la garantía de: I) educación básica obligatoria y gratuita de los 4 (cuatro) a los 17 (diecisiete) años de edad, organizada de la siguiente forma: a) preescolar; b) enseñanza fundamental; c) enseñanza media; II - educación infantil gratuita a los niños de hasta 5 (cinco) años de edad; III) atención educativa especializada gratuita a los educandos con discapacidad, trastornos globales del desarrollo y altas habilidades o superdotación, transversal a todos los niveles, etapas y modalidades, preferentemente en la red regular de enseñanza; IV) acceso público y gratuito a las enseñanzas fundamental y media para todos los que no los concluyeron a la edad propia; V) acceso a los niveles más altos de la enseñanza, de la investigación y de la creación artística, según la capacidad de cada uno; VI) oferta de enseñanza nocturna regular, adecuado a las condiciones del educando; VII) oferta de educación escolar regular para jóvenes y adultos, con características y modalidades adecuadas a sus necesidades y disponibilidades, garantizando a los que sean trabajadores las condiciones de acceso y permanencia en la escuela; VIII) atención al educando, en todas las etapas de la educación básica, a través de programas suplementarios de material didáctico-escolar, transporte, alimentación y asistencia a la salud; IX) estándares mínimos de calidad de enseñanza, definidos como la variedad y cantidad mínima, por alumno, de insumos indispensables para el desarrollo del proceso de enseñanza-aprendizaje; X) vacante en la escuela pública de educación infantil o de enseñanza fundamental más cercana de su residencia a todo niño a partir del día en que cumpla 4 (cuatro) años de edad”.
- 140 Art. 4.A Ley 9394/1996. Se aclara que esto se implementará “conforme disponga el Poder Público en reglamento, en la esfera de su competencia federativa”.
- 141 De acuerdo a la Ley 9394/1996, las etapas educativas son: 1. educación infantil, 2. educación preescolar; 3. educación fundamental; 4. enseñanza media.
- 142 Art. 33 Ley 9394/1996. De conformidad con ello, el art. 7 bis establece que “[a]l alumno regularmente matriculado en institución de enseñanza pública o privada, de cualquier nivel, se asegura, en el ejercicio de la libertad de conciencia y de creencia, el derecho de, previa solicitud y motivación requerida, ausentarse de prueba o de motivación de clase marcada para el día en que, según los preceptos de su religión, sea vedado el ejercicio de tales actividades, debiéndose atribuir, a criterio de la institución y sin costos para el alumno, alguna de las siguientes prestaciones alternativas: I) prueba o clase de reposición, según el caso, a ser realizada en fecha alternativa, en el turno de estudio del alumno o en otro horario programado con su anuencia expresa; II) trabajo escrito u otra modalidad de actividad de investigación, con tema, objetivo y fecha de entrega definidos por la institución de enseñanza”.
- 143 Observación General nro. 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 22 (E/C.12/GC/22).
- 144 “La discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación”144. Observación General nro. 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 12 (E/C.12/GC/22).
- 145 Sin embargo, en octubre de 2017 el Tribunal Superior de Justicia de Brasil declaró la constitucionalidad de la educación religiosa en instituciones públicas.
- 146 Art. 58 Ley 9394/1996 (t.o. Ley 12.796/2013).
- 147 Art. 58.2 Ley 9394/1996 (t.o. Ley 12.796/2013).
- 148 Ver al respecto Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/GC/4.
- 149 Capítulo I, dentro del Título II, Derechos fundamentales.
- 150 Art. 7 ECA.
- 151 Art. 8.A ECA, incorporado por Ley 13.798/2019.
- 152 Ley 8080/1990 y sus reformas.
- 153 Art. 7 LGS.
- 154 Resolución 553/2017 del Consejo Nacional de Salud.
- 155 Art. 11 Res 553/2017 CNS: “Es derecho de la persona, en la red de servicios de salud, tener atención humanizada, acogedora, libre de cualquier discriminación, restricción o denegación en virtud de su edad, raza, color, etnia, religión, orientación sexual, identidad de género, condiciones económicas o sociales, estado de salud, anomalía, patología o deficiencia...”.
- 156 La única referencia a los NNyA indica que se debe garantizar “la continuidad de las actividades escolares, así como el estímulo a la recreación, en casos de internación del niño o adolescente” (art. 11.V). Esta disposición está en sintonía con el art. 4.A de la Ley 9394/1996 que fue reseñado en el apartado anterior.



- 157 Art. 3 Código Civil: "Son absolutamente incapaces de ejercer personalmente los actos de la vida civil los menores de 16 años" (t.o. ley 13.146/2015).
- 158 Art. 4 Código Civil: "Son incapaces relativamente en relación a ciertos actos o a la manera de ejercerlos: 1. los mayores de 16 y menores de 18 años..." (t.o. ley 13.146/2015).
- 159 En cualquier caso, debe advertirse que en las Orientaciones generales para los informes periódicos, el Comité indica a los Estados que deben proveer información sobre la edad mínima para el tratamiento médico o las intervenciones quirúrgicas sin el consentimiento de los padres (párrafo 24).
- 160 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 39.
- 161 Véase, por todos, la Observación General nro. 12 del Comité, sobre derecho del niño a ser oído, donde con toda contundencia se afirma que el "El derecho al asesoramiento y consejo es distinto del derecho a otorgar consentimiento médico y no se debe someter a ninguna limitación de edad". CRC/C/GC/12, párr. 101.
- 162 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 8.
- 163 Observación General N° 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, CRC/C/GC/15, párr. 31.
- 164 Ley 9263/1996 y sus reformas.
- 165 Art. 1 Ley 9263/1996: "El planeamiento familiar es un derecho de todo ciudadano, observando lo dispuesto en esta ley".
- 166 Art. 6 Ley 9263/1996. Este artículo solo exige autorización judicial para practicar esterilizaciones en personas absolutamente incapaces, sin distinción de edad.
- 167 CRC/C/BRA/CO/2-4, párr. 52.
- 168 Decreto 6286/2007.
- 169 Art. 1 Decreto 6286/2007.
- 170 CRC/C/BRA/CO/2-4, párr. 59.
- 171 Actualmente "No es punible el aborto realizado por médico cuando: no hay otro modo de salvar la vida de la gestante, o cuando el embarazo es producto de violación, siempre que se realice con consentimiento de la gestante o, siendo incapaz, de su representante legal" (art. 128 I y II Código Penal).
- 172 CRC/C/BRA/CO/2-4, párr. 59/60.
- 173 Art. 228 CPB: "Los menores de dieciocho años, sujetos a las normas de la legislación especial, son penalmente inimputables". Debe advertirse que a la fecha de finalización de este capítulo se encontraba en trámite un proyecto de enmienda constitucional, que busca modificar este artículo, disponiendo la imputabilidad, bajo el mismo régimen que rige para los adultos, para los adolescentes mayores de 16 años en caso de crímenes hediondos, homicidio doloso y lesión corporal seguida de muerte (proyecto disponible en <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122817>).
- 174 Art. 227 3º.4 CPB.
- 175 Observación General nro. 10 (2007), "Los derechos del niño en la justicia de menores", CRC/C/GC/10, párr. 33.
- 176 Art. 111 ECA: "Son aseguradas al adolescente, entre otras, las siguientes garantías: "I. plena y formal notificación de la atribución de la infracción, mediante citación o medio equivalente; II. igualdad en la relación procesal, pudiendo confrontarse con víctimas y testigos y producir todas las pruebas necesarias para su defensa; III. defensa técnica por abogado; IV. asistencia jurídica gratuita integral a los que lo necesitan, de acuerdo con la ley; V. derecho a ser oído personalmente por la autoridad competente; VI. Derecho a solicitar la presencia de sus padres o de los responsables en cualquier frase del procedimiento".
- 177 Art. 108 ECA.
- 178 Se trata del envío a los padres o responsables, mediante términos de responsabilidad; orientación, apoyo y acompañamiento temporario; matrícula y asistencia obligatoria en establecimiento oficial de enseñanza fundamental; inclusión en servicios y programas oficiales o comunitarios de protección, apoyo y promoción de la familia, los niños y adolescentes; solicitud de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen hospitalario o ambulatorio; inclusión en un programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento a alcohólicos o toxicómanos (arts. 101 y 112 ECA).
- 179 Art. 112.1 ECA.
- 180 Art. 121 ECA.
- 181 Art. 124 ECA: "Son derechos del adolescente privado de la libertad: I. entrevistarse personalmente con un representante del Ministerio Público; II. peticionar directamente a cualquier autoridad; III. reunirse reservadamente con su defensor; IV. ser informado de su situación procesal, siempre que lo solicite; V. ser tratado con respeto y dignidad; VI. permanecer internado en la misma localidad o en aquella más próxima al domicilio de sus padres o responsables; VII. Recibir visitas, por lo menos semanalmente; VIII. Mantenerse en contacto con sus familiares y amigos; IV. tener acceso a los objetos necesarios de higiene y aseo personal; X. residir en un alojamiento en condiciones adecuadas de higiene y salubridad; XI. recibir escolarización y profesionalización; XII. Realizar actividades culturales, deportivas, y de recreo; XIII. Tener acceso a medios de comunicación social; XIV. Recibir asistencia religiosa, según su creencia, y siempre que así lo desee; XV. Mantener la posesión de sus objetos personales y disponer de lugar seguro donde guardarlos, recibiendo un comprobante de aquellos que deposite en poder de la entidad; XVI. Recibir, cuando finalice la internación, los documentos personales indispensables para la vida en sociedad."
- 182 En portugués, "Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo". Ley 12.594/2012 (SINASE).
- 183 Art. 35 Ley SINASE.
- 184 Art. 49 Ley SINASE: "Son derechos del adolescente sometido al cumplimiento de la medida socioeducativa, sin perjuicio de otros previstos en la ley: I. ser acompañado por sus padres o responsables y por su defensor, en cualquier fase del procedimiento administrativo o judicial; II. ser incluidos en programas de medio abierto cuando no haya vacante para el cumplimiento de la medida privativa de la libertad, excepto en casos de infracciones cometidas mediante grave amenaza de violencia a personas, cuando el adolescente deberá ser internado en las unidades más próximas a su residencia; III. ser respetado en su responsabilidad, intimidad,

libertad de pensamiento, religión y en todos los derechos no expresamente limitados en la sentencia; IV. Peticionar, por escrito o verbalmente, directamente a cualquier autoridad u órgano público, debiendo obligatoriamente tener respuesta en hasta 15 días; V. ser informado, inclusive por escrito, de las normas de organización y funcionamiento del programa de tratamiento y también de las previsiones de naturaleza disciplinarias; VI. Recibir, siempre que lo solicite, información sobre la evaluación de su plano individual, participando obligatoriamente de su elaboración y, si fuere el caso, revaloración; VII. Recibir asistencia integral para su salud (...); y VIII. Tener atención garantizada en guardería y preescolar para sus hijos de 0 a 5 años”.

185 Art. 71 Ley SINASE: “Todas las entidades de tratamiento socioeducativo deberán (...) prever un régimen disciplinario que obedezca a los siguientes principios: I. tipificación explícita de infracciones como leves, medias y graves y determinación de las correspondientes sanciones; II. exigencia de instauración formal del proceso disciplinar para la aplicación de cualquier sanción, garantizando ampliamente la defensa y el contradictorio; III. obligatoriedad de audiencia con el socioeducando en el caso en que sea necesaria la instauración del proceso disciplinar; IV. Sanción de duración determinada; V. enumeración de las causas o circunstancias que eximan, atenúen o agraven la sanción a ser impuesta al socioeducando, así como los requisitos para su extinción; VI. Enumeración explícita de las garantías de defensa; VII. garantía de solicitud y rito de apreciación de los recursos posibles; VIII. determinación de la falta disciplinaria por una comisión compuesta, como mínimo, por tres integrantes, siendo uno obligatoriamente parte del equipo técnico”.

186 Art. 3 Código Civil: “Son absolutamente incapaces de ejercer personalmente los actos de la vida civil los menores de 16 años” (t.o. ley 13.146/2015).

187 Art. 4 Código Civil: “Son incapaces relativamente en relación a ciertos actos o a la manera de ejercerlos: 1. los mayores de 16 y menores de 18 años...” (t.o. ley 13.146/2015).

188 CRC/C/GC/14.

189 CRC/C/BRA/CO/2-4, párr. 36 [traducción propia de original en inglés].

190 Ley 13.431/2017.

191 En particular, urgió al Estado a promover alternativas a la detención como la “diversion”, la libertad condicional, la mediación, el “counselling”, y los trabajos comunitarios, cuando sea posible, y asegurar que la detención es utilizada como último recurso y por el más corto tiempo posible, y que sea revisada periódicamente con el fin de retirarla. CRC/C/BRA/CO/2-4, párr. 88. [traducción propia de original en inglés].

192 Ver nota al pie nro. 173.





# CHILE



© UNICEF Chile/2019/S. Mc Intosh Grez

## 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República de Chile

Corresponde aclarar que no existe consenso doctrinario en relación a la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en Chile. Como es sabido, en Chile se produjo un golpe de Estado en 1973, instaurándose una dictadura militar que duraría 17 años. Como parte del proceso de transición a la democracia, sobre el final del período dictatorial se realizó una reforma limitada de la Constitución Política de la República, incorporándose una referencia al deber del Estado de respetar y promover los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile<sup>4</sup>. Desde entonces, la cuestión de



Instrumento	
CDN	Rango supralegal. Sin consenso sobre su jerarquía constitucional.
Reservas	Sin reservas.
Declaraciones	Sin declaraciones.
PF 1 <sup>1</sup>	Ratificado en 2003.
PF 2 <sup>2</sup>	Ratificado en 2003.
PF 3 <sup>3</sup>	Ratificado en 2017.

*El Comité de los Derechos del Niño expresó su preocupación “por el hecho de que el interés superior del niño no sea una consideración transversal en todas las áreas de la formulación de políticas”.*

la jerarquía normativa de los tratados internacionales, y en particular de los tratados de derechos humanos ha sido intensamente debatida en la doctrina y jurisprudencia chilena, registrándose principalmente dos posiciones: i. la que sostiene que por medio de esta reforma los tratados internacionales se incorporaron al “bloque de constitucionalidad”; ii. la que solo reconoce una jerarquía superior a la ley, pero inferior a la Constitución. La cuestión excede el ámbito de este informe<sup>5</sup>, pero corresponde señalar que mientras la Corte Suprema se inclinó hacia la tesis del bloque de constitucionalidad<sup>6</sup>, el Tribunal Constitucional en general ha respaldado la postura de la jerarquía supralegal e infraconstitucional<sup>7</sup>.

En cualquier caso, a partir del citado artículo 5 inc. 2 de la Constitución, existe consenso en torno a que los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales tienen un carácter equivalente a los derechos de fuente constitucional, cuestión que el Tribunal Constitucional afirmó específicamente en relación a la Convención Sobre los Derechos del Niño<sup>8</sup>.

Finalmente, debe destacarse que la Constitución chilena no contiene ninguna referencia específica a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

## 2. La falta de una ley de protección integral de los NNyA. Las disposiciones relevantes del Código Civil, Código Penal y otras leyes relacionadas a los derechos de los NNyA

Es ineludible comenzar destacando que Chile no cuenta con una ley de protección integral de los derechos de los NNyA. Se trata de una gran deuda que, pese a numerosos intentos, a la fecha de elaboración de este informe continúa sin saldarse y ha provocado el reproche del Comité de los Derechos del Niño en sus tres últimas observaciones finales al Estado<sup>9</sup>. Esta omisión legislativa obliga a realizar un escrutinio riguroso sobre códigos como el Civil o Penal y otras leyes específicas, normas que tanto por su larga data como por sus características en general no han sido redactadas desde el paradigma de la protección integral de los NNyA.

Fiel reflejo de esta falta de adecuación a la Convención es que continúa vigente una “Ley de Menores”<sup>10</sup> sancionada en 1967, que establece un abordaje tutelar de la infancia y adolescencia. Si bien varios aspectos de esta ley fueron reformados o derogados luego de la entrada en



vigencia de la Convención, esta norma aún admite la privación de la libertad de los “menores en situación irregular”<sup>11</sup> en “establecimientos especiales de educación”<sup>12</sup>.

En el mismo sentido, el Código Civil vigente fue sancionado en 1855. Si bien en los últimos 20 años se efectuaron varias modificaciones a los artículos referidos al derecho de familia y a las reglas de filiación<sup>13</sup>, incorporándose a ese cuerpo normativo por primera vez algunos de los principios y derechos previstos en la Convención sobre Derechos del Niño -así como se recogieron en otras normas centrales como la Ley de Tribunales de Familia<sup>14</sup>-, estas reformas no alcanzaron a tener la integralidad y alcance que demanda la Convención.

## • El principio de interés superior de los NNyA

Entre esas incorporaciones se destacan las referencias al interés superior del niño, aunque curiosamente expresadas en el Código Civil como “interés superior del hijo”. Así, se indica que éste debe ser la preocupación fundamental de los padres<sup>15</sup> y que los jueces lo tendrán en cuenta “como consideración primordial”, al resolver las cuestiones referidas al cuidado personal de los niños<sup>16</sup> y a su custodia<sup>17</sup>.

En el mismo sentido, la mencionada Ley de Tribunales de Familia establece que “el interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”<sup>18</sup>.

Se aprecia entonces que se trata de una incorporación parcial del principio de interés superior, que no satisface los requisitos del art. 3 de la Convención, pues solo exige la consideración del interés superior a los padres y a los tribunales, dejando por fuera a otros organismos expresamente mencionados en el tratado como “las instituciones públicas o privadas de bienestar social”, las autoridades administrativas y los órganos legislativos. Por ello, el Comité de los Derechos del Niño expresó su preocupación “por el hecho de que el interés superior del niño no sea una consideración transversal en todas las áreas de la formulación de políticas”<sup>19</sup>.

Además, el Comité definió al interés superior del niño como un derecho sustantivo, un principio interpretativo fundamental y una norma de

procedimiento para cualquier decisión que se tome en relación a los niños<sup>20</sup>. Esto significa mucho más que una “preocupación” de los padres o una “consideración” que deben tener en cuenta los jueces. Se trata de un derecho de los NNyA y así debe ser enunciado, en tanto que como pauta interpretativa reclama que “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”<sup>21</sup>. Nada de esto está previsto en el Código Civil chileno. La única de las tres facetas que puede considerarse -de nuevo, parcialmente- satisfecha es la procedimental, pues el art. 242 CC dispone que los jueces deberán tener en cuenta las opiniones de los hijos, “en función de su edad y madurez”, para determinar su interés superior<sup>22</sup>. Esta referencia del art. 242, así como los artículos sobre el régimen de custodia y visitas en caso de que los padres vivan separados, son los únicos que encontramos en el Código Civil que reconocen el derecho de los niños a ser oídos en los asuntos de su interés, por lo que no cabe más que destacar su insuficiencia.

Resulta ineludible señalar que la imprecisión y vaguedad en la incorporación del concepto de interés superior del niño al Código Civil ha provocado que los tribunales lo aplicaran distorsionadamente, dando aparente fundamento a decisiones arbitrarias. Esto fue puesto de relieve por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al condenar al Estado chileno por haber quitado a una mujer divorciada la custodia de sus hijas, bajo el argumento de resguardar su interés superior, en virtud de que ella había formado pareja con otra mujer<sup>23</sup>. Entre otros derechos que declaró violados, la Corte IDH condenó al Estado por la vulneración del derecho a ser oídas de las niñas -en relación con los artículos 19 y 1.1. de la CADH-, integrando en su ponderación los arts. 3 y 12 de la CDN. Justo es decir, de todos modos, que luego de esta sentencia se sancionó la ley 20.680, que como vimos incorporó expresamente el derecho de los NNyA a expresar su opinión sobre el régimen de custodia.

El derecho de los NNyA a ser oídos y el principio de preservación de su interés superior también fueron incorporados en la “Ley sobre adopción de menores”<sup>24</sup>. Esta ley define que su objeto es, precisamente, velar por el interés superior del adoptado<sup>25</sup> y que durante los procedimientos que en ella se regulan “el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez”<sup>26</sup>.

## • El derecho a la identidad

En este campo, la falta de un código o ley de protección integral de los derechos de los NNYA se advierte especialmente. En este sentido, si bien tanto en el Código Civil como la Ley de Registro Civil se regula con detalle los procedimientos de inscripción de los nacimientos, ninguna norma afirma con claridad que las niñas y niños tienen derecho a que su nacimiento sea registrado de manera inmediata.

En este sentido, es muy problemático el caso de los niños nacidos en Chile pero cuyos progenitores están en una situación migratoria irregular. Según advirtió el Comité sobre los Trabajadores Migratorios, estos niños son inscriptos en el registro oficial con la leyenda “hijo(a) de extranjeros en tránsito”<sup>27</sup> y solo tienen derecho a optar por la nacionalidad chilena dentro del período de un año inmediatamente después de haber cumplido 21 años de edad<sup>28</sup>. De esta forma, son apátridas al menos hasta los 21 años los hijos de nacionales de países que no reconocen reglas de jus sanguini y que se encuentran en una situación migratoria irregular en Chile.

Se ha dicho que “El problema de la nacionalidad es particularmente complejo, debido a la sensibilidad de todas las naciones en materia de soberanía y ciudadanía, a las diferentes disposiciones legales y religiosas sobre la adquisición de la nacionalidad, y a la tendencia creciente de las naciones más ricas a denegar la ciudadanía a los pobres procedentes de otros países”, por lo que al redactar el artículo 7 de la Convención “se optó por un camino intermedio entre estas preocupaciones y el reconocimiento del derecho del niño a una nacionalidad”<sup>29</sup>. Así, el artículo 7.2 dispone: “Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su

legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.” Esta referencia a los “instrumentos internacionales” remite a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954) y a la Convención para Reducir los Casos de Apatridia (1961), a los cuales Chile recién adhirió en abril de 2018, entrando en vigencia a su respecto el 10 de julio del mismo año. Es de esperar, entonces, que la legislación sobre el acceso a la nacionalidad sea modificada, contemplando expresamente el derecho de los niños nacidos en Chile a adquirir la nacionalidad desde el nacimiento, independientemente del estatus migratorio de sus padres<sup>30</sup>, así como se erradique la práctica de inscribir la leyenda “hijo(a) de extranjeros en tránsito”, que confronta con el derecho a no ser discriminado.

En materia de filiación, tras la reforma de 1998, el Código Civil no realiza distinciones entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio<sup>31</sup>, adecuándose así al principio de no discriminación previsto en el art. 2 de la CDN y, especialmente, al art. 17.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>32</sup>.

En este ámbito, se produjeron grandes cambios en relación al derecho a la identidad, contemplándose por primera vez amplias posibilidades para la investigación judicial de la filiación<sup>33</sup>, admitiéndose “toda clase de pruebas” en el proceso judicial. Sin embargo, se establecieron algunos límites cuestionables a la luz del derecho a la identidad. Así, se dispuso que: i. la negativa de un progenitor alegado a analizarse es tratada como una presunción grave en su contra<sup>34</sup>; ii. Si existe contradicción entre “pruebas biológicas” y la “posesión notoria del estado civil de hijo”<sup>35</sup>, se impone esta última.

*Resulta ineludible señalar que la imprecisión y vaguedad en la incorporación del concepto de interés superior del niño al Código Civil ha provocado que los tribunales lo aplicaran distorsionadamente, dando aparente fundamento a decisiones arbitrarias.*

Tal como se ha señalado respecto de otros países, el sistema de presunciones legales no es en sí mismo incompatible con el derecho a la identidad, pero la negativa a someterse a un análisis de ADN puede resolverse facultando al juez a disponer el uso de la fuerza pública para obtener una muestra biológica, tal como la mayoría de los sistemas jurídicos admiten en el procedimiento penal<sup>36</sup>. Ello sería más consistente con priorizar el interés superior del niño.

Como contracara, resulta sorprendente que se establezca que la “posesión notoria del estado civil de hijo” se imponga a las pruebas biológicas. Si bien es claro que las relaciones de filiación biológica pueden ser modificadas por la ley, la Convención reclama que ello sea realizado con supervisión judicial y de acuerdo al procedimiento legal. La norma prevista en el Código chileno, en cambio, podría implicar la legalización de situaciones irregulares, producto del tráfico de niños o adopción ilegal. Este riesgo no alcanza a ser neutralizado por la última oración del artículo, que permite invertir la regla y priorizar las pruebas biológicas si ello fuera más conveniente para el hijo, pues se trata de una fórmula que queda abierta a la discrecionalidad judicial. En cualquier caso, debe considerarse que la Ley de Tribunales de Familia exige la intervención de un curador y que los NNyA sean oídos.

El Código también ha regulado la situación de la concepción por técnicas de reproducción humana asistida, estableciendo con toda claridad que “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas”<sup>37</sup>. Sin embargo, no se ha regulado el acceso a la información para las personas nacidas sobre esta técnica, tanto respecto de la utilización del procedimiento como sobre la identidad de los donantes de gametos. Al respecto, el Comité ha señalado que no garantizar a las personas nacidas de esta forma el acceso a esta clase de información puede ser contradictorio con el derecho del niño a conocer su origen.<sup>38</sup>

Finalmente, en relación a la identidad de género, debe destacarse que recientemente se ha aprobado una ley que permite modificar el nombre y los registros documentales de acuerdo a la auto-percepción de género, a partir de los 14 años de edad, a través de un proceso judicial<sup>39</sup>. Este procedimiento debe ser iniciado por alguno de los representantes legales de la persona interesada, la que debe ser escuchada en todas las etapas del proceso.

## • El derecho a la familia

En este campo son fundamentales las ya mencionadas leyes de Tribunales de Familia y “sobre adopción de menores”<sup>40</sup>.

La primera de estas leyes tiene un título específico sobre la aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes, que exige que haya intervención judicial siempre que “se trate de la adopción de medidas que importen separar al niño, niña o adolescente de uno o ambos padres o de quienes lo tengan legalmente bajo su cuidado”<sup>41</sup>.

De hecho, esta ley prevé algunas medidas cautelares que implican la separación familiar, como confiar al NNoA al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia -supuesto en cual debe priorizarse a parientes consanguíneos o a otras personas con las que el NNoA tenga relación de confianza- o disponer su ingreso en un programa de familias de acogida.

Estas medidas son reguladas junto a otras medidas de protección<sup>42</sup>, sin que la ley establezca un orden de preferencia claro. Sin embargo, adecuadamente, se dispone que la separación del NNoA de sus padres o de las personas que lo tengan bajo su cuidado solo procede cuando sea estrictamente necesario y no exista otra medida más adecuada. En este caso, la autoridad judicial debe prioriza a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que el NNoA tenga una relación de confianza “y, sólo en defecto de los anteriores, lo confiará a un establecimiento de protección”<sup>43</sup>. Además, se dispone expresamente que la resolución que disponga la separación debe ser fundada y que todas estas medidas deben limitarse a un máximo de noventa días.

Estas normas deben analizarse en conjunto con la “Ley sobre adopción de menores”<sup>44</sup>. Esta ley prohíbe fundar la declaración de adoptabilidad de los niños en la falta de recursos económicos de sus padres, aunque admite la separación del niño si no le proporcionan atención personal o económica durante el plazo de dos meses o 30 días en caso de niños de menos de un año, por lo que debe concluirse que la falta de atención personal o económica solo puede proceder para fundar la adoptabilidad cuando los padres tienen los recursos económicos necesarios para brindar el cuidado y omiten hacerlo<sup>45</sup>.

A su vez, se admite la separación si los padres se encuentran inhabilitados “física o moralmente para ejercer el cuidado personal”<sup>46</sup>, lo que constituye una regla excesivamente amplia, que abre el margen a





© UNICEF Chile/2019/C. Momberg

la arbitrariedad judicial, y resulta incompatible con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

También constituye motivo de alarma que la ley haya habilitado a fundaciones privadas -aunque acreditadas ante el Servicio Nacional de Menores- a desempeñar un rol destacado en el proceso de adopción, a las que los tribunales pueden encomendar que informen tanto sobre la familia de origen y como de adopción. Si bien el Servicio Nacional de Menores lleva los registros de las familias aspirantes a adoptar, así como de los niños en situación de adoptabilidad, debe recordarse que “Toda decisión sobre la remoción de la guarda de un niño contra la voluntad de sus padres debe ser adoptada por la autoridad competente, de conformidad con las leyes y procedimientos aplicables y estar sujeta a revisión judicial...”<sup>47</sup>. Por ello, la delegación en instituciones privadas de la pertinente investigación es motivo de preocupación, especialmente si no existen suficientemente mecanismo de control judicial<sup>48</sup>. Esto es especialmente importante en la medida en que la ley chilena solo reconoce legitimación activa a la persona adoptada para requerir la nulidad de la adopción si ésta fue obtenida por medios ilícitos o fraudulentos<sup>49</sup>.

En este sentido, también debe advertirse que la Relatora Especial sobre la venta de niños ha señalado que “Cuando las agencias de adopción establecen relaciones privilegiadas con determinados servicios de atención a la infancia se abre una nueva posibilidad de que se produzcan adopciones ilegales”<sup>50</sup>. Por ello, es preocupante que existan tantos mecanismos para que intervengan terceros, ajenos a las familias de origen y adoptivas.

- **El derecho a la protección contra toda forma de violencia**

El Código Civil aún reconoce la facultad de los padres de “corregir” a los hijos, aunque tras sucesivas reformas se aclara que debe cuidarse que no implique un menoscabo en la salud ni el desarrollo de los NNA y que esta facultad “excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño.”<sup>51</sup>. A criterio del Comité, esas aclaraciones no son suficientes, por lo que ha cuestionado que se mantenga esta facultad de los padres en el Código Civil y reclamó que se “apruebe una ley general en que se prohíba expresamente la imposición de castigos corporales a los niños en todos los entornos”.<sup>52</sup>

Respondiendo a esta demanda, recientemente se sancionó una ley que tipifica el maltrato infantil, penalizando a todo aquel que lo cometa y estableciendo un agravante para quienes tienen a su cargo el cuidado de los NNyA<sup>53</sup>. Si bien esta norma constituye un indudable avance, se advierte que tipifica exclusivamente el maltrato “relevante” y que el tipo penal es excesivamente abierto, por lo que queda sujeto a la discrecionalidad judicial.

El cuadro de normas sobre la protección contra toda forma de violencia se completa con algunas disposiciones de la “Ley de Menores” -que impone multas, tareas comunitarias o la asistencia del agresor a programas terapéuticos en los casos en que “el maltrato resultante de una acción u omisión (...) produzca menoscabo en la salud física o psíquica de los menores” y no esté comprendido en otras leyes especiales<sup>54</sup>-, con otras reformas al Código Penal, también de data reciente, y con la “Ley sobre Violencia Escolar”<sup>55</sup>. En esta ley se contemplan mecanismos para prevenir y combatir el acoso escolar -o bullying- y se ha dispuesto que los miembros de la comunidad educativa “deberán informar las situaciones de violencia física o psicológica, agresión u hostigamiento que afecten a un estudiante (...) de las cuales tomen conocimiento”.

- **El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata**

La edad mínima para el consentimiento sexual es de 14 años. Además, adecuadamente se ha previsto que no son punibles las personas menores de edad que tengan relaciones sexuales con menores de 14 años, si no existe entre ellos una diferencia de más dos o tres años (según el tipo de acto sexual)<sup>56</sup>.

Sin embargo, en notoria violación al principio de no discriminación, la legislación chilena establece una edad mayor para el consentimiento sexual cuando las relaciones se dan entre personas del mismo sexo: el Código Penal considera delictivo todo acto sexual entre personas del mismo sexo, si alguna de ellas es menor de 18 años<sup>57</sup>. Por si fuera poco, la exclusión de la punibilidad si ambos fueran menores -en este caso- no es clara, pues de una interpretación literal del art. 4 de la ley 20.084 se desprende que si dos adolescentes del mismo sexo tienen relaciones -y uno tiene 14 y otro 17 años-, ambos son punibles. En este punto, la legislación chilena se aparta de la recomendación del Comité, que ha dicho que “Los Estados deben evitar que se criminalice a los adolescentes de edades similares por mantener relaciones sexuales objetivamente consensuadas y sin fines de explotación”<sup>58</sup>.

En relación al delito de trata de personas -que aplica tanto a su realización con fines de explotación sexual como laboral-, se destaca que la ley no requiere que la captación se haya hecho por medio de violencia, engaño u otros medios análogos, configurándose el delito por la mera captación para estos fines criminales, reflejando un plus de protección para los NNyA. Además, como es de estilo, se establecen agravantes cuando las víctimas son personas menores de edad<sup>59</sup>.

Por otro lado, una reforma legal incorporó la pena de inhabilitación para desempeñarse en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad para quienes resulten condenados por delitos contra la libertad sexual contra NNyA<sup>60</sup>. A tal efecto, se dispuso crear un registro especial de estas condenas, que debe ser obligatoriamente consultado por toda institución pública o privada antes de contratar a una persona para desempeñar actividades que involucren alguna relación con menores de edad.

*En su primera Observación General, el Comité sostuvo que “Debe promoverse la participación del niño en la vida escolar, la creación de comunidades escolares y consejos de alumnos, la educación y el asesoramiento entre compañeros, y la intervención de los niños en los procedimientos disciplinarios de la escuela, como parte del proceso de aprendizaje y experiencia del ejercicio de los derechos”.*

En cuanto a la edad mínima para contraer matrimonio, se destaca que el Código Civil aún permite que los menores de dieciocho años de edad se casen si cuentan con el consentimiento expreso de sus padres, sin supervisión judicial y sin si quiera establecerse una edad mínima<sup>61</sup>. La Ley de Matrimonio Civil ha enmendado parcialmente esta cuestión, estableciendo la edad mínima en 16 años<sup>62</sup>, pero ello no alcanza a satisfacer las exigencias de la Convención, por lo que el Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado “que fije en 18 años la edad mínima para contraer matrimonio en todas las circunstancias”<sup>63</sup>.

- **El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil**

La explotación económica de los NNA también está limitada por el Código del Trabajo, que prohíbe toda actividad laboral a los menores de 15 años<sup>64</sup>. Este Código también impone condiciones para los mayores de esa edad y menores de 18 años, pues solo pueden “realizar trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo, siempre que cuenten con autorización expresa del padre o madre” y “deberán acreditar haber culminado su Educación Media o encontrarse actualmente cursando ésta o la Educación Básica”<sup>65</sup>. Como mecanismo de control adicional, un inspector laboral debe informar de la autorización a un Tribunal de Familia, el que puede dejarla sin efecto.

Quizás lo único que pueda cuestionarse de la normativa laboral en relación a los adolescentes es la regulación del trabajo nocturno. El Código lo prohíbe exclusivamente cuando se desarrolle en establecimientos industriales y

comerciales, especificando que el período nocturno abarca entre las 22 hs. y las 7 hs., y que los adolescentes siempre deben gozar de un descanso mínimo de 11 horas<sup>66</sup>, en tanto que la “Ley de Menores” penaliza a todo aquel que emplee a un menor de 16 años entre las 22 hs. y las 5 hs<sup>67</sup>. Si bien esta disposición sobre el trabajo industrial es compatible con el Convenio de la OIT sobre el trabajo industrial nocturno de los menores, deja sin mayor protección a los mayores de 16 años que desempeñen el resto de las actividades, como el trabajo doméstico o en locales de entretenimiento<sup>68</sup>. Esto parece ser consecuencia de una deficiente técnica legislativa más que de una voluntad de excluir a las actividades no industriales de la prohibición de trabajo nocturno.

Por otro lado, tal como se ha señalado al analizar la legislación de otros países<sup>69</sup>, la edad mínima de admisión al empleo debe ser compatible con las normas que regulan la educación obligatoria. Por ello, si bien la edad de 15 años como piso para la admisión al empleo es compatible con el Convenio 138 de la OIT, sería conveniente elevarla a fin de que sea armónica con la establecida para la educación obligatoria.

- **El derecho a la educación**

La Constitución Política, tras dos reformas efectuadas en 2003 y 2013, establece que la educación es obligatoria y gratuita desde el llamado “segundo nivel de transición” -desde los 5 años de edad y previo a la educación básica- hasta el nivel medio<sup>70</sup>, que típicamente finaliza a los 17 o 18 años.

Otro aspecto positivo de la legislación en relación al derecho a la educación es el reconocimiento del derecho de los alumnos indígenas a recibir



educación en su lengua, aunque la redacción de la norma es un tanto ambigua<sup>71</sup>.

Como contratara, debemos señalar que la Ley General de Educación resulta deficitaria en relación al derecho de los NNA participar de la gestión educativa, pues si bien se reconoce que los miembros de la comunidad educativa “tienen derecho a ser informados y a participar en el proceso educativo”, solo los establecimientos educativos subvencionados o que reciben aportes del Estado deben contar con un Consejo Escolar donde los estudiantes pueden canalizar esa participación<sup>72</sup>. Al respecto, debe recordarse que en su primera Observación General, el Comité sostuvo que “Debe promoverse la participación del niño en la vida escolar, la creación de comunidades escolares y consejos de alumnos, la educación y el asesoramiento entre compañeros, y la intervención de los niños en los procedimientos disciplinarios de la escuela, como parte del proceso de aprendizaje y experiencia del ejercicio de los derechos”, sin efectuar distinciones entre establecimientos con financiamiento estatal y privado<sup>73</sup>.

## • El derecho a la salud

En la legislación sobre salud este déficit es aún más notorio, pues no existe ninguna disposición que reconozca a los NNA su derecho a ser informados, a que se tenga en cuenta su opinión y a que se respete su autonomía progresiva, excepto en relación a la salud sexual y reproductiva.

En este ámbito es fundamental la Ley 20.584, que establece los “derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud”<sup>74</sup>. Es indudable que esta ley constituye un gran avance en la adecuación del marco normativo de la salud al derecho internacional de los derechos humanos, pues ha consagrado derechos fundamentales para las personas que requieren atención médica, como los derechos al trato digno, privacidad, a la información y autonomía. Sin embargo, producto de la falta de acuerdo entre los distintos sectores políticos, los NNA han quedado prácticamente afuera de este marco de protección. Es que si bien la ley se refiere a los derechos de las “personas” -en términos generales- y no contiene ninguna disposición que excluya expresamente a los NNA, un detenido repaso del trámite legislativo permite confirmar que los artículos que se referían a la situación de los NNA fueron eliminados tras

un intenso debate. Por ello, el consenso doctrinario en Chile es que rigen las reglas del Código Civil, que continúa sin reconocer a los NNA como sujetos de derechos y mantiene la tradicional regla de incapacidad absoluta para los “impúberes” y de incapacidad relativa para los “menores adultos”<sup>75</sup>. Así, se entiende que las decisiones referidas al tratamiento médico están exclusivamente en manos de sus padres o representantes legales, en tanto que los médicos no tienen el deber brindar información a los NNA.

Esta interpretación se apoya también en el único artículo de la Ley 20.584 que alude a los NNA. Se trata del procedimiento que los médicos deben seguir en caso de que una persona o su “representante legal” rechace un determinado tratamiento y, a criterio del profesional, esta decisión exponga al paciente “a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados”. En estos casos, el médico deberá solicitar la opinión de un comité de ética. En el caso de que la consulta tenga relación con la atención a menores de edad, el Comité “deberá tener en cuenta especialmente el interés superior de estos últimos”<sup>76</sup>. Aunque resulta valioso que se haga referencia al interés superior del niño, una interpretación hermenéutica del artículo y del resto del texto de la ley nos lleva a concluir que ésta no reconoce a los NNA el derecho a opinar o decidir sobre sus tratamientos médicos y que su interés superior solo es considerado en caso de grave riesgo para su salud o su vida.

Si bien no cabe negar que la cuestión referida a la delimitación de la madurez de los NNA para brindar su consentimiento para un tratamiento médico es siempre un asunto problemático, el camino elegido por la legislación chilena desatiende por completo los principios de autonomía progresiva y del interés superior del niño, que reclaman que al menos se tenga en cuenta su opinión<sup>77</sup>. Sobre este asunto, recientemente el Comité ha señalado sin ambages que “Las intervenciones y los tratamientos médicos deben contar con el consentimiento voluntario e informado del adolescente, con independencia de que se exija o no también el de un progenitor o representante legal”<sup>78</sup>.

La cuestión referida al acceso a la información en relación a la salud, en cambio, es mucho menos compleja. Bajo el paradigma de la Convención, el derecho de los NNA a recibir asesoramiento sin el consentimiento de sus padres no tiene relación con la edad en que puede autónomamente decidir sobre un tratamiento médico y no debe tener un límite de edad<sup>79</sup>. Así, se ha remarcado que es un derecho



fundamental “cuando sus opiniones y/o intereses difieren de los de sus padres, o incluso se oponen a ellos: por ejemplo, en casos de malos tratos o descuido por parte de los padres u otros miembros de la familia”<sup>80</sup>. En su Observación General n° 15, el Comité indica con toda claridad que “De conformidad con la evolución de sus capacidades, los niños deben tener acceso a terapia y asesoramiento confidenciales, sin necesidad del consentimiento de sus padres o su custodio legal cuando los profesionales que examinen el caso determinen que ello redunde en el interés superior del niño”<sup>81</sup>. Por ello, no puede más que reprocharse que en la ley ni siquiera se haya hecho esta distinción entre la información y el tratamiento médico. En definitiva, el desacople normativo de esta ley con la Convención -en especial con los artículos 1, 3, 5 y 24- es notorio.

Sin embargo, es justo decir que esta omisión de considerar los derechos de los NNyA en la ley 20.584 contrasta con la ley 20.418, titulada como “Ley de información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad”. Esta norma tiene entre sus objetivos centrales la prevención del embarazo adolescente -así como las infecciones de transmisión sexual y la violencia sexual-, por lo que garantiza el derecho de toda persona, incluyendo a los NNyA, a recibir información sobre la “regulación de la fertilidad”. En clara alusión a los NNyA, la ley establece que “El contenido y alcance de la información deberá considerar la edad y madurez psicológica de la persona a quien se entrega”.

Esta ley establece que el Estado debe poner “a disposición de la población los métodos anticonceptivos”, sin consagrar expresamente su gratuidad, lo que resulta preocupante. Si bien la Convención tampoco contiene una cláusula expresa que imponga la gratuidad en el acceso a los métodos

anticonceptivos, el Comité ha alentado a los Estados a que los provean gratuitamente o a bajo costo<sup>82</sup>.

La ley también impone a los establecimientos educativos de Enseñanza Media<sup>83</sup> el deber de incluir en su ciclo de enseñanza un programa de educación sexual, que “incluya contenidos que propendan a una sexualidad responsable e informe de manera completa sobre los diversos métodos anticonceptivos existentes y autorizados”<sup>84</sup>. Sin embargo, de manera similar a la legislación de otros países de la región<sup>85</sup>, esta obligación está fuertemente morigerada en la misma norma, pues se aclara que las instituciones educativas deben hacerlo “según sus principios y valores” y “de acuerdo al proyecto educativo, convicciones y creencias que adopte e imparta cada establecimiento educacional en conjunto con los centros de padres y apoderados”<sup>86</sup>.

Otra disposición preocupante de esta ley es el tratamiento que impone en los casos en que los menores de 14 años soliciten un método anticonceptivo de emergencias. Si bien se indica que debe brindárseles el medicamento requerido, la norma se aparta del principio de confidencialidad<sup>87</sup>, pues se impone a los médicos el deber de informar posteriormente “al padre o madre de la menor o al adulto responsable que la menor señale”<sup>88</sup>. Esta norma puede desalentar a las niñas<sup>89</sup> a requerir el medicamento, convirtiéndose en un impedimento para prevenir el embarazo adolescente o denunciar los abusos sexuales si provienen del ámbito familiar. Al respecto, en su Observación General n° 3, el Comité recordó que en repetidas ocasiones advirtió que “el niño acudirá más fácilmente a servicios que lo comprendan y lo apoyen, le faciliten una amplia gama de servicios e información bien adaptados a sus necesidades, le permitan participar en

las decisiones que afectan a su salud, sean accesibles, asequibles, confidenciales y no supongan juicios de valor, no requieran el consentimiento parental ni sean discriminatorios”<sup>90</sup>.

De todos modos, se advierte que esta obligación de informar a los padres puede tener relación con el hecho de que en Chile la edad mínima para el consentimiento sexual es, justamente, de 14 años.

Por otro lado, la propia ley 20.418 impone a los médicos el deber de efectuar una denuncia penal si presumen la existencia de un delito sexual, independientemente de la edad de quien solicite el anticonceptivo de emergencia<sup>91</sup>. Al respecto, el Comité ha señalado que “El sistema de atención de salud no solo debe prestar apoyo sanitario, sino también notificar a las autoridades competentes los casos de violación de derechos e injusticia”<sup>92</sup>, por lo que en estos casos resulta razonable que ceda la regla de la confidencialidad, aunque ello no puede hacerse sin informar a los NNyA y garantizar su atención integral -cuestiones que no están previstas en esta ley-.

Los derechos de los NNyA en materia de salud también tienen un mejor reconocimiento en la reciente “Ley de interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”<sup>93</sup> (Ley del IVE), por la que se modificó que el Código Sanitario y el Código Penal. Esta ley fue sancionada en 2017, tras que el Comité recomendara al Estado que “despenalice el aborto, revise sus leyes para garantizar el interés superior de las adolescentes embarazadas y asegure, en la ley y en la práctica, el acceso de las niñas a abortos en condiciones de seguridad y a servicios de atención después del aborto, y que las opiniones de las niñas se escuchen y se tengan siempre en cuenta en las decisiones relativas a los abortos”<sup>94</sup>.

La nueva ley descriminalizó la interrupción de los embarazos solo en tres casos: i. riesgo de vida para la persona gestante; ii. inviabilidad de vida extrauterina independiente del feto; iii. y si el embarazo es producto de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de 12 semanas de gestación, extendiéndose dos semanas más en el caso de niñas menores de 14 años.



-----  
*La ley 20.08496 creó el “Sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”. Esta ley fija en 14 años la edad mínima de responsabilidad penal, establece las sanciones que pueden imponerse y el procedimiento aplicable.*  
-----

Aquella no es la única diferencia establecida en función de la edad de la persona gestante. Así, en el caso de las adolescentes de entre 14 y 18 años, basta con su solicitud -siempre que se trate de una de las causales admitidas- para practicar la interrupción del embarazo. En cambio, en el caso de las niñas menores de 14 años, además de su voluntad, debe requerirse la conformidad de su representante legal “o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno”, pero si éste no fuera localizado, se negare o a juicio del médico requerir tal autorización podría generar un riesgo grave de maltrato físico o psíquico u otras acciones que vulneren la integridad de la niña, esta podrá solicitar -con la asistencia de un integrante del equipo de salud- la intervención del juez para que constate la ocurrencia de la causal<sup>95</sup>. La ley contempla expresamente el deber del juez de oír a la niña antes de resolver.

En el caso de las adolescentes de 14 años en adelante, si bien no se requiere la conformidad de su representante legal, la ley dispone que el equipo de salud debe informarlo, a menos que ello implique un grave riesgo de maltrato psíquico o físico. En ese caso, se deberá informar a algún adulto responsable que la adolescente señale.

Además, en todos los casos de menores de 18 años en los que la IVE se practique por tratarse de una violación, los jefes de los establecimientos hospitalarios deberán efectuar la denuncia ante la fiscalía e informar de la situación al Servicio Nacional del Menores. En cuanto a los servicios de atención post aborto, la ley establece que la mujer tendrá derecho a contar con un programa de acompañamiento, que debe incluir acciones de acogida y apoyo biopsicosocial.

En definitiva, se advierte que si bien la ley del IVE no hace alusión

al interés superior de las niñas y adolescentes, contiene varias cláusulas que garantizan sus derechos a ser informadas y escuchadas, así como a decidir autónomamente sobre la interrupción del embarazo, aunque siempre limitado a las tres causales.

- **El sistema de responsabilidad penal adolescente**

La ley 20.084<sup>96</sup> creó el “Sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”. Esta ley fija en 14 años la edad mínima de responsabilidad penal, establece las sanciones que pueden imponerse y el procedimiento aplicable.

Se trata de una ley que en líneas generales se ajusta a los lineamientos que fijó el Comité en su Observación General sobre “Los derechos del niño en la justicia de menores”<sup>97</sup>. Así, dispone expresamente que “En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente”<sup>98</sup> y consagra como principio que la pena privativa de la libertad solo puede imponerse como último recurso<sup>99</sup>. También es destacable que, a diferencia de otros países de la región, dispone el control judicial de la ejecución de las sanciones y prohíbe expresamente medidas como la celda de aislamiento<sup>100</sup>, aunque se ha denunciado su utilización<sup>101</sup>.

Sin embargo, algunas de sus disposiciones resultan preocupantes. Así, se fija en 10 años la pena máxima privativa de la libertad<sup>102</sup>, plazo que no es compatible con la brevedad que debiera tener este tipo de medida, tal como lo ha hecho notar la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos<sup>103</sup>. Del mismo modo, si bien la ley reconoce el principio de justicia especializada, flexibiliza su alcance pues admite que pueda intervenir cualquier fiscal, defensor o juez con competencia penal “si por circunstancias derivadas del sistema de distribución del trabajo, ello fuere necesario”<sup>104</sup>.

Por último, se admite que si el imputado o condenado cumpliera 18 años mientras está privado de su libertad,

se lo traslade a un régimen penitenciario de adultos<sup>105</sup>. Aunque esta medida no es automática y reconoce excepciones, debe recordarse que el Comité ha indicado que quienes se encuentran en esta situación “Deberían poder permanecer en el centro de menores si ello coincide con el interés superior del niño y no atenta contra el interés superior de los niños de menor edad internados en el centro”<sup>106</sup>.

### 3. Recomendaciones

La revisión que hemos efectuado pone de resalto que la falta de una ley de protección integral de los derechos de los NNyA no alcanza a ser subsanada por las sucesivas reformas parciales del Código Civil o por algunas leyes especiales sancionadas en los últimos años, pues ninguna de estas reformas tiene la transversalidad y el alcance que reclama la Convención. Fiel reflejo de ello es que el interés superior del niño solo está reconocido en algunas disposiciones del Código Civil, en la Ley de Adopciones, en la Ley de Tribunales de Familia y en la ley de responsabilidad penal juvenil. Del mismo modo, leyes cruciales -como la Ley de General Educación o la “Ley de derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud”- contienen muy pocas previsiones de derechos para los NNyA. En definitiva, resulta ineludible la aprobación de una ley general que recepte los derechos y principios previstos en la Convención, garantizando su aplicación a todos los ámbitos de la vida de los NNyA. Del mismo modo, es indispensable derogar la “Ley de Menores”, cuyo enfoque tutelar sobre la niñez no resulta compatible con la Convención.

Independientemente de ello, algunas disposiciones del Código Civil también deberían ser revisadas. Así, debería elevarse la edad mínima para contraer matrimonio a 18 años -sin admitirse excepciones-, revisarse algunas disposiciones relativas al derecho a la identidad -como las referidas al reconocimiento de la posesión de estado por sobre las pruebas biológicas- y derogarse la facultad de los padres de “corregir” a sus hijos.

En cuanto a la inscripción de nacimientos, como vimos, se registran prácticas discriminatorias con los niños nacidos en territorio chileno pero cuyos padres están en una situación migratoria irregular, impidiéndoseles acceder a la nacionalidad chilena hasta que cumplan 21 años. Esta normativa debe ser modificada, de

conformidad con el derecho a la nacionalidad y no discriminación, previstos en la Convención sobre los derechos del niño, y también con las obligaciones que imponen las convenciones sobre apatridia a las cuales Chile recientemente adhirió.

En materia del derecho a la salud es indispensable reformar la ley 20.584, reconociendo sin ambages el derecho de los NNyA a ser informados sobre su salud, así como a ser oídos y a decidir sobre su tratamiento, de acuerdo a su desarrollo progresivo. El derecho a la confidencialidad también debe ser mejor contemplado, no solo en esa norma, sino en la ley 20.418<sup>107</sup>, tal como se efectuara en la reciente ley de interrupción voluntaria del embarazo con causales.

En el ámbito laboral, sería conveniente prohibir claramente el trabajo nocturno de los menores de 18 años, independientemente de la actividad que desempeñen, e incluso elevar la edad mínima de admisión al empleo, de conformidad con el período establecido de educación obligatoria.

Justamente, la legislación sobre el derecho a la educación se aprecia adecuada a los estándares de la Convención, aunque resulta necesario mejorar las normas dirigidas a garantizar el derecho de los NNyA a participar de la gestión educativa. Asimismo, también es conveniente ampliar el reconocimiento de derechos a los niños pertenecientes a comunidades indígenas, garantizando claramente su derecho no solo a aprender su lengua, sino también a conocer mejor su historia y cultura.

Asimismo, es ineludible derogar el artículo 365 del Código Penal, pues bajo el prisma de la Convención -y del derecho internacional de los derechos humanos- no es admisible discriminar entre relaciones homosexuales y heterosexuales para establecer la edad mínima de consentimiento sexual<sup>108</sup>.

Finalmente, en relación a los jóvenes en conflicto con la ley penal, debiera garantizarse el principio de especialidad sin excepciones y reducirse la pena máxima prevista en ese sistema, tal como lo reclamara la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.



### Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 Art. 5, segundo párrafo, de la Constitución Política: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Esta última oración fue introducida por la ley de Reforma Constitucional N° 18.825. Debe apuntarse que una reforma constitucional posterior -ya realizada en tiempos plenamente democráticos- intensificó el debate, al atribuir al Tribunal Constitucional la facultad de “Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso” (art. 93 inc. 3, modificado por la ley de Reforma Constitucional N° 20.050).
- 5 Para un detallado análisis de la cuestión, véase Nash Rojas, Claudio, Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2012. También Viera-Gallo Quesney, José Antonio y Lübbert Álvarez, Valeria, “Los tratados sobre derechos humanos en la jurisprudencia chilena”, Revista de Estudios Internacionales, nro. 171, año 2012, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile.
- 6 Especialmente en su Sala Penal. Ver SCS Rol N° 4691-07, 29.01.2009.
- 7 Sentencia rol N° 1288-08 del Tribunal Constitucional.
- 8 Ver Nogueira Alcalá, Humberto: “Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia Rol N° 786-2007 del Tribunal Constitucional”, en Revista Estudios Constitucionales, año 5, N° 2, 2007, pp. 47-466. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050219>
- 9 CRC/C/CHL/CO/4-5 (2015); CRC/C/CHL/CO/3 (2007) y CRC/C/15/Add.173 (2002).
- 10 Ley 16.618.
- 11 El Departamento Policial de Infancia y Adolescencia y la Prefectura de Familia e Infancia, entre otras competencias, están a cargo de “Recoger a los menores en situación irregular con necesidad de asistencia o protección” (art. 15 Ley 16.618).
- 12 El art. 29 dispone que “En los casos de la presente ley, el Juez de Letras de Menores podrá aplicar alguna o algunas de las medidas siguientes: 1º) Devolver el menor a sus padres, guardadores o personas a cuyo cargo estuviere, previa amonestación; 2º) Someterlo al régimen de libertad vigilada, lo que se efectuará en la forma que determine el reglamento; 3º) Confiarlo, por el tiempo que estime necesario, a los establecimientos especiales de educación que esta ley señala, y 4º) Confiarlo al cuidado de alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, y que el juez considere capacitada para dirigir su educación.”
- 13 Son de especial importancia las leyes 19.585 (1998) y 20.680 (2013).
- 14 Ley 19.968. En esta ley se introdujo el principio de interés superior del niño y el derecho a ser oído, entre otros.
- 15 Art. 222, segundo párrafo: “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.”
- 16 Art. 242, segundo párrafo: “En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.”
- 17 El art. 225 establece que “Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida” y que “cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos”. A su vez, el art. 229 también se refiere al “interés superior del niño” en la disposición del régimen de visitas. Finalmente, el art. 226 dispone que “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2. Todos estos artículos fueron reformados por la ley 20.680.
- 18 Art. 16 Ley 19.968.
- 19 CRC/C/CHL/CO/4-5.
- 20 Comité de los derechos del niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).
- 21 Ibid.
- 22 En el mismo sentido, el artículo 19 de la Ley 19.968 dispone que “En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados. El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación...”.
- 23 Corte IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24/02/2012.
- 24 Ley 19.620. A la fecha de finalización de este informe, estaba en trámite una reforma sustantiva a esta ley en el Congreso Nacional.
- 25 Art. 1 Ley 19.620: “La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el



- afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.”
- 26 Art. 3 Ley 19.620. Este artículo también prevé que si se trata de un “menor adulto”, es necesario su consentimiento para disponer la adopción, aunque admite que en caso de negativa igualmente se avance con el procedimiento con fundamento en su interés superior.
- 27 CMW/C/CHL/CO/1, párr. 33. La preocupación fue compartida por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer tras examinar los informes periódicos quinto y sexto combinados de Chile (CEDAW/C/CHL/CO/5-6, párr. 26) y Comité de los Derechos del Niño (CRC/C/CHL/CO/4-5, párr. 32).
- 28 Decreto Supremo 5142, art. 10.
- 29 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 128.
- 30 Al respecto, el Comité de Derechos Humanos emitió una Observación General sobre el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -donde primero se estableció el derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad-, afirmando que “Si bien esta disposición responde al objetivo de evitar que un niño reciba menos protección por parte de la sociedad y del Estado como consecuencia de su condición de apátrida, no necesariamente impone a los Estados la obligación de otorgar su nacionalidad a todo niño nacido en su territorio. Sin embargo, los Estados están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas, tanto en el plano nacional como en cooperación con otros Estados, para garantizar que todo niño tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento. A este respecto, no se admite ninguna discriminación, en la legislación interna, con respecto a la adquisición de la nacionalidad, entre los hijos legítimos y los extra-matrimoniales o de padres apátridas o por causa de la nacionalidad de uno de los padres o de ambos padres” (Comité de Derechos Humanos, Observación general 17, 1989, HRI/GEN/1/Rev.7, párrafo 8).
- 31 Art. 33 CC: “La ley considera iguales a todos los hijos”.
- 32 Art. 17.5 CADH: “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.
- 33 Según señala René Ramos Pazos, “En materia de investigación de la paternidad el Código Civil en sus orígenes, no la permitía. Solo con la ley 5.750 del año 1935, la aceptó para los efectos de que el hijo ilegítimo pudiera reclamar alimentos a su padre. Posteriormente, la ley 10.271 -año 1952- la autorizó para obtener la calidad de hijo natural, pero en forma tan limitada que resultaba casi ilusoria”. Ramos Pazos, René, “Análisis crítico de la ley n° 19.585, Revista de Derecho, Vol. X, diciembre 1999, Universidad Austral, pp. 125-134.
- 34 Art. 199, párrafo segundo: “La negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configura una presunción grave en su contra, que el juez apreciará en los términos del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil”.
- 35 Artículo 201. “La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras. Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico.”
- 36 De hecho, el Código Procesal Penal chileno faculta directamente al fiscal a tomar este tipo de medidas de prueba (art. 198, 199 y 199 bis CPP).
- 37 Art. 182 CC.
- 38 Noruega CRC/C/15/Add.23, párrafo 10. Véase también Dinamarca CRC/C/15/ Add.33, párrafo 10. Ver también los comentarios realizados sobre la legislación argentina en este mismo informe.
- 39 Ley 21.120/2018.
- 40 Ley 19.620. Se recuerda que a la fecha de finalización de este informe, estaba en trámite una reforma sustantiva a esta ley en el Congreso Nacional.
- 41 Art. 68 Ley 19.968.
- 42 Puntualmente se prevén medidas como “d) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes; e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido; f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común; g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurren al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos. h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud, e i) La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección” (art. 71 Ley 19.968). Como puede apreciarse, las dos últimas medidas responden más al paradigma de la situación irregular que al de la protección integral. Fiel reflejo de la persistencia del paradigma de la situación irregular es que en el mismo artículo se ha tenido que aclarar que “En ningún caso, podrá ordenarse como medida de protección el ingreso de un niño, niña o adolescente a un establecimiento penitenciario para adultos.”
- 43 Art. 74 Ley 19.968.
- 44 Ley 19.620. Se recuerda que a la fecha de finalización de este informe, estaba en trámite una reforma sustantiva a esta ley en el Congreso Nacional.
- 45 Art. 12 Ley 19.620.
- 46 Art. 12 inc. 1 Ley 19.620. Debe advertirse que este artículo es complementario del art. 226 del Código Civil, que establece que “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes”. A su vez, el art. 42 de la ley 16.618 -modificada por la ley 19.585- brinda una lista no taxativa de casos en los que se entenderá “que uno o ambos

- padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral”.
- 47 “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”, A/RES/64/142, párr. 46.
- 48 Ver al respecto, por caso, el capítulo de Colombia en este mismo informe.
- 49 Art. 38 Ley 19.620. Se establece además un plazo de prescripción muy breve, de apenas 4 años, desde que la persona adoptada tomó conocimiento de las circunstancias fraudulentas.
- 50 Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, A/HRC/34/55, párr. 66. También el Comité ha observado que la participación de instituciones privadas “aumenta el riesgo de que se obtengan beneficios materiales indebidos y se realicen otras prácticas, como la venta de niños para su adopción” (CRC/C/COL/CO/4-5, 06/03/2015, párr. 35.B).
- 51 Art. 234 Código Civil, modificado por la ley 19.585.
- 52 CRC/C/CHL/CO/4-5, párr. 44.
- 53 Ley 21013, sancionada en 2017. Con esta norma se modificó el Código Penal, cuyo art. 403 ahora establece que “El que, de manera relevante, maltratare corporalmente a un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, a una persona adulta mayor o a una persona en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422 será sancionado con prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad. El que teniendo un deber especial de cuidado o protección respecto de alguna de las personas referidas en el inciso primero, la maltratare corporalmente de manera relevante o no impidiere su maltrato debiendo hacerlo, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho fuere constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste”. En tanto que el art. 403 te. dispone: “El que sometiere a una de las personas referidas en los incisos primero y segundo del artículo 403 bis a un trato degradante, menoscabando gravemente su dignidad, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo”.
- 54 Art. 62 Ley 16.618, reformado por Ley 19.324. Ver también art. 66 que obliga a los maestros y personas encargadas de la educación, así como a ciertos funcionarios públicos, a denunciar el maltrato a NNyA del que tomaren conocimiento.
- 55 Ley 20536.
- 56 Es decir que si la relación es entre de un niño/a de 13 años y otro/a de 14 o 15, éste no es punible (Ley 20.084, art. 4).
- 57 Art. 365 CP.
- 58 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 40.
- 59 Ley 20.507.
- 60 Ley 20594. La inhabilitación es perpetua si las víctimas son menores de 14 años y temporal si son mayores de edad, pero menores de 18 años de edad.
- 61 Art. 107 Código Civil: “Art. 107. Los que no hubieren cumplido dieciocho años no podrán casarse sin el consentimiento expreso de sus padres; si faltare uno de ellos, el del otro padre o madre; o a falta de ambos, el del ascendiente o de los ascendientes de grado más próximo. En igualdad de votos contrarios preferirá el favorable al matrimonio.”
- 62 Art. 5 inc. 3 Ley 19947.
- 63 CRC/C/CHL/CO/4-5, párr. 23.
- 64 Excepto para participar en espectáculos de teatro, cine, radio, televisión, circo u otras actividades similares, para lo cual deben contar con permiso de sus padres y de un Tribunal de Familia. Código del Trabajo, art. 16.
- 65 Se agregar que “En estos casos, las labores no deberán dificultar su asistencia regular a clases y su participación en programas educativos o de formación. Los menores de dieciocho años que se encuentren actualmente cursando su Enseñanza Básica o Media no podrán desarrollar labores por más de treinta horas semanales durante el período escolar”. Código del Trabajo, art. 13.
- 66 Art. 18 Código del Trabajo, modificado por la ley 20.539.
- 67 Art. 62 inc. 3, Ley 16.618.
- 68 Ver Convenios núm. 79 (trabajos no industriales, 1946) y núm. 90 (trabajos industriales, 1948) de la OIT, que establecen que los niños menores de 14 años o que reciban una educación a tiempo completo deben disponer de un período de 14 horas para descansar, incluyendo el período entre las 8 de la tarde y las 8 de la mañana (artículo 2.1 del Convenio núm. 79); todas las personas menores de 16 años deben disponer de 12 horas de descanso (artículo 3 del Convenio núm. 79 y artículo 2 del Convenio núm. 90), y las personas entre 16 y 18 años al menos de siete horas (artículo 2 del Convenio núm. 90). Debe apuntarse que, en el caso de los trabajos industriales, la legislación de Chile se aparta de estos principios en relación a los mayores de 15 años, pero menores de 15, que deben tener al menos una hora más de descanso.
- 69 Ver en este informe, en especial, el capítulo referido a Bolivia.
- 70 Art. 19 inc. 10 Constitución Política de la República de Chile.
- 71 Ley General de Educación, nro. Ley 20.370, art. 28.m: “En el caso de establecimientos educacionales con alto porcentaje de alumnos indígenas se considerará, además, como objetivo general, que los alumnos y alumnas desarrollen los aprendizajes que les permiten comprender y expresar mensajes simples en lengua indígena reconociendo su historia y conocimientos de origen”. Una redacción similar puede verse en el art. 29.
- 72 Ley 20.370, arts. 3.G y 15. Además, el decreto 24 de 2005 establece que la participación de los estudiantes será efectuada a través del presidente del centro de alumnos, en caso de que exista en la institución educativa de que se trate. Por ello, si el centro de estudiantes no está organizado, no hay participación de los alumnos en el Consejo Escolar.
- 73 Comité de los Derechos del Niño, Observación general 1, 2001, CRC/GC/2001/1, párrafo 8.
- 74 Art. 1 Ley 20.584.
- 75 El art. 1447 del Código Civil dispone: “Art. 1447. Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Pero la incapacidad de las personas a



- que se refiere este inciso no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respetos, determinados por las leyes".
- 76 Art. 17 Ley 20.584.
- 77 En cualquier caso, debe advertirse que en las Orientaciones generales para los informes periódicos, el Comité indica a los Estados que deben proveer información sobre la edad mínima para el tratamiento médico o las intervenciones quirúrgicas sin el consentimiento de los padres (párrafo 24).
- 78 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 39.
- 79 Véase, por todos, la Observación General nro. 12 del Comité, sobre derecho del niño a ser oído, donde con toda contundencia se afirma que el "El derecho al asesoramiento y consejo es distinto del derecho a otorgar consentimiento médico y no se debe someter a ninguna limitación de edad". CRC/C/GC/12, párr. 101.
- 80 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 8.
- 81 Observación General N° 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, CRC/C/GC/15, párr. 31.
- 82 CRC, Observación General nro. 3, "El VIH/SIDA y los derechos del niño".
- 83 Ciclo de 4 años, con alumnos típicamente de 14 a 18 años de edad.
- 84 Ley 20.418, art. 1.
- 85 Ver al respecto, por ejemplo, el capítulo sobre Argentina en este mismo informe.
- 86 Ley 20.418, art. 1.
- 87 Consagrado en el art. 3 de la misma ley: "Toda persona tiene derecho a la confidencialidad y privacidad sobre sus opciones y conductas sexuales, así como sobre los métodos y terapias que elija para la regulación o planificación de su vida sexual".
- 88 Ley 20.418, art. 2.
- 89 Debe remarcar que el texto, literalmente, hace referencia a "la menor", en género femenino, de lo que podría colegirse que esta clase de medicamentos no se entregan a los menores de 14 años varones. Si bien se entiende que los anticonceptivos de emergencia remiten a métodos de utilización directa en el cuerpo de la mujer, no por ello resulta razonable denegar su entrega a niños que pueden estar requiriendo asistencia para su pareja o amiga e imponer a las niñas la carga de recurrir por sí solas a los establecimientos médicos. En su Observación General N° 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, el Comité indicó que "Todos los programas y políticas que afecten a la salud del niño deben fundarse en un enfoque amplio inspirado en la igualdad de género" y en "el reconocimiento de la igualdad de derechos en el ámbito de la salud sexual y reproductiva". Y más específicamente, indicó que "Debe prestarse atención a garantizar a las mujeres casadas y solteras y a los adolescentes varones el acceso confidencial y universal a los bienes y servicios" de la planificación familiar y que "Los métodos anticonceptivos a corto plazo, como los preservativos, los métodos hormonales y los anticonceptivos de emergencia, deben estar a disposición inmediata de los adolescentes sexualmente activos" (CRC/C/GC/15, párr. 10, 69 y 70). En síntesis, esta discriminación por razones de género no resulta compatible con la Convención.
- 90 CRC, Observación General nro. 3, "El VIH/SIDA y los derechos del niño".
- 91 Ley 20.418, art. 5.
- 92 Observación General N° 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, CRC/C/GC/15, párr. 25.
- 93 Ley 21.030.
- 94 CRC/C/CHL/CO/4-5 (2015), párr. 61.
- 95 Art. 1 ley 21.030.
- 96 Sancionada en 2005.
- 97 Observación General nro. 10 (2007), CRC/C/GC/10.
- 98 Art. 2.
- 99 Art. 26. "La privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso. En ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza".
- 100 Art. 45, que prohíbe expresamente "aplicar medidas disciplinarias que constituyan castigos corporales, encierro en celda oscura y penas de aislamiento o de celda solitaria".
- 101 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Informe "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas", 2011, OEA/Ser.L/V/II, párr. 559 y 563.
- 102 Art. 18.
- 103 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Informe "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas", 2011, OEA/Ser.L/V/II, párr. 369.
- 104 Art. 29.
- 105 Art. 56.
- 106 Observación General nro. 10 (2007), CRC/C/GC/10, párr. 86.
- 107 "Ley de información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad".
- 108 Ver nota al pie nro. 78.



# COLOMBIA



© UNICEF Colombia/2017/J. Mejía

## 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República de Colombia

La Convención sobre los Derechos del Niño tiene jerarquía constitucional desde 1991<sup>4</sup>. Además, la Constitución Política de Colombia (CPC) contiene tres artículos específicamente referidos a los derechos de los NNA. En el art. 44 se indican sus derechos fundamentales, se remite a los tratados internacionales ratificados por el Estado y se establece su prevalencia sobre los derechos de los adultos<sup>5</sup>, en tanto que en el art. 45 se refiere expresamente al derecho de los adolescentes a la protección y formación integral, y a participar activamente en los organismos relacionados a la juventud<sup>6</sup>. Asimismo,

Instrumento	
CDN	Jerarquía constitucional.
Reservas	Colombia hizo dos reservas sobre el art. 38 -al firmar y al ratificar la Convención-, indicando que interpreta que la edad mínima para intervenir en conflictos armados y para ser reclutado por las Fuerzas Armadas es de 18 años de edad.
Declaraciones	No hizo.
PF 1 <sup>1</sup>	Ratificado en 2005. Efectuó una declaración indicando que, de acuerdo a las leyes internas, las Fuerzas Armadas no reclutan menores de edad y refiriendo otras regulaciones internas en relación al acceso a la educación superior de quienes cumplen 18 años de edad y son reclutados.
PF 2 <sup>2</sup>	Ratificado en 2003.
PF 3 <sup>3</sup>	Aún sin firmar.

*La Convención sobre los Derechos del Niño tiene jerarquía constitucional desde 1991. Además, la Constitución Política de Colombia (CPC) contiene tres artículos específicamente referidos a los derechos de los NNyA.*

el art. 50 garantiza la atención gratuita de la salud de los niños menores de un año<sup>7</sup>, disposición que no puede más que criticarse por su estrecho límite etario.

La Constitución tiene algunos artículos más que contienen referencias relevantes a los derechos de los NNyA. En especial debe destacarse el art. 42, referido a la protección integral de la familia, donde se establece la igualdad entre “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica”, así como el deber de sus padres de “sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”. Este artículo también se refiere a la edad y capacidad para contraer matrimonio, sin fijar límite constitucional alguno, remitiendo tales cuestiones a la ley civil<sup>8</sup>.

A su vez el art. 67, referido al derecho a la educación, establece que esta “será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica”. Sin embargo, este artículo consagra una gratuidad limitada en las instituciones del Estado, pues se reconoce la posibilidad de cobrar “derechos académicos a quienes puedan sufragarlos”<sup>9</sup>. Debe

advertirse que la Convención reclama que la enseñanza primaria y secundaria sean gratuitas<sup>10</sup>, por lo que resulta preocupante que en la Constitución no se haya expresamente restringido la posibilidad de cobro a la educación terciaria o superior.

En el artículo siguiente, en cambio, se aprecian una serie de disposiciones directamente relacionadas con el propósito de la educación establecido en el art. 29 de la Convención. Así, se establece que “los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores”, que “en los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa” y que “los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural”<sup>11</sup>.

Finalmente, el art. 53 indica que el Congreso debe expedir el “estatuto del trabajo”, para lo cual deberá seguir ciertos principios fundamentales, entre los que se destaca la “protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”.

## 2. El “Código de la Infancia y la Adolescencia” y otras leyes relacionadas a los derechos de los NNyA

En 2006 Colombia sancionó la ley 1098, por la cual se expidió el “Código de la Infancia y la Adolescencia” (CIA). Hasta entonces no había ninguna norma general que comprendiera los derechos de los NNyA siguiendo la Convención sobre Derechos del Niño, es decir, una ley especial para la niñez inspirada en el paradigma de la protección integral. Por el contrario, casi en paralelo con la aprobación de la Convención, en 1989 Colombia había sancionado el “Código del Menor”<sup>12</sup>, norma que -como ya lo sugiere su nombre- respondía al paradigma tutelar.

El Código es un extenso cuerpo normativo, organizado en tres libros. El primero, titulado “la protección integral”, contiene el núcleo de derechos, garantías y las medidas para su protección y restablecimiento ante su vulneración. El segundo libro se refiere al sistema de responsabilidad penal para adolescentes y a los procedimientos especiales que se deben seguir cuando los NNyA resulten víctimas de delitos. El tercer libro se refiere a los organismos del sistema de protección. De acuerdo al alcance de este informe, nos centraremos especialmente en el primer libro.

Debe destacarse que si bien el Código de la Infancia y Adolescencia introdujo algunos conceptos de avanzada sobre los derechos de los NNyA, se han mantenido vigentes otras normas contradictorias, especialmente ciertos artículos del Código Civil, afirmándose que se trata de normas o conceptos “complementarios”. Esto es muy problemático pues el Código Civil colombiano fue sancionado en 1873<sup>13</sup> y, más allá de las reformas parciales

que se le efectuaron, es tributario de la mirada de los niños y adolescentes como “menores”, objeto del derecho y atribuciones de sus padres, en vez de reconocerlos como sujetos autónomos de derecho.

Así, el Código de la Infancia y Adolescencia introdujo el concepto de responsabilidad parental, pero como “complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil”<sup>14</sup>. El Código Civil, en tanto, continúa con las diferencias tradicionales de los códigos latinoamericanos de la época entre hijos “legítimos” e “ilegítimos” y define a la patria potestad como “el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”<sup>15</sup>.

### • El principio de interés superior de los NNyA

De conformidad con el art. 44 de la CPC, el Código establece que sus disposiciones son de orden público, irrenunciables y de aplicación preferente frente a las establecidas en otras leyes<sup>16</sup>, debiendo aplicarse siempre “la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”<sup>17</sup>. Sin embargo, a diferencia de la legislación de otros países, el Código colombiano no contiene una enunciación más precisa del interés superior del niño o mecanismos para su determinación en concreto, pues se limita a brindar una definición circular, en tanto se establece que “se entiende por interés superior (...) el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”<sup>18</sup>. En consecuencia, resultaría saludable que, de acuerdo al criterio del Comité,

*En cuanto a la identidad de género, un decreto sancionado en 2015 solo permite adecuar la inscripción y el nombre al género auto-percibido de la persona a partir de la mayoría de edad<sup>31</sup>, sin atender a la situación de los NNyA.*



se indique que para determinar el interés superior se tendrá en cuenta la opinión de los NNyA<sup>19</sup>.

También se advierte cierta ambigüedad entre esas disposiciones generales sobre el alcance y aplicación de los derechos reconocidos en el Código y la situación de los NNyA de los pueblos indígenas. Así, mientras se define que son titulares de los derechos enunciados en el Código “todas las personas menores de 18 años”, se aclara que en el “en el caso de los pueblos indígenas, la capacidad para el ejercicio de derechos se regirá por sus propios sistemas normativos”<sup>20</sup>. Del mismo modo, el art. 13 establece que “Los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos gozarán de los derechos consagrados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de derechos humanos y el presente Código, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y organización social”. Si bien una interpretación razonable de estas cláusulas impone concluir que debe respetarse la autonomía de los pueblos indígenas -reconocida en la CPE- en la medida en que no se afecten los derechos de los NNyA reconocidos en el Código, no puede dejar de señalarse que la redacción escogida en estos artículos ofrece un margen excesivamente amplio para la relativización de esos derechos.

Asimismo, cabe destacar que el “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” suscrito entre el Estado colombiano y las FARC-EP, establece expresamente que “En la implementación de todo lo acordado se garantizará el interés superior de los niños, niñas y adolescentes así como sus derechos y su prevalencia sobre los derechos de los demás”<sup>21</sup>.

## • El derecho a la identidad

En relación a este derecho fundamental, el Código sigue una fórmula muy similar al art. 8 de la Convención, pues establece que “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen, como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley”<sup>22</sup>. Asimismo, se agrega que “Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia”. Esta incorporación es muy valiosa, pues si bien amplía los elementos de la identidad enunciados en el artículo 8 de la Convención, resulta plenamente compatible con otros artículos de la Convención que también deben tomarse en cuenta

-como los arts. 20<sup>23</sup> y 30<sup>24</sup>-, a luz del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos.

Además, se establece que los niños “deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento en el registro del estado civil”<sup>25</sup>, de manera gratuita<sup>26</sup>. Para reforzar este derecho tan importante, se dispuso que los directivos y docentes de los establecimientos educativos deben verificar que los NNyA estén inscritos en el Registro Civil<sup>27</sup>, aunque su falta de inscripción no puede dificultar su escolarización. Del mismo modo, en cada ocasión que deba intervenir un organismo público para restablecer algún derecho de un NNyA, debe verificar que esté inscrito en el Registro Civil<sup>28</sup>.

Es llamativo que el Código establece la posibilidad de solicitar al Registro Civil, por medio del Defensor de Familia, la modificación de la inscripción si dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos “se prueba que el nombre y sus apellidos no corresponden a la realidad de su estado civil y a su origen biológico, sin necesidad de acudir a la jurisdicción de familia”<sup>29</sup>. El hecho de que se evite la judicialización, en principio, puede resultar una medida valiosa para hacer efectivo el deber estatal de prestar asistencia y protección para “restablecer rápidamente” la identidad -tal como exige el inc. 2 del art. 8 de la Convención<sup>30</sup>-. Sin embargo, es indispensable que en ese proceso administrativo se garantice la intervención y el derecho de defensa de las personas que alegan o niegan tener vínculo con los NNyA, así como de los propios niños, pues la determinación de la filiación no puede reducirse a un procedimiento mecánico. Un procedimiento que no garantice estos derechos corre el riesgo de servir tanto para la determinación como la violación del derecho a la identidad. Lamentablemente, en el Código no existen precisiones sobre las reglas que debe seguirse en estos casos.

En cuanto a la identidad de género, un decreto sancionado en 2015 solo permite adecuar la inscripción y el nombre al género auto-percibido de la persona a partir de la mayoría de edad<sup>31</sup>, sin atender a la situación de los NNyA. Debe recordarse que la Corte IDH ha afirmado que el derecho a la identidad de género ampara “a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida” y que “debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del



*El Código prohíbe ubicar a niños en hogares de paso por más de ocho días hábiles y en hogares sustitutos por más de un año, en tanto que define a la adopción como una medida de protección. Sin embargo, nuevamente se advierte que se ha optado por otorgarle a todo este procedimiento un carácter marcadamente administrativo, definiendo al “Instituto Colombiano de Bienestar Familiar” como la “autoridad central en materia de adopción”.*

niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación”<sup>32</sup>.

Finalmente, debe destacarse una situación muy problemática en relación a los hijos de extranjeros que nacen en territorio colombiano. Si bien se permite su inscripción en el Registro Civil, estas niñas y niños solo pueden acceder a la nacionalidad colombiana si se acredita que al menos uno de los padres tiene residencia legal en Colombia. Estas circunstancias -especialmente el temor acerca de que las autoridades indaguen sobre la situación migratoria de los padres- puede funcionar como un fuerte desincentivo para que concreten la inscripción.

Además, el hecho mismo de denegar la nacionalidad a las niñas y niños nacidos en el país por el hecho de que sus padres no tengan residencia legal puede implicar una violación al artículo 7 de la Convención. Este artículo establece que las niñas y niños tendrán derecho desde que nacen “a adquirir una nacionalidad”, aclarándose que “Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”<sup>33</sup>.

Existe consenso en torno a que la expresión “derecho a adquirir una nacionalidad” procede del artículo 24.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha dicho que “si bien esta disposición responde al objetivo de evitar que un niño reciba menos protección por parte de la sociedad y del Estado como consecuencia

de su condición de apátrida, no necesariamente impone a los Estados la obligación de otorgar su nacionalidad a todo niño nacido en su territorio. Sin embargo, los Estados están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas, tanto en el plano nacional como en cooperación con otros Estados, para garantizar que todo niño tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento”<sup>34</sup>.

Con más contundencia, al expedirse sobre un caso referido a la República Dominicana, la Corte IDH remarcó que aunque “la determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados (...), su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados”, por lo que “en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, dicha facultad de los Estados está limitada, por un lado, por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia”<sup>35</sup>.

En definitiva, legislación actualmente vigente en Colombia no se ajusta a ese estándar, especialmente considerando que la ley no prevé ningún mecanismo de nacionalización para aquellas niñas y niños que no pueden adquirir la nacionalidad de sus padres en virtud de las leyes de los Estados de los que son nacionales o por dificultades materiales<sup>36</sup>.

## • El derecho a la familia

El Código reconoce que “los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser



expulsados de ella” y que “sólo podrán ser separados de la familia cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos”, prohibiéndose taxativamente que la condición económica de la familia sea el fundamento de la separación<sup>37</sup>.

De manera concordante, el Código prohíbe ubicar a niños en hogares de paso por más de ocho días hábiles<sup>38</sup> y en hogares sustitutos por más de un año<sup>39</sup>, en tanto que define a la adopción como una medida de protección<sup>40</sup>. Sin embargo, nuevamente se advierte que se ha optado por otorgarle a todo este procedimiento un carácter marcadamente administrativo, definiendo al “Instituto Colombiano de Bienestar Familiar” como la “autoridad central en materia de adopción”<sup>41</sup>. Si bien el énfasis en la vía administrativa puede ser una manera razonable de garantizar que las medidas de protección sean adoptadas a tiempo, y por un período adecuado, el artículo 9 de la Convención exige que existan suficientes mecanismos de revisión judicial y, una vez más, amplias posibilidades de intervención en ese proceso para todos los involucrados, incluyendo lógicamente a los niños y adolescentes<sup>42</sup>. Debe recordarse que, “de conformidad con la Convención, toda adopción requiere una investigación minuciosa, con informes pormenorizados, realizados por profesionales independientes, y cuyos destinatarios serán las autoridades competentes”<sup>43</sup>. Lamentablemente, no se observa que en el Código colombiano se hayan garantizado estos principios<sup>44</sup>.

En ese sentido, son preocupantes varias regulaciones del Código, como la referida a la acción de reclamación de estado, pues solo admite que sea promovida por el hijo adoptivo únicamente para demostrar que quienes pasaban por sus padres biológicos, al momento de la adopción, no lo eran en realidad<sup>45</sup>. Esto elimina toda posibilidad de que se cuestionen las adopciones fraudulentas o realizadas sin el debido consentimiento de alguno de los padres biológicos. A ello debe agregarse que el Código otorga prioridad en las adopciones a las familias que ya tienen, de hecho, a cargo al niño<sup>46</sup>, práctica que puede servir para legalizar el tráfico de niños. Del mismo modo, tal como ha advertido el Comité, no existe una prohibición clara de que las adopciones se canalicen por medio de casas o instituciones privadas, lo que “aumenta el riesgo de que se obtengan beneficios materiales indebidos y se realicen otras prácticas, como la venta de niños para su adopción”<sup>47</sup>. Es que si bien el Código tiene algunos resguardos positivos para evitar el tráfico -como por ejemplo prohibir que los padres biológicos

presten el consentimiento para la adopción con relación a adoptantes determinados<sup>48</sup> o prohibir todo tipo de pago o retribución para ellos<sup>49</sup>-, al habilitarse la adopción por parte de quienes, sin intervención previa de las instituciones del Estado, tienen a su cargo al niño puede convertir en letra muerta todos esos resguardos.

En relación a la adopción, debe destacarse que se ha otorgado un tratamiento especial a la situación de los NNyA de comunidades indígenas. Así, cuando los adoptantes sean de la misma comunidad, la adopción procederá “de acuerdo a sus usos y costumbres”, en tanto que si los adoptantes no pertenecen a la comunidad debe realizarse una consulta previa con esta, cuyas autoridades deben pronunciarse en favor de la adopción, aplicándose en lo demás las restantes reglas del Código en la materia<sup>50</sup>. Una vez más, encontramos un noble objetivo, que se inscribe en la línea de los artículos 20.3 y 30 de la Convención -que exigen prestar especial atención “a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico” y que se reconozca a los niños indígenas el derecho “en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”-, pero que carece de suficientes mecanismos de resguardo para verificar que la adopción realizada según los “usos y costumbres” de la comunidad indígena no sea contraria al interés superior del niño<sup>51</sup> y patentiza la ambigüedad que ya apuntamos en relación a la aplicación de los derechos reconocidos en el Código a los NNyA de los pueblos indígenas.

Por último, en lo referido a las medidas de protección en el ámbito familiar, es indispensable señalar que, en sus últimas observaciones finales sobre Colombia, el Comité expresó su preocupación por “la gran frecuencia de la violencia y los abusos en el hogar, que afectan especialmente a las niñas” y que “a causa de las deficiencias en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, los niños víctimas sean retirados de su familia, mientras que el agresor permanece en el hogar”<sup>52</sup>.

En ese sentido, si bien la posibilidad de separar al agresor del hogar familiar está prevista en la “Ley para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”<sup>53</sup>, podemos ver cierto desfase en el Código de la Infancia y Adolescencia, pues en su artículo 53 del Código se enuncian una serie de medida que la autoridad se encuentra facultada a tomar para restablecer los derechos de los NNyA, entre las que se destacan su retiro temporal de

la familia en la que se halla o la adopción, pero no contempla la separación del agresor del hogar. Si bien en el mismo artículo 53 se indica que las medias enunciadas no son taxativas, pues la autoridad puede aplicar las consagradas en otras disposiciones legales -como la ley 294- "o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes", a la luz de la observación del Comité, es recomendable contemplar expresamente la posibilidad de separar del hogar a la persona responsable de la violencia, a fin de enfatizar la aplicabilidad de esta medida.

### • El derecho a la protección contra toda forma de violencia

La prohibición de la imposición de castigos corporales no es suficientemente clara. Por un lado, el CIA establece que "En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos"<sup>54</sup> y que los NNyA "tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario"<sup>55</sup>.

Por el otro, el Código Civil aún dispone que "Los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente"<sup>56</sup>. Si bien la Corte Constitucional declaró que "en las sanciones que apliquen los padres y las personas encargadas del cuidado personal de los hijos estará excluida toda forma de violencia física o moral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12, 42 y 44 de la Constitución Política"<sup>57</sup>, lo cierto es que esta disposición del Código Civil es difícil de conciliar con la Convención o con el propio Código de la Infancia y Adolescencia.

En este sentido, en su última evaluación sobre Colombia, el Comité de los Derechos del Niño manifestó su profunda preocupación en virtud de "La información según la cual los castigos corporales siguen imponiéndose de forma generalizada y no están prohibidos explícitamente en todos los entornos, incluido el hogar"<sup>58</sup>.

Del mismo modo, si bien el Código establece que los directores de los



© UNICEF Colombia/2018-0553/V. Romero





centros educativos “no podrán imponer sanciones que conlleven maltrato físico o psicológico de los estudiantes a su cargo, o adoptar medidas que de alguna manera afecten su dignidad”<sup>59</sup>, es indispensable armonizar esta regla con otras leyes especiales, en particular con la Ley General de Educación, pues esta norma faculta a los rectores a imponer sanciones a los estudiantes, remitiéndose al “manual de convivencia” del establecimiento educativo de que se trate<sup>60</sup>, sin que exista una prohibición expresa del castigo corporal u otras sanciones violentas.

Asimismo, es ineludible señalar que, en sus últimas observaciones finales sobre Colombia, el Comité manifestó su preocupación porque “a pesar del compromiso público de las autoridades de la comunidad emberá de poner fin a la práctica de la mutilación genital femenina, dicha comunidad siga realizándola”<sup>61</sup>. Se advierte, una vez más, que el Código de Infancia y Adolescencia no es lo suficientemente enfático para prohibir de manera clara y contundente este tipo de prácticas, pues mientras establece que la familia debe “abstenerse de realizar todo acto y conducta que implique maltrato físico, sexual o psicológico” sobre los NNyA, a renglón seguido se indica que en los pueblos indígenas estas obligaciones “se establecerán de acuerdo con sus tradiciones y culturas”<sup>62</sup>. Aunque la misma norma aclara que estas tradiciones no pueden ser “contrarias a la Constitución Política, la ley y a los instrumentos internacionales de derechos humanos”, a la luz de la observación del Comité y del artículo 24.3 de la Convención<sup>63</sup>, resulta indispensable que prácticas como la mutilación genital femenina estén expresamente prohibidas y se impongan sanciones ante su realización.

También merece una especial mención la ley de “sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres”<sup>64</sup>. Si bien esta norma está enfocada en las mujeres adultas, también comprenden a las niñas y adolescentes, y a los niños cuando sus madres son víctimas de esta clase de violencia. Allí se estipula una larga lista de medidas que la autoridad pública puede adoptar en casos de violencia intrafamiliar, que van desde la ya apuntada separación del agresor del domicilio familiar hasta disponer sobre la guarda y custodia de los hijos e hijas -lo que luego deberá ser ratificado por la autoridad judicial- o “cualquiera otra medida necesaria para el cumplimiento de los objetivos” de la ley<sup>65</sup>. Sin embargo, llama la atención que en esta norma se haya omitido toda referencia a la consideración del interés

superior del niño a la hora de adoptar una medida que afecte a NNyA y su derecho a ser oído.

- **El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata**

De acuerdo con el Código Penal, la edad mínima para el consentimiento sexual es de 14 años<sup>66</sup>. Si bien este límite está establecido de modo muy claro y se ubica dentro de la tendencia regional en la materia, algunas cuestiones relacionadas merecen mayor atención.

En primer lugar, la penalidad prevista para quien mantenga relaciones o actos sexuales diversos del acceso carnal con una persona menor de 18 es sensiblemente inferior a las que se imponen a quien realiza esa misma clase de conductas por medio de violencia<sup>67</sup>, independientemente de la edad de la víctima. Así, mientras el acceso carnal violento se pena con prisión de 8 a 15 años<sup>68</sup>, el “acceso carnal abusivo con menor de catorce años”<sup>69</sup> tiene una pena de 4 a 8 años<sup>70</sup>. De este modo, pareciera que tácitamente el legislador disminuye las penas si las personas menores de 14 años no ofrecen resistencia al acto sexual o este no se realiza utilizando violencia física.

En segundo lugar, no se prevé una exclusión de punibilidad para los actos sexuales entre adolescentes de similar edad, por lo que los actos sexuales de adolescentes de 14 años con otro u otra apenas un año o unos meses inferior son punibles. Al respecto, debe recordarse que el Comité ha dicho que “Los Estados deben evitar que se criminalice a los adolescentes de edades similares por mantener relaciones sexuales objetivamente consensuadas y sin fines de explotación”<sup>71</sup>.

En tercer lugar, el Código Penal no contiene ningún tipo penal que aborde las relaciones entre adolescentes que superan la edad mínima del consentimiento sexual y adultos, independientemente de las circunstancias en que esta se realice.

En relación a la trata de personas, cabe destacar que su tipificación en líneas general sigue los criterios del Protocolo de Palermo. Adecuadamente, se ha previsto la irrelevancia del consentimiento de la víctima, no se exigen medios comisivos específicos y se prevén penalidades agravadas cuando las víctimas



*Es destacable la “Ley de prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente”. Esta norma no solo creó instituciones especialmente abocadas a tratar esta problemática, sino que impuso obligaciones específicas a los establecimientos de salud y educativos.*

son NNyA<sup>72</sup>. Sin embargo, esta tipificación se realizó sin revisar otras figuras históricamente previstas en el Código Penal, como las de inducción a la prostitución, proxenetismo con menor de edad, constreñimiento a la prostitución, estímulo a la prostitución de menores, entre otros, que en la práctica pueden implicar la subsunción de conductas que deberían ser abarcadas por la trata de personas, fijando una penalidad inferior<sup>73</sup>.

En relación con ello, también se encuentra penalizada la “demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad”, incluyendo penalidades agravadas para cuando la conducta sea cometida por un turista o sobre una persona menor de 14 años de edad<sup>74</sup>.

La tipificación en relación a las imágenes de abuso sexual infantil también resulta adecuada, aunque podrían ampliarse los verbos típicos de manera que no existan dudas acerca de la punibilidad de la reproducción de este tipo de imágenes, independientemente de su posesión o descarga por medios electrónicos<sup>75</sup>.

Precisamente, en relación las prácticas de abuso y explotación sexual relacionadas a las tecnologías de la información y la comunicación, es destacable que existe un tipo penal específico que criminaliza la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años<sup>76</sup>. Sin embargo, otras prácticas como el grooming o la sextorsion no han sido tipificadas.

Por otro lado, es destacable la “Ley de prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente”<sup>77</sup>. Esta norma no solo creó instituciones especialmente abocadas a tratar esta problemática, sino que impuso obligaciones

específicas a los establecimientos de salud y educativos. Así, estos últimos, sean públicos o privados, en los niveles de básica y media, deben “incluir elementos que contribuyan a la identificación temprana, prevención, autoprotección, detección y denuncia del abuso sexual de que puedan ser víctima, los educandos, dentro y fuera de los establecimientos educativos”<sup>78</sup>, en tanto que los establecimientos de nivel medio y superior deben incluir “cátedras de educación para la sexualidad”<sup>79</sup>. En todos los casos, los docentes están obligados a denunciar “toda conducta o indicio de violencia o abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes” del que tengan conocimiento.<sup>80</sup>

Finalmente, cabe señalar que el Código Civil continúa permitiendo que los niños y adolescentes contraigan matrimonio, si cuentan con el permiso expreso de sus padres o curador<sup>81</sup>, sin supervisión judicial alguna y fijando la edad mínima en 14 años para los varones y en 12 años para las mujeres<sup>82</sup>. Esto ha motivado la preocupación de Comité de los Derechos del Niño, que además señaló que el matrimonio infantil, en particular de las niñas, es muy corriente en Colombia<sup>83</sup>. Debe recordarse que, de acuerdo con la CDN, el matrimonio no debe ser admisible antes de los 18 años, sin excepciones. Además, fijar distintas edades según el género constituye una violación de la prohibición de discriminación, prevista tanto en la CDN como en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>84</sup>.

## • El derecho a la educación

Como vimos al inicio de este capítulo, la Constitución Política contiene una serie de definiciones relevantes, como la determinación de la enseñanza obligatoria, la prohibición de la



imposición de la educación religiosa o una ambigua consagración de la gratuidad. El Código de Infancia y Adolescencia no avanza mucho en este campo, que debe ser abordado analizando la “Ley General de Educación”<sup>85</sup>. Entre sus aspectos más destacados, cabe decir que esta norma contempla el derecho de los estudiantes a participar de la gestión académica de los centros educativos, a través de un representante en el Consejo Directivo de cada entidad educativa, el que se integra con el rector y representantes de los docentes, los padres, los ex alumnos y los sectores productivos<sup>86</sup>.

Debe recordarse que la Constitución establece que la educación es obligatoria hasta los quince años de edad y que “comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica”. La Ley General de Educación mantuvo el piso constitucional, sin extender la educación obligatoria, dejando por fuera a la educación media<sup>87</sup>. Si bien esta delimitación puede parecer algo estrecha, lo cierto es que la Convención solo exige que sea obligatoria la enseñanza primaria y reclama que los Estados fomenten la enseñanza secundaria, por lo que en reiteradas ocasiones el Comité ha sugerido que la enseñanza básica -enseñanza primaria más enseñanza secundaria- debería durar nueve años<sup>88</sup>.

- **El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil**

En este sentido, cobra relevancia la edad mínima para la admisión al empleo, que debe ser consistente con el tiempo de educación obligatoria. El Código de la Infancia y Adolescencia ha respetado ese criterio, pues la edad mínima para trabajar se fijó en los 15 años, en tanto que los adolescentes entre los 15 y 17 años deben contar con una autorización especial del Inspector de Trabajo<sup>89</sup>. En cualquier caso, no pueden realizar “el trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo es probable que pueda afectar la salud, la integridad y la seguridad o impedir el derecho a la educación” ni ninguna actividad incluida entre las peores formas del trabajo infantil, de acuerdo al Convenio 182 de la OIT<sup>90</sup>, ni trabajar después de las 18:00 hs. o más de 6 horas diarias<sup>91</sup>. El Código también indica que los NNyA deben ser protegidos contra “La explotación económica por parte de sus padres, representantes legales, quienes vivan con ellos, o cualquier otra persona” y “contra su utilización en la mendicidad”<sup>92</sup>,

aunque no se aprecia que se hayan contemplado mayores medidas para garantizar este derecho.

- **El sistema de responsabilidad penal adolescente**

Este sistema está previsto en la segunda parte del CIA. Allí se fija la edad mínima de responsabilidad penal en 14 años. La regla general es que se aplica el procedimiento penal previsto para los adultos, con excepción de las reglas especiales que se establecen en el mismo Código de la Infancia y Adolescencia o aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente<sup>93</sup>. A la luz del principio de especialidad, esta remisión al procedimiento de adultos enciende las alarmas y reclama un escrutinio riguroso. Debe recordarse que, al interpretar el artículo 40 de la Convención, el Comité ha indicado que exige “la adopción de un sistema orientado a la infancia que reconozca al niño como sujeto de derechos y libertades fundamentales, y recalque la necesidad de que en todas las medidas relativas a los niños la consideración primordial sea el interés superior del niño”<sup>94</sup>.

Algunas de las medidas que se han tomado en el Código para diferenciar el procedimiento aplicable a los adolescentes del que rige para los adultos son: i. Establecer que las audiencias son cerradas al público –“si el juez considera que la publicidad del procedimiento expone a un daño psicológico” al adolescente<sup>95</sup>-; ii. No están permitidos los acuerdos o negociaciones entre la fiscalía y la defensa -característicos del proceso adversarial-, dado que el procedimiento para adolescentes es de naturaleza pedagógica; iii. La sentencia no tiene carácter de antecedente judicial; iv. Además de los sujetos procesales previstos en el Código de Procedimiento Penal, participan el Defensor de Familia y el Ministerio Público; v. los jueces, fiscales y defensores son especiales para adolescentes.

En cuanto a las sanciones, los adolescentes entre 14 y 16 años que cometan delitos, sólo pueden ser sancionados con medidas alternativas que no impliquen privación de libertad, como la amonestación, la imposición de reglas de conducta, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida, la internación en medio semi-cerrado; salvo cuando cometan delitos de homicidio doloso, secuestro o extorsión, en cuyo caso podrán ser privados de libertad por un tiempo entre 2 y 8 años. Esta última regla se aplica también para adolescentes



© UNICEF Colombia/2018/J. Mejía

entre 16 y 18 años<sup>96</sup>. Debe advertirse, tal como lo ha hecho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que el plazo de 8 años no es compatible con el postulado de brevedad de la privación de la libertad aplicable a las personas menores de edad<sup>97</sup>.

Además de ese supuesto, los adolescentes mayores 16 y menores de 18 años, pueden ser privados de la libertad por delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de 6 años de prisión. En estos casos, la privación de libertad tendrá una duración de 1 hasta cinco 5 años<sup>98</sup>.

Entre los aspectos más cuestionables debe señalarse que el Código admite la detención preventiva no solo cuando existe riesgo de fuga o de entorpecimiento del proceso, sino también cuando haya "Peligro grave para la víctima, el denunciante, el testigo o la comunidad"<sup>99</sup>. Esta última referencia es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>100</sup> y remite a una cláusula similar prevista en el Código de Procedimiento Penal<sup>101</sup>, que fue reprochada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

De igual manera, la CIDH identificó que, en la práctica, en Colombia los adolescentes privados de su libertad sufren graves sanciones disciplinarias prohibidas como: el aislamiento en celdas oscuras, la incomunicación, la privación de alimentos, la privación de descanso nocturno, los castigos físicos, las sanciones colectivas y el trabajo a favor del establecimiento. Si bien algunas de estas sanciones están expresamente prohibidas en el Código -como los castigos físicos o el aislamiento<sup>102</sup>-, otras no están contempladas -como la privación del descanso nocturno-. Por ello, todas estas prácticas deben ser claramente prohibidas y además establecer sanciones administrativas y penales frente a su comisión, así como garantizar a los adolescentes la posibilidad de denunciarlas sin sufrir consecuencias.



### 3. Recomendaciones

De acuerdo a lo que se analizó en el punto anterior, hay dos cuestiones medulares del Código de la Infancia y Adolescencia que requieren una reelaboración: la determinación del interés superior del niño y, relacionado con ello, las ambiguas referencias a la aplicación -o no- de los derechos reconocidos en el Código a los NNyA de los pueblos indígenas. En ese sentido, es crucial enfatizar que la determinación del interés superior no puede realizarse sin escuchar a los niños y que la autonomía reconocida a los pueblos indígenas no puede implicar la violación de derechos fundamentales. Por ello, la práctica de la mutilación genital femenina, que parece persistir en una de las comunidades indígenas que habitan en Colombia, debería prohibirse expresamente.

Como vimos, el Código es prolífico en la regulación de las adopciones, pero también adolece de varios problemas. Los más importantes son que permite convertir las guardas de hecho en adopciones -lo que puede implicar legalizar el tráfico de niños- y que establece un proceso de adopción marcadamente administrativo, donde la instancia judicial se limita a una “homologación” de lo resuelto por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Por el contrario, no se ha reconocido prioridad para solicitar la adopción a la familia extensa o incluso a la perteneciente al mismo medio cultural -salvo a los colombianos por sobre los adoptantes internacionales-. Por ello, es crucial fortalecer la revisión judicial, garantizando a todos los interesados -incluyendo a los niños- la posibilidad de intervenir en el procedimiento y hacer valer sus intereses.

En esta materia, además de estas cuestiones y las que ya fueron señaladas en el acápite anterior, es indispensable reformar el art. 75 del Código, pues allí se establece “Todos los documentos y actuaciones administrativas o judiciales propios del proceso de adopción, serán reservados por el término de veinte años a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial”. Este plazo es excesivamente exiguo, especialmente considerando que Colombia admite la adopción internacional y ha ratificado el “Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”, que en su art. 30.1 impone a los Estados asegurar “la conservación de la información de la que dispongan relativa a, los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres así como la historia

médica del niño y de su familia”. Por ello, el art. 75 del Código debería reformarse, estableciendo un período de conservación de los expedientes de adopción sensiblemente superior.

Una mención especial merece el Código Civil. Como vimos, se trata de una norma sancionada hace casi un siglo y medio y que, más allá de algunas reformas, continúa teniendo artículos claramente incompatibles con la Convención, y con la propia Constitución colombiana, como la discriminación entre hijos legítimos e ilegítimos, la admisión del matrimonio de menores de 18 años o la referencias a la facultad de los padres de “corregir y sancionar” a sus hijos, sin prohibir los castigos corporales. En definitiva, los artículos del Código Civil referidos a los NNyA requieren una revisión integral, a fin de armonizarlos con la Convención y con el Código de la Infancia y la Adolescencia.

En cuanto al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, es imprescindible reformar las disposiciones sobre detención preventiva -contemplando expresamente medidas alternativas y excluyendo al “peligro para la comunidad” como causa-, así como reducir el plazo máximo de la pena privativa de libertad que se puede imponer y establecer un reglamento claro de sanciones durante la privación de la libertad, que prohíba y penalice las prácticas como la privación de alimentos o del descanso nocturno -y otras detectadas por la CIDH, a la vez que permita a los adolescentes efectuar las correspondientes denuncias ante un sistema independiente de los responsables de ejecutar la medida en su contra.



### Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 Art. 93 Constitución Política de Colombia: “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...”.
- 5 Ar. 44. “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”
- 6 Art. 45 CPC: “El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.”
- 7 Art. 50 CPC: “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.”
- 8 Art. 42 CPC: “Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil”.
- 9 Este artículo también dispone que “Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo”.
- 10 Art. 28 inc. 1.a y 1.b CDN.
- 11 Art. 68 Constitución Política de Colombia.
- 12 Decreto 2737 de 1987.
- 13 Ley 84 de 1873.
- 14 Art. 14 Código de la Infancia y Adolescencia.
- 15 Art. 288 del Código Civil. Agrega que “corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos”. Del mismo modo, el art. 62 inc. 1 establece que “Cuando se trate de hijos extramatrimoniales, no tiene la patria potestad, ni puede ser nombrado guardador, el padre o la madre declarado tal en juicio contradictorio”.
- 16 Art. 5.
- 17 Art. 6.
- 18 Art. 8.
- 19 Comité de los derechos del niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).
- 20 Art. 3, parágrafo 2 del Código.
- 21 Punto 6.1.3, sección titulada “Otras medidas para contribuir a garantizar la implementación de los acuerdos”, Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016.
- 22 Art. 25 del Código.
- 23 En tanto dispone que “Se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.
- 24 Este artículo establece que no se negará a los niños que pertenecen a minorías étnicas o a pueblos indígenas el derecho “a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.
- 25 Art. 25 Código de la Infancia y Adolescencia.
- 26 Art. 41 inc. 12 del Código de la Infancia y Adolescencia.
- 27 Art. 44 inc. 1 del Código de la Infancia y Adolescencia.
- 28 Art. 52 del Código, llamado de “chequeo de derechos”, pues indica que “En todos los casos, la autoridad competente deberá, de manera inmediata, verificar el estado de cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, consagrados en el Título I del Libro I del presente Código. Se deberá verificar: 1. El Estado de salud física y psicológica; 2. Estado de nutrición y vacunación; 3. La inscripción en el registro civil de nacimiento; 4. La ubicación de la familia de origen; 5. El estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos; 6. La vinculación al sistema de salud y seguridad social; 7. La vinculación al sistema educativo”.
- 29 Art. 82 inc. 19. Código de la Infancia y Adolescencia.
- 30 “Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente a su identidad.”
- 31 Decreto 1227/2015. Si bien este decreto no indica expresamente que los NNyA no puedan efectuar la solicitud correspondiente, en los hechos restringe esa posibilidad, pues exige como un requisito la presentación de la cédula de ciudadanía, que en Colombia se obtiene a partir de los 18 años de edad. Debe apuntarse que la Corte Constitucional ha reconocido la capacidad jurídica de los adolescentes para modificar sus nombres y documentos, si se verifican ciertas condiciones, convirtiendo en inaplicable la exigencia de presentar la cédula de ciudadanía (ver Sentencia T-498/17, Corte Constitucional de Colombia, disponible en <http://www.cortecc.org/>).



- corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-498-17.htm).
- 32 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 25 de noviembre de 2017, párr. 154. En el mismo sentido, el Comité ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente” (Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34). Ver también Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, “Principios de Yogyakarta”, en cuyo preámbulo se afirma que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”.
  - 33 Art. 7.2 CDN.
  - 34 Comité de Derechos Humanos, Observación general 17, 1989, HRI/GEN/1/Rev.7, párrafo 8.
  - 35 Corte IDH, “Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, sentencia del 08/09/2005, párr. 140.
  - 36 Ver en este sentido la Convención para Reducir los Casos de Apátrida, de 1961, a la cual Colombia adhirió en 2014.
  - 37 Art. 22 Código de la Infancia y Adolescencia.
  - 38 Art. 57 Código de la Infancia y Adolescencia.
  - 39 El plazo máximo establecido es de 6 meses, prorrogable por 6 meses. Art. 59 Código de la Infancia y Adolescencia.
  - 40 Art. 61 Código de la Infancia y Adolescencia.
  - 41 Art. 62 Código de la Infancia y Adolescencia.
  - 42 Debe apuntarse que el art. 26 del Código establece que “En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”.
  - 43 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 318.
  - 44 Por el contrario, el art. 108 del Código dispone que “Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el párrafo primero del artículo anterior, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al juez de familia para su homologación. En los demás casos la resolución que declare la adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la oficina de registro civil.”
  - 45 Art. 65 Código de la Infancia y Adolescencia. “Nadie podrá ejercer acción alguna para establecer la filiación consanguínea del adoptivo, ni reconocerle como hijo. Sin embargo, el adoptivo podrá promover en cualquier tiempo las acciones de reclamación del estado civil que le corresponda respecto de sus padres biológicos, únicamente para demostrar que quienes pasaban por tales, al momento de la adopción, no lo eran en realidad.”
  - 46 Art. 67, párrafo del Código de la Infancia y Adolescencia: “Si alguna persona o pareja quiere adoptar al niño que está al cuidado de la familia distinta a la de origen y cumple con las condiciones de adoptabilidad que exige el código, podrá hacerlo, a menos que la familia que tiene el cuidado del niño, niña o adolescente, decida adoptarlo”.
  - 47 CRC/C/COL/CO/4-5, 06/03/2015.
  - 48 “Salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante”. Art. 66 del Código de la Infancia y Adolescencia.
  - 49 Art. 74 Código de la Infancia y Adolescencia. Se trata de una medida consistente con el art. 32 del Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, que ha sido ratificado por Colombia.
  - 50 Art. 70 Código de la Infancia y Adolescencia.
  - 51 En este sentido, el Comité recomendó a Canadá que retirase una reserva a la Convención, expresada en los siguientes términos: “A fin de asegurar el pleno respeto de los propósitos y la finalidad del párrafo 3 del artículo 20 y el artículo 30 de la Convención, el Gobierno del Canadá se reserva el derecho de no aplicar las disposiciones del artículo 21 en la medida en que puedan ser incompatibles con las formas consuetudinarias de asistencia existentes entre las poblaciones aborígenes del Canadá.” CRC/C/2/Rev.8, pág. 18; Canadá CRC/C/15/Add.37, párrafo 10.
  - 52 CRC/C/COL/CO/4-5, 06/03/2015.
  - 53 Ley 294 de 1996. Ver en especial el art. 5º, modificado por el artículo 17 de la Ley 1257 de 2008.
  - 54 Art. 14 Código de la Infancia y Adolescencia.
  - 55 Art. 18 Código de la Infancia y Adolescencia. A su vez el art. 39 establece que es obligación de la familia “Abstenerse de realizar todo acto y conducta que implique maltrato físico, sexual o psicológico, y asistir a los centros de orientación y tratamiento cuando sea requerida”.
  - 56 Art. 262 del Código Civil, modificado por el artículo 21 del Decreto 2820 de 1974.
  - 57 Sentencia C-371-94 de agosto 25 de 1994 de la Corte Constitucional. Debe advertirse que, más allá de esta aclaración, la Corte declaró que este artículo era exequible, es decir, compatible con la Constitución colombiana.
  - 58 CRC/C/COL/CO/4-5, 06/03/2015.
  - 59 Art. 45 Código de la Infancia y Adolescencia. Véase también el art. 18, que establece que los NNyA “tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario”.
  - 60 Ley 115, de 1994, art. 132.
  - 61 CRC/C/COL/CO/4-5, 06/03/2015.
  - 62 Art. 39 Código de la Infancia y Adolescencia.
  - 63 También deber tenerse en cuenta las recomendaciones

- generales “sobre circuncisión femenina” (nro. 14) y “sobre la mujer y la salud” (nro. 24) del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, donde se indicó que “algunas prácticas culturales o tradicionales, como la mutilación genital de la mujer, conllevan también un elevado riesgo de muerte y discapacidad” y se recomendó a los Estados que “que adopten medidas apropiadas y eficaces encaminadas a erradicar la práctica de la circuncisión femenina”.
- 64 Ley 1257 de 2008.
- 65 Art. 17 ley 1257 de 2008.
- 66 Arts. 208 y 209 Código Penal.
- 67 Art. 205 CP: “Acceso carnal violento. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años.”
- 68 Agravada de una tercera parte a la mitad si la víctima tiene menos de 12 años de edad.
- 69 Art. 208 CP.
- 70 Con el mismo agravante en caso de menores de 12 años.
- 71 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 40.
- 72 Art. 188-A y 188-B Código Penal.
- 73 Ver en este sentido “Aspectos jurídicos del delito de trata de personas en Colombia. Aportes desde el Derecho Internacional, Derecho Penal y las Organizaciones No Gubernamentales”, AA.VV., Ministerio del Interior y Justicia de Colombia, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y Universidad del Rosario, 2009.
- 74 Art. 217 A CP. Adicionado por el artículo 3 de la ley 1329/2009. “Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad. El que directamente o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, incurrirá por este sólo hecho, en pena de prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años. Parágrafo. El consentimiento dado por la víctima menor de 18 años, no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal. La pena se agravará de una tercera parte a la mitad: 1. Si la conducta se ejecuta por un turista o viajero nacional o extranjero. 2. Si la conducta constituyere matrimonio o convivencia, servil o forzado. 3. Si la conducta es cometida por un miembro de un grupo armado organizado al margen de la ley. 4. Si la conducta se comete sobre persona menor de catorce (14) años de edad. 5. El responsable sea integrante de la familia de la víctima.”
- 75 Art. 218 CP: “Pornografía con personas menores de 18 años. [Modificado por el artículo 24 de la ley 1336 de 2009] El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.”
- 76 Aunque precisamente se trata de un tipo penal que puede entrar en competencia con el de trata de personas. Artículo 219-A CP. “Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años. [Modificado por el artículo 4 de la ley 1329 de 2009] El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación, para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años de edad, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y siete (67) a (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad (1 /2) cuando las conductas se realizaren con menores de catorce (14) años.”
- 77 Ley 1146 de 2007.
- 78 Art. 11 ley 1146 de 2007.
- 79 Art. 14 ley 1146 de 2007.
- 80 Art. 12 ley 1146 de 2007.
- 81 Art. 117 y 120 del Código Civil.
- 82 Art. 140 inc. 2 del Código Civil. Debe advertirse que la Corte Constitucional declaró que la edad de 12 años para las mujeres era inexecutable -incompatible con la Constitución-, por lo que debe entenderse que “la edad para la mujer es también de catorce años” (Sentencia C-507-04 de 25 de mayo de 2004, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).
- 83 CRC/C/COL/CO/4-5, 06/03/2015.
- 84 Ver en este sentido Comité? para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general 21, 1994, HRI/GEN/1/Rev.7.
- 85 Ley 115 de 1994.
- 86 El estudiante debe estar cursando el último grado de la entidad educativa de que se trate. Art. 143 de la LGE. Ver también art. 42 inc. 4 del Código de la Infancia y Adolescencia.
- 87 El art. 11 de la LGE establece que la educación formal se organiza en tres niveles: “a) El preescolar que comprenderá mínimo un grado obligatorio; b) La educación básica con una duración de nueve (9) grados que se desarrollará en dos ciclos: La educación básica primaria de cinco (5) grados y la educación básica secundaria de cuatro (4) grados, y c) La educación media con una duración de dos (2) grados”. Este último nivel no es obligatorio.
- 88 Por ejemplo, al emitir sus observaciones finales sobre Nicaragua señaló que “se propone al Gobierno que estudie la ampliación de la enseñanza obligatoria a nueve años de escolarización, a la vez que se procura que la edad de terminación de la enseñanza obligatoria se armonice con la edad mínima para trabajar...” (Nicaragua CRC/C/15/Add.36, párrafo 38).
- 89 Art. 35 Código de la Infancia y Adolescencia. En el caso de los adolescentes indígenas la autorización es otorgada “por las autoridades tradicionales de la respectiva comunidad teniendo en cuenta sus usos y costumbres” (art. 113 inc. 6).
- 90 Art. 20 inc. 12 y 13, Código de la Infancia y Adolescencia. Ver también art. 117.
- 91 Art. 114 Código de la Infancia y Adolescencia.
- 92 Art. 20 inc. 2 Código de la Infancia y Adolescencia.
- 93 Art. 144 Código de la Infancia y Adolescencia. Se remite al



- Código de Procedimiento Penal colombiano (aprobado por Ley 906 de 2004). Se trata de un procedimiento de carácter acusatorio.
- 94 Por todos, CRC, Informe sobre el noveno período de sesiones, mayo/junio de 1995, CRC/C/43, Anexo VIII.
- 95 Art. Código de la Infancia y Adolescencia. Se colige que los padres pueden estar presentes.
- 96 Los adolescentes entre 14 y 16 años que incumplan las sanciones impuestas por el juez, podrán ser privados de libertad por el tiempo que les reste de sanción. De igual forma, si un adolescente está cumpliendo una sanción por ejemplo de libertad asistida y comete otro delito, la sanción del otro delito puede ser de privación de libertad.
- 97 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, 2011, OEA/Ser.L/V/II, parr. 369.
- 98 Art. 187 Código de la Infancia y Adolescencia.
- 99 Art. 181 Código de la Infancia y la Adolescencia.
- 100 Al respecto, por todos, “La Comisión Interamericana entiende que la norma contenida en el artículo 7.5 de la Convención [en referencia a la CADH] prevé como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los riesgos de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial. En este sentido, lo que se pretende por medio de la aplicación de esta medida cautelar es concretamente lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los riesgos procesales que atentan contra ese fin. Por lo tanto, es contrario a esta norma y al derecho a la presunción de inocencia, e incongruente con el principio de interpretación pro homine, el que se justifique la detención previa al juicio en fines preventivos como la peligrosidad del imputado...”. CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2013, OEA/Ser.L/V/II. Doc.46/13.
- 101 Art. 310 del Código de Procedimiento Penal, reformado por la Ley 1142 de 2007.
- 102 Art. 118 inc. 9 Código de la Infancia y Adolescencia.



## COSTA RICA



© UNICEF Costa Rica/2018-276/E. Becerra

### 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución de la República de Costa Rica

De acuerdo al artículo 7º de la Constitución Política de Costa Rica, los tratados y convenios internacionales tienen jerarquía superior a la ley<sup>4</sup>, sin brindarse un tratamiento diferenciado a la CDN o demás tratados de derechos humanos.

Independientemente de ello, la Constitución consagra expresamente el derecho de la familia y los niños a la protección especial<sup>5</sup>, a cargo del Patronato Nacional de la Infancia<sup>6</sup>. Además, la Constitución aborda específicamente la situación de los NNyA al tratar cuestiones referidas a la nacionalidad, la filiación, la educación y el trabajo.



Instrumento	
CDN	Jerarquía supralegal.
Reservas	No hizo.
Declaraciones	No hizo.
PF 1 <sup>1</sup>	Ratificado en 2003. Efectuó una declaración aclarando que el art. 12 de su Constitución proscribía el Ejército como institución permanente, por lo que no resulta procedente efectuar la declaración requerida en el art. 3.2 del Protocolo.
PF 2 <sup>2</sup>	Ratificado en 2002.
PF 3 <sup>3</sup>	Ratificado en 2014.

*El CDN es un extenso extenso cuerpo normativo, organizado en cinco títulos, donde se establecen los derechos y obligaciones de los NNyA, sus garantías procesales y se organiza el Sistema Nacional de Protección Integral.*

Así, se reconoce la nacionalidad costarricense de acuerdo al principio de jus solis, a los hijos de padres extranjeros nacidos en Costa Rica si son inscriptos como tales antes de cumplir los 25 años de edad y a los niños de padres ignorados hallados en el territorio nacional<sup>7</sup>. Asimismo, en una interesante cláusula constitucional incorporada en 1995 -que no se observa en las demás constituciones de la región- se establece expresamente que la adquisición de la nacionalidad alcanza a los hijos menores de edad<sup>8</sup>.

En materia de filiación, en tanto, se establece la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y se reconoce expresamente el derecho de toda persona a saber quiénes son sus padres<sup>9</sup>.

En cuanto a la educación, la Constitución establece la obligatoriedad y gratuidad de la educación preescolar, general básica y diversificada, e incluye una cláusula que impone que el gasto público en la materia no puede ser inferior al 8% del PBI del país<sup>10</sup>, en tanto que se impone proveer alimentos y vestimenta a los estudiantes indigentes<sup>11</sup>.

De indudable relación con el derecho a la educación, cabe apuntar que se reconoce al español como idioma oficial, aunque se establece que “el Estado velará por el mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas nacionales”<sup>12</sup>.

En materia laboral, se establece específicamente el derecho a la protección especial de los menores de edad<sup>13</sup>, aunque en el texto constitucional no se establece una edad mínima de admisión al empleo, lo que queda librado a la legislación inferior.

Finalmente, la Constitución contiene una definición restringida de la ciudadanía, limitada a los derechos y deberes políticos, que quedan reservados a los costarricenses mayores de 18 años<sup>14</sup>.

## 2. El “Código de la Niñez y la Adolescencia” y otras leyes relacionadas

Desde el año 1998 rige en Costa Rica el Código de la Niñez y la Adolescencia<sup>15</sup> (CNA). Si bien ha tenido numerosas reformas parciales, en pos de garantizar más derechos, su estructura y esquema general se mantiene inalterado. Se trata de un extenso cuerpo normativo, organizado en cinco títulos, donde se establecen los derechos y obligaciones de los NNyA, sus garantías procesales y se organiza el Sistema Nacional de Protección Integral. El sistema de responsabilidad penal juvenil no está incluido en el CNA, sino que es abordado en una ley específica. Del mismo modo, como es de estilo en la región, el CNA contiene referencias a los derechos de los NNyA en el ámbito de las relaciones familiares, educativas o laborales, pero debe recurrirse a otras normas para comprender cabalmente su alcance.

- **El principio de interés superior de los NNyA**

Como es habitual en la legislación comparada, una de las primeras definiciones del CNA remite al alcance del principio de interés superior del niño. Este es definido de manera suficientemente amplia en su faz sustantiva, comprendiendo no solo las acciones estatales en relación a los NNyA sino también las privadas<sup>16</sup>. Sin embargo, en su faz procedimental, se advierte una seria falencia, pues si bien se han incluido una serie de elementos que deben considerarse para determinar el interés superior, llamativamente se ha omitido incluir dentro de estos a la opinión de los NNyA. Aunque otros artículos del CNA hacen referencia al derecho de los NNyA a expresar su opinión<sup>17</sup> o ser oídos<sup>18</sup>, resulta necesario integrar ese derecho al principio de interés superior de modo que se extienda su alcance.

En cuanto a su faz interpretativa, en otro artículo se hace expresa mención al principio de interés superior como pauta orientadora, pero limitado a las normas procesales<sup>19</sup>, careciéndose de una definición equivalente para los derechos sustantivos.

De todas formas, esta omisión se encuentra saldada por la regla de aplicación preferente de los derechos de los NNyA, expresamente prevista en el CNA<sup>20</sup>. Asimismo, el CNA establece una pirámide de jerarquía normativa para su propia interpretación y aplicación donde, de conformidad con lo previsto en la Constitución, la Convención aparece solo por debajo de aquella<sup>21</sup>.

- **El derecho a la identidad**

El CNA define al derecho a la identidad en relación al nombre, la nacionalidad y la inscripción del nacimiento<sup>22</sup>. En tanto, el derecho de los NNyA a conocer a sus padres -que como vimos está expresamente reconocido en la Constitución- es abordado en el CNA al definirse el derecho a la vida familiar<sup>23</sup>.

La inscripción del nacimiento es regulada con más detalle en la "Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil"<sup>24</sup>, que en este punto fue objeto de una importante reforma a través de la "Ley de Paternidad Responsable"<sup>25</sup>. Esta reforma introdujo un procedimiento administrativo de reconocimiento de la paternidad, en base al cual en caso de falta de reconocimiento filial paterno se impone la realización de un examen de ADN o bien la presunción de la paternidad a partir de la negativa al examen.

La definición del derecho a la identidad seguida en el CNA tampoco incorpora otras dimensiones de este derecho, como la identidad cultural y la identidad de género. Tal como se ha señalado respecto de otros países que no han avanzado en ese terreno, si bien la definición del derecho a la identidad en el artículo 8 de la Convención es estrecha, la identidad de género y la identidad cultural también merecen tutela legislativa bajo el prisma de la Convención, pues se desprenden de otros artículos -como los arts. 2, 20<sup>26</sup> y 30<sup>27</sup>- que pueden ponderarse a luz del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos.

Respecto de la identidad de género, el artículo 54 del Código Civil reconoce la posibilidad de modificar el nombre de las personas, pero solo por medio de un procedimiento judicial, sin efectuar distinciones entre NNyA y adultos<sup>28</sup>. El Estado

*En cuanto a su faz interpretativa, en otro artículo se hace expresa mención al principio de interés superior como pauta orientadora, pero limitado a las normas procesales, careciéndose de una definición equivalente para los derechos sustantivos.*



de Costa Rica justamente solicitó a la Corte IDH una Opinión Consultiva en la que requirió, entre otras cuestiones, que se expida sobre la compatibilidad de esa normativa con la CADH. La Corte IDH concluyó que el artículo 54 del Código Civil “sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana, únicamente si el mismo es interpretado, bien sea en sede judicial o reglamentado administrativamente, en el sentido que el procedimiento que esa norma establece pueda garantizar que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad para que sean conformes a su identidad de género autopercibida, sea un trámite materialmente administrativo”<sup>29</sup> y que esté enfocado en la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida (no limitándose al nombre, sino abarcando también la inscripción del género), esté basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas ni la acreditación de intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales, sea confidencial, expedito y tienda a la gratuidad. Además, la Corte IDH destacó que el derecho a la identidad de género ampara “a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida” y que “debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación”<sup>30</sup>.

En cuanto al derecho a la identidad cultural, ni en el CNA ni en la demás legislación costarricense parece advertirse una especial preocupación por garantizarlo. Apenas encontramos algunas referencias en relación al derecho a la educación, que analizaremos más adelante.

## • El derecho a la familia

Este derecho, en cambio, tiene un amplio reconocimiento en el CNA. Así, bajo el nomen iuris “derecho a la vida familiar”, el artículo 30 no solo reconoce el derecho de los NNyA a conocer a sus padres, sino también “a crecer y desarrollarse a su

lado y ser cuidadas por ellos” y “a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca”<sup>31</sup>. Del mismo modo, la separación de los NNyA de su familia, definida como una medida de protección, solo procede cuando no exista otra alternativa, destacándose que en caso de delitos atribuibles a alguien que convive en el mismo hogar se impone su abandono del domicilio<sup>32</sup>.

Es en el Código de Familia donde están reguladas las causales que dan lugar a la separación de los NNyA de su familia, así como el instituto de la adopción. En este sentido, este Código detalla los motivos de suspensión o finalización de la patria potestad -también denominada “autoridad parental” en el Código-, siguiendo los que son de estilo, aunque algunas definiciones son excesivamente amplias y conllevan el riesgo de dar pie a la discrecionalidad judicial. Así, se indica que algunas de las causales de suspensión son “la vagancia comprobada de los padres”, “la dureza excesiva en el trato”, “el dedicarlos a la mendicidad y permitir que deambulen en las calles” o “cualquier otra forma de mala conducta notoria de los padres”<sup>33</sup>. Del mismo modo, el abandono -que da pie a la pérdida de la patria potestad- se declara si la persona menor de edad se halla “en riesgo social debido a la insatisfacción de sus necesidades básicas, materiales, morales, jurídicas y psicoafectivas, a causa del descuido injustificado por parte de quienes ejercen legalmente los derechos y los deberes inherentes a la patria potestad”<sup>34</sup>. Aunque el mismo artículo aclara que “la pobreza de la familia no constituye por sí misma motivo para declarar el estado de abandono”, se advierte que se utilizan demasiados términos de textura abierta.

Además, una reciente reforma incorporó adecuadamente como causal de la pérdida de la patria potestad que “la persona menor de edad haya sido objeto de violación, abuso sexual, corrupción o lesiones graves o gravísimas de quienes la ejerzan”<sup>35</sup>.

La legislación sobre adopción, en tanto, adolece de defectos de mucha más entidad. Así, la llamada “adopción directa” -que consiste en la entrega de los niños por sus padres biológicos a una familia determinada- continúa vigente para las adopciones nacionales<sup>36</sup>-, limitándose la intervención judicial a un control ex post<sup>37</sup>. Esto es muy preocupante pues, como ha señalado reiteradamente el Comité, “la práctica de la adopción privada o directa (...) puede encubrir casos de trata”<sup>38</sup>.

Tanto en estos casos como aquellos en los que la



adopción tiene origen en el abandono, el Código otorga un lugar central al Patronato Nacional de la Infancia (PANI). Así, se lo faculta para emitir la declaración de estado de abandono<sup>39</sup> y en los casos de entrega voluntaria queda a su cargo la valoración de las razones y condiciones psicosociales de los progenitores y la verificación de la existencia del consentimiento libre e informado, concluyendo su intervención con una declaración o no de adoptabilidad, que debe ser remitida a la autoridad judicial en el plazo máximo de tres meses para su control.

Como hemos apuntado respecto de la legislación similar de otros países analizados en este informe<sup>40</sup>, si bien el énfasis en la vía administrativa puede ser una manera razonable de garantizar que las medidas de

protección sean adoptadas a tiempo, y por un período adecuado, el artículo 9 de la Convención exige que existan suficientes mecanismos de revisión judicial y amplias posibilidades de intervención en ese proceso para todos los involucrados, incluyendo lógicamente a los niños y adolescentes. Debe recordarse que, “de conformidad con la Convención, toda adopción requiere una investigación minuciosa, con informes pormenorizados, realizados por profesionales independientes, y cuyos destinatarios serán las autoridades competentes”<sup>41</sup> y que “la inclusión en las Reglas de Beijing de medidas relativas ‘a la atención al menor y a su bienestar’ subraya que separar al niño de sus padres es un paso tan grave como privarlo de libertad y que, por lo tanto, merece una investigación judicial equitativa”<sup>42</sup>.

Al respecto, el Código de Familia indica que la autoridad judicial “decidirá la ubicación provisional de la persona menor edad, mediante resolución debidamente justificada y tomando en cuenta la voluntad de los progenitores al consentir la entrega del adoptando, así como la voluntad de la persona menor de edad, cuando pudiere manifestarla”<sup>43</sup>, enfatizándose que ésta debe ser oída personalmente por el juez<sup>44</sup>. Sin embargo, los NNyA no son reconocidos como partes del proceso<sup>45</sup>.

Relacionado con esta cuestión, el Código de Familia tampoco reconoce el derecho de los NNyA adoptados a acceder al expediente de adopción y conocer su origen. Si bien podría entenderse que este derecho se desprende del artículo 30 del CNA, resulta conveniente consagrarlo expresamente y regular sus condiciones de ejercicio. Ello reclama, por caso, disponer la conservación de los expedientes judiciales y administrativos, así como las medidas de asesoramiento que pudieran proceder en caso de que la persona



© UNICEF Costa Rica/2018-094/E. Becerra



adoptada solicite el acceso a esa información antes de alcanzar la mayoría de edad.

Asimismo, siguiendo la regulación tradicional, el Código de Familia dispone que las adopciones son irrevocables<sup>46</sup>, sin preverse ningún procedimiento para revisar las adopciones fraudulentas o con vicios en el consentimiento de los involucrados. Si bien estas acciones deben ser restringidas, el principio de irrevocabilidad de la adopción debe contener excepciones, especialmente considerando aquellos casos donde se haya utilizado el procedimiento judicial para legalizar hechos de tráfico de niños<sup>47</sup>.

Concluyendo con la normativa relativa a las adopciones, resulta ineludible señalar que -de manera concordante con las importantes atribuciones que le fueron conferidas- el PANI emitió un “Reglamento para los procesos de adopción nacional e internacional”<sup>48</sup>. Si bien este Reglamento se enmarca dentro de los límites trazados en el Código de Familia, e incluso recoge algunos principios importantes que fueron omitidos en aquél -como la ubicación conjunta de los grupos de hermanos-, carece de estatus de ley.

## • El derecho a la protección contra toda forma de violencia

En el año 2008 se sancionó la ley de “Derechos de los niños, niñas y adolescentes a la disciplina sin castigo físico ni trato humillante”<sup>49</sup>, por la cual se agregó un artículo al CNA incorporando este derecho. Allí se establece que los NNYA “tienen derecho a recibir orientación, educación, cuidado y disciplina de su madre, su padre o los responsables de la guarda y crianza, así como de los encargados y el personal de los centros educativos, de salud, de cuidado, penales juveniles o de cualquier otra índole, sin que, en modo alguno, se autorice a estos el uso del castigo corporal ni el trato humillante”<sup>50</sup>. Aunque puede cuestionarse la redacción -pues en vez de afirmarse el derecho de los NNYA a no ser sometidos a actos violentos se expresa un mandato negativo sobre sus responsables-, el artículo cubre los distintos ámbitos de interés<sup>51</sup>.

Esta ley también implicó la reforma del Código de Familia en lo referido a los derechos y deberes que implican la autoridad parental, reiterándose una redacción similar a la adoptada en el CNA. Sin embargo, también se indica que entre las facultades de la autoridad parental se encuentra requerir judicialmente la internación de los NNYA “en un

establecimiento adecuado, por un tiempo prudencial”, en tanto que faculta al PANI a efectuar la misma solicitud sobre quienes se encuentran en estado de abandono o riesgo social o que no están sujetos a la patria potestad<sup>52</sup>.

No puede más que cuestionarse esta regulación del Código de Familia. Más allá de un erróneo punto de partida -donde la internación no es definida como una medida de protección sino como una facultad de la autoridad parental-, lo central es que no se le reconoce carácter excepcional ni se regulan sus condiciones de procedencia. De este modo, se desconocen los principios fijados en las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”<sup>53</sup>, que reclaman que la separación de los NNYA de su familia sea considerada una “medida de último recurso y, en lo posible, ser temporal y por el menor tiempo posible”, debiendo buscarse siempre alternativas a la institucionalización, así como adoptarse medidas de apoyo al cuidado parental.

Regresando a las normas más específicas de protección contra la violencia, merece un análisis detallado la “Ley contra la violencia doméstica”<sup>54</sup>. Esta ley define entre sus fines el de brindar protección especial, entre otros, a las personas menores de edad, de modo que en diversos aspectos se ha prestado especial atención a la situación de los NNYA. Así, entre otras medidas de protección que pueden aplicarse en estos casos, se prevé la suspensión provisional al agresor del ejercicio de la guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas, así como la representación y administración de sus bienes -sumándose de este modo a las causales de suspensión de la autoridad parental previstas en el Código de Familia-. También se contemplan medidas como la suspensión del derecho de visitas o la exclusión del agresor del domicilio. Lamentablemente, no se han contemplado medidas dirigidas a proteger a los NNYA de las implicancias negativas que la violencia intrafamiliar pudiera ocasionarles en el ámbito educativo, que pueden provocar que se ausenten de clases o requieran un cambio de escuela por mudar de domicilio.

Entre las previsiones más destacables sobre los NNYA se encuentra que la ley faculta expresamente a los mayores de 12 años a solicitar por sí mismos la imposición de medidas de protección<sup>55</sup>. Además, para disponer el cese de la medida, se requiere inexorablemente un pronunciamiento del PANI.

Otra norma relevante es la ley de “Protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal”<sup>56</sup>, por medio de la cual se modificaron

*Aunque el CNA establece que “El derecho y la obligación de educarse de las personas menores de edad deberán armonizarse con el trabajo de las personas adolescentes” y que “Para ello, su trabajo deberá ejecutarse sin detrimento de la asistencia al centro educativo”, no puede pasarse por alto que la mejor forma de conseguir esa armonía es elevando la edad mínima de admisión al empleo.*

diversos artículos del Código Procesal Penal. Llamativamente, en esta norma no se reconoce el derecho de los mayores de 12 años a solicitar medidas de protección por sí mismos, aunque se establece su representación por parte del PANI en caso de conflicto de interés con quienes ejercen la autoridad parental<sup>57</sup>. De todos modos, sus abordajes más relevantes sobre los NNyA son otros: se prohíbe la conciliación en los delitos cometidos contra ellos, impone considerar su interés superior al practicar cualquier diligencia o pericia sobre ellos y, especialmente, al recibir su testimonio<sup>58</sup>, restringe la publicidad de las audiencias en los casos que los involucren, entre otras medidas.

También debe mencionarse la ley de “Penalización de la violencia contra las mujeres”<sup>59</sup>. Esta ley tipifica una serie de conductas y establece como un agravante general cometer el hecho delictivo de que se trate “en presencia de los hijos o las hijas menores de edad de la víctima o del autor del delito”<sup>60</sup>. Pero más allá de esta previsión, lamentablemente, no contiene mayores medidas de protección para las niñas y adolescentes víctimas de violencia de género, pues su objeto principal es proteger a las mujeres mayores de edad y solo contempla aplicar sus disposiciones a las adolescentes mayores de quince años siempre que los hechos de violencia no se enmarquen en una relación derivada del ejercicio de autoridad parental. De este modo, las niñas y adolescentes -salvo en el caso apuntado- quedan sin protección normativa contra la violencia de género.

- **El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata**

En el terreno específico de la protección contra la explotación y los abusos sexuales, en cambio, las leyes prestan especial atención a los NNyA. De hecho, en 2007 se sancionó la “Ley de fortalecimiento de la lucha contra la explotación sexuales de las personas menores de edad”<sup>61</sup>, por medio de la cual se reformaron y agregaron numerosos artículos al Código Penal y al Código Procesal Penal. Esta reforma adecuó la tipificación de los delitos, elevó las sanciones penales y estableció la persecución penal de oficio de los delitos cometidos contra NNyA y el inicio del cómputo de la prescripción a partir de que alcancen la mayoría de edad.

Otra reforma muy relevante, que implicó un gran avance normativo, fue realizada por medio de la ley de “Fortalecimiento de la protección legal de las niñas y las adolescentes mujeres ante situaciones de violencia de género asociadas a relaciones abusivas”<sup>62</sup>, aprobada en 2016. Esta norma, además de incorporar la ya mencionada cláusula de pérdida de la patria potestad ante hechos de abuso sexual o lesiones, fijó en 18 años la edad mínima para contraer matrimonio -sin excepciones<sup>63</sup>- y modificó la edad mínima para el consentimiento sexual. Así, se criminalizaron todos los actos sexuales con personas menores de edad, excepto que estas tengan entre 13 y 15 años y la diferencia de edad con el autor no sea superior a 5 años, o bien que tengan entre 15 y menos de 18 años y la diferencia de edad sea inferior a 7 años<sup>64</sup>. Resulta destacable que esta excepción no rige si existe una relación de parentesco<sup>65</sup>.



A su vez, la “Ley contra la trata de personas”<sup>66</sup> contiene numerosas referencias a los derechos de los NNyA. Entre otras, se señala al principio de interés superior<sup>67</sup> como uno de los principios generales de aplicación de la ley, se especifica que “en el caso de personas menores de edad se deben atender las disposiciones establecidas en el Código de la Niñez y la Adolescencia y la legislación conexas nacional e internacional”<sup>68</sup> y se destaca a la Convención y su segundo Protocolo Facultativo como una de las fuentes de interpretación de la ley.

En sintonía con estos principios generales, la ley contempla una serie de “medidas de atención especial para personas menores de edad”<sup>69</sup> y se establece que “se garantizará que los procedimientos reconozcan sus condiciones de sujetos plenos de derechos acorde a su autonomía progresiva” y se “se procurará la reintegración a su núcleo familiar o comunidad, si así lo determina el interés superior”<sup>70</sup>.

Además de estos principios generales, esta ley también implicó una mejor tipificación de ciertas conductas -como el tráfico y la sustracción de personas menores de edad- y agravó las penas cuando los delitos son cometidos en perjuicio de NNyA. En relación a la tipificación, vale la pena destacar que la ley efectúa una definición de la trata de personas que incluye la adopción irregular<sup>71</sup>, figura no siempre comprendida en la legislación comparada de la región.

En este terreno también es destacable la ley por la que se dispuso la creación del “Sistema de alerta y el procedimiento para la coordinación y reacción inmediata entre las instituciones públicas y privadas ante la desaparición o sustracción de personas menores de edad”<sup>72</sup>. Una vez más, en la ley se indica que en su aplicación “prevalecerá el interés superior de la persona menor de edad” y que “Cada situación de desaparición o sustracción deberá ser atendida valorando sus particularidades, tales como la edad y las características de la persona menor de edad presuntamente víctima de tales hechos”<sup>73</sup>.

- **El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil**

En sintonía con la Constitución que reconoce expresamente el derecho a la protección especial de los NNyA en materia laboral, el CNA dedica un capítulo específico<sup>74</sup> a este tema, que en líneas generales es

adecuado a la Convención y el estándar fijado por el Comité en la materia. Así, no se admite el trabajo por debajo de los 15 años -sin excepciones-, la jornada laboral no puede exceder de las 6 horas diarias ni 36 semanales, está prohibido el trabajo nocturno en todas las actividades<sup>75</sup> y el trabajo peligroso e insalubre, que es adecuadamente definido en una ley especial<sup>76</sup>. Todas las regulaciones del Código abarcan tanto el trabajo familiar como el trabajo por cuenta propia y el trabajo doméstico, agregándose para este último una serie de normas protectorias adicionales<sup>77</sup>.

Además, se establece que “Los empleadores que contraten adolescentes estarán obligados a concederles las facilidades que compatibilicen su trabajo con la asistencia regular al centro educativo”<sup>78</sup>, lo que podría mejorarse previendo expresamente jornadas remuneradas libres para rendir exámenes o la obligación de disponer de las vacaciones en la época del receso escolar.

En rigor, el principal déficit del CNA en este punto -al igual que en la mayoría de los países de la región- es que se ha fijado una edad mínima de admisión al empleo inferior a la edad de finalización de la educación obligatoria, que concluye típicamente a los 17 o 18 años<sup>79</sup>. Debe recordarse que si bien la Convención no establece una edad mínima determinada para la admisión al trabajo<sup>80</sup>, el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>81</sup> exige que esa edad no sea inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a los 15 años. El Comité ha interpretado el artículo 30 de la Convención de conformidad con lo dispuesto en ese Convenio, reclamando a varios Estados que armonicen la edad mínima para trabajar con la que rige para la enseñanza obligatoria<sup>82</sup>. Aunque el CNA establece que “El derecho y la obligación de educarse de las personas menores de edad deberán armonizarse con el trabajo de las personas adolescentes” y que “Para ello, su trabajo deberá ejecutarse sin detrimento de la asistencia al centro educativo”<sup>83</sup>, no puede pasarse por alto que la mejor forma de conseguir esa armonía es elevando la edad mínima de admisión al empleo.

- **El derecho a la educación**

El CNA también dedica un capítulo íntegro al derecho a la educación, cuyo propósito es definido como dirigido “al ejercicio pleno de la ciudadanía y (...) el respeto por los derechos humanos, los valores culturales propios y el cuidado del ambiente natural,



en un marco de paz y solidaridad”<sup>84</sup>. En esa dirección, el CNA prevé una serie de garantías y principios que deben ser respetados por el Estado, tales como la igualdad en el acceso y permanencia en el sistema educativo, el derecho a organizarse, a participar del proceso educativo, al debido proceso para cuestionar evaluaciones o sanciones, el respeto por los valores culturales, étnicos e históricos de los distintos colectivos y el derecho a la educación especial para los NNyA con discapacidad.

Sobre algunos de estos principios, el CNA brinda mayores precisiones. Así, por ejemplo, contiene un artículo específico de derechos en relación a la aplicación de medidas correctivas<sup>85</sup> y se prohíbe expresamente la imposición de sanciones a las estudiantes a causa de embarazo. Sin embargo, otras cuestiones muy relevantes -como la educación intercultural- quedan en la mera enunciación de principios y carecen de una normativa específica, lo que ha sido cuestionado por el Comité<sup>86</sup>.

En cualquier caso, la principal previsión en relación al derecho a la educación se encuentra en la Constitución. Como se indicó en el primer apartado, allí no solo se establece la obligatoriedad y gratuidad de la educación preescolar, general básica y diversificada y se impone el deber estatal de proveer alimentos y vestimenta a los estudiantes indigentes, sino que sino que a través de una reforma efectuada en 2011 se incluyó una cláusula que establece que el gasto público en la materia no puede ser inferior al 8% del PBI del país<sup>87</sup>, lo que constituye una auténtica y valiosa novedad en la región.

### • El derecho a la salud

El derecho a la salud también es abordado en un capítulo autónomo

del CNA, aunque no alcanza a delinearse un enfoque suficientemente específico sobre los derechos de los NNyA. Si bien se establece que “Las personas menores de edad gozarán de atención médica directa y gratuita por parte del Estado”, la que no podrá denegarse aduciendo la “ausencia de sus representantes legales, carencia de documentos de identidad, falta de cupo ni otra circunstancia”<sup>88</sup>, el Código no recoge el principio de autonomía progresiva en relación a las intervenciones médicas ni el derecho de los NNyA a ser informados sobre su situación de salud.

Puede interpretarse que algunas de estas omisiones son suplidas por la “Ley de los derechos y deberes de las personas usuarias de los servicios de salud públicos y privados”<sup>89</sup> dado que esta no excluye de su ámbito de protección a los NNyA, aunque tampoco se aborda su situación en particular. Así, podría considerarse que bajo esta ley los NNyA también tienen derecho a ser informados o a tener acceso a su historia clínica. Sin embargo, una interpretación sistemática impide ver en esta normativa que se respete el derecho a los NNyA a cuestiones esenciales como gozar de la confidencialidad en la consulta -especialmente frente a sus padres- o a brindar su consentimiento de acuerdo a su madurez.

Por el contrario, el CNA regula el procedimiento a seguir en caso de que los padres o representantes legales denieguen su consentimiento para la hospitalización, un tratamiento o una intervención quirúrgica urgentes, indicando que en ese caso “el profesional en salud queda autorizado para adoptar las acciones inmediatas a fin de proteger la vida o la integridad física y emocional”<sup>90</sup> del NNyA. No existen referencias al derecho de éstos a ser informados y oídos sobre la decisión a tomar ni que se requiera su consentimiento o se reconozca su capacidad para decidir sobre



tratamientos no invasivos a partir de determinada edad<sup>91</sup>.

Como ya se ha afirmado al analizar la legislación de otros países de la región<sup>92</sup>, si bien no cabe negar que la cuestión referida a la delimitación de la madurez de los NNYA para brindar su consentimiento para un tratamiento médico es siempre un asunto problemático, el camino elegido por la legislación costarricense desatiende los principios de autonomía progresiva y del interés superior del niño, que reclaman que al menos se tenga en cuenta su opinión<sup>93</sup>. Sobre este asunto, recientemente el Comité ha señalado sin ambages que “Las intervenciones y los tratamientos médicos deben contar con el consentimiento voluntario e informado del adolescente, con independencia de que se exija o no también el de un progenitor o representante legal”<sup>94</sup>.

La cuestión referida al acceso a la información en relación a la salud, en cambio, es mucho menos compleja. Bajo el paradigma de la Convención, el derecho de los NNYA a recibir asesoramiento sin el consentimiento de sus padres no tiene relación con la edad en que puede autónomamente decidir sobre un tratamiento médico y no debe tener un límite de edad<sup>95</sup>. Así, se ha remarcado que es un derecho fundamental “cuando sus opiniones y/o intereses difieren de los de sus padres, o incluso se oponen a ellos: por ejemplo, en casos de malos tratos o descuido por parte de los padres u otros miembros de la familia”<sup>96</sup>. En su Observación General n° 15, el Comité indica con toda claridad que “De conformidad con la evolución de sus capacidades, los niños deben tener acceso a terapia y asesoramiento confidenciales, sin necesidad del consentimiento de sus padres o su custodio legal cuando los profesionales que examinen el caso determinen que ello redunde en el interés superior del niño”<sup>97</sup>. Si bien, como vimos, el CNA expresamente proclama que no debe exigirse la presencia de los padres o representantes legales de los NNYA para prestarles atención médica, no parece haber una previsión legal clara que recoja el criterio del Comité.

A estos señalamientos debemos agregar dos que el Comité efectuó de modo directo al Estado costarricense en sus últimas observaciones finales. En primer lugar, el Comité llamó la atención sobre la falta de una ley o política integral “para proteger los derechos de los niños con discapacidad”<sup>98</sup>. Al respecto, con posterioridad -en 2016- se sancionó la “Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad”<sup>99</sup>. Si bien esta ley comprende

-----  
*En su Observación General n° 15, el Comité de los Derechos del Niño indica con toda claridad que “De conformidad con la evolución de sus capacidades, los niños deben tener acceso a terapia y asesoramiento confidenciales, sin necesidad del consentimiento de sus padres o su custodio legal cuando los profesionales que examinen el caso determinen que ello redunde en el interés superior del niño”.*  
-----

expresamente a los NNYA, no realiza un abordaje específico y diferenciado sobre sus derechos.

En segundo lugar, al igual que hizo con la mayoría de los países de la región, el Comité cuestionó la falta de acceso al aborto legal y “la no disponibilidad de anticonceptivos de urgencia en el sistema de salud oficial, incluso para las víctimas de una violación, a pesar de la alta incidencia de la violación y de la violencia sexual intrafamiliar”<sup>100</sup>.

En este último campo, el CNA apenas proclama que el Ministerio de Salud debe velar por “la creación y el desarrollo de los programas de atención y educación integral dirigidos a las personas menores de edad, incluyendo programas sobre salud sexual y reproductiva” y “Promover, por los medios más adecuados, políticas preventivas permanentes contra el abuso y la violencia que se suscitan en el seno familiar, comunitario, social, educativo y laboral”<sup>101</sup>. Sin embargo, no encontramos previsiones expresas que garanticen el acceso a anticonceptivos de modo gratuito y confidencial.

En cuanto al aborto, cabe señalar que en Costa Rica solo está autorizado el llamado “aborto terapéutico”<sup>102</sup>, aunque puede eximirse de pena a la mujer que causa su propio aborto en caso de violación<sup>103</sup>. Por ello, el Comité también cuestionó “la carencia de directrices para informar a los médicos acerca de cuándo pueden practicar legalmente un aborto, la elevada tasa de abortos practicados en condiciones de riesgo y la falta de atención adecuada después de un aborto”<sup>104</sup>.

- **El sistema de responsabilidad penal adolescente**

Este sistema está regulado por fuera del CNA, en una ley específica - “Ley de Justicia Penal Juvenil”<sup>105</sup>-. Esta ley, sancionada en 1996, fue una de las primeras de la región en establecer un sistema especializado de justicia penal de responsabilidad penal de adolescentes bajo el paradigma de la Convención. Desde entonces fue objeto de algunas reformas parciales y fue complementada con otras leyes con claro sentido progresivo, como la “Ley de Ejecución de Sanciones Penales Juveniles”<sup>106</sup> y más recientemente la “Ley de Justicia Restaurativa”<sup>107</sup>.

El sistema organizado por estas leyes, en líneas generales, se ajusta a los lineamientos que fijó el Comité en su Observación General sobre “Los derechos del niño en la justicia de menores”<sup>108</sup>. Se trata de un procedimiento especializado, en el que se contemplan diversas salidas alternativas -como la justicia restaurativa, la conciliación y la suspensión del proceso a prueba- así como un amplio catálogo de medidas sancionatorias alternativas a la prisión<sup>109</sup>.

También es destacable que, a diferencia de otros países de la región, se dispone el control judicial de la ejecución de las sanciones, a través de la ya mencionada “Ley de Ejecución de Sanciones Penales Juveniles”. Esta ley recoge los más avanzados principios de derechos humanos en la ejecución de sanciones penales y prohíbe expresamente imponer el aislamiento como castigo<sup>110</sup>, aunque continúa vigente un artículo de la Ley de Justicia Penal Juvenil” que admite su utilización como medida dirigida a evitar actos de violencia contra la persona aislada o terceros<sup>111</sup>. Debe advertirse que aunque no se lo presente como una

medida sancionatoria, el régimen de aislamiento se encuentra expresamente prohibido en las “Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad”<sup>112</sup>, que deben ser integradas en la interpretación del art. 37 de la Convención sobre Derechos del Niño.

Más allá de esta observación, el sistema adolece de algunos defectos de mayor entidad. Sin dudas, el más importante es el plazo excesivamente prolongado de las penas privativas de la libertad<sup>113</sup>: un máximo de 10 años para los adolescentes que tienen entre 12 y menos de 15 años de edad, y un máximo de 15 años para aquellos que tienen entre 15 y menos de 18 años de edad. Estas penas son abiertamente incompatibles con la brevedad que debiera tener este tipo de medidas, tal como lo ha hecho notar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.<sup>114</sup>

Relacionado con estos plazos prolongados, se admite que si el imputado o condenado cumpliera 18 años mientras está privado de su libertad, se lo traslade a un centro penal de adultos. Aunque esta medida no es automática y se establece que “física y materialmente” debe continuar separado de los adultos<sup>115</sup>, debe recordarse que el Comité ha indicado que quienes se encuentran en esta situación “Deberían poder permanecer en el centro de menores si ello coincide con el interés superior del niño y no atenta contra el interés superior de los niños de menor edad internados en el centro”<sup>116</sup>.

Finalmente, también debe cuestionarse la edad excesivamente baja desde la que se reconoce la responsabilidad penal juvenil (12 años) -una de las más bajas de la región- y que no exista una prohibición clara de privar de la libertad a los menores de esa edad, que podrían ser objeto de una medida así de carácter administrativo<sup>117</sup>.

*En el ámbito de la protección contra la violencia, resulta incomprensible que las niñas y adolescentes hayan sido excluidas de la “Ley de Penalización de la violencia contra las mujeres”. Esta norma solo comprende a la violencia ejercida contra las adolescentes mayores de 15 años, siempre que no sea ejercida en el marco de una relación parental.*



### 3. Recomendaciones

El Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica forma parte de la primera oleada de las leyes de protección especial sancionadas bajo el paradigma de la Convención. Por medio de algunas pequeñas reformas, se ha ido ajustando a las más modernas interpretaciones del Comité y continúa ubicándose como uno de los más progresivos códigos de la región. Por ello, podemos concluir que no requiere de grandes modificaciones. Entre las distintas cuestiones que fueron apuntadas en el apartado anterior, posiblemente la de mayor entidad es la relacionada con la definición del principio de interés superior, que puede ser mejorada especificando que para su determinación debe oírse a los NNyA. También es susceptible de mejora la definición del derecho a la identidad, a fin de abarcar la identidad de género y la identidad cultural.

Esto no significa que no sean recomendables otras reformas legislativas. Como vimos, y es habitual en la región, aspectos centrales en relación a los derechos de los NNyA son abordados en otros códigos -especialmente en el Código de Familia- o en diversas leyes especiales.

En ese sentido, la legislación sobre adopción ocupa un lugar destacado. A pesar de que hace relativamente poco tiempo se modificaron varios artículos del Código de Familia que regulan este instituto<sup>118</sup>, continúa pendiente una revisión más amplia de la normativa. Entre otras cuestiones, resulta imprescindible derogar la figura de la “adopción directa” y establecer excepciones al principio de irrevocabilidad de la adopción. Asimismo, también es conveniente incorporar un principio expreso que deje a la institucionalización como medida de última ratio, así como procurar que los hermanos sean adoptados conjuntamente o reconocer el derecho de los NNyA adoptados a conocer su origen. Si bien algunas de estas cuestiones son tratadas en “Reglamento para los procesos de adopción nacional e internacional” emitido por el PANI, es conveniente que sean abordadas en una ley específica.

En el ámbito de la protección contra la violencia, resulta incomprensible que las niñas y adolescentes hayan sido excluidas de la “Ley de Penalización de la violencia contra las mujeres”<sup>119</sup>. Como vimos, esta norma solo comprende a la violencia ejercida contra las adolescentes mayores de 15 años, siempre que no

sea ejercida en el marco de una relación parental. Por ello, resulta necesario modificar su objeto, de modo que todos los actos de violencia de género practicados contra niñas y adolescentes tengan un marco específico de prevención, sanción y reparación.

Otra ley cuyo objeto debiera ser ampliado para amparar con toda claridad a los NNyA es la “Ley de los derechos y deberes de las personas usuarias de los servicios de salud públicos y privados”<sup>120</sup>. Si bien esta norma no los excluye expresamente, una interpretación sistemática refleja que no se ha reconocido la especificidad de los derechos de los NNyA en materia de salud. Resulta indispensable consagrar expresamente el principio de autonomía progresiva en relación a las intervenciones médicas, así como su derecho a ser informados sobre su situación de salud y a la confidencialidad.

Del mismo modo, también es aconsejable brindar un tratamiento específico a los derechos de los NNyA en la “Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad”<sup>121</sup> y en la regulación del aborto no punible.

Finalmente, en materia de responsabilidad penal juvenil, resulta imprescindible reducir drásticamente las penas máximas privativas de la libertad, así como debería evaluarse la posibilidad de elevar la edad mínima de responsabilidad penal, una de las más bajas de la región. También es necesario prohibir expresamente la privación de la libertad de los menores 12 años -que puede ser dictada administrativamente- y modificar el artículo 138 de la “Ley de Justicia Penal Juvenil”<sup>122</sup> vedando taxativamente el aislamiento de los adolescentes privados de la libertad, en sentido concordante con la “Ley de Ejecución de Sanciones Penales Juveniles”<sup>123</sup>.



### Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 El art. 105, a su vez, indica que la potestad de legislar de la Asamblea Legislativa solo está limitada “por los tratados, conforme a los principios del Derecho Internacional”.
- 5 Art. 51: “La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido”.
- 6 Art. 55 “La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado.”
- 7 Art. 13. A su vez, lógicamente, se reconoce la nacionalidad a los hijos de costarricenses nacidos en el territorio nacional o en el extranjero, en este último caso si son inscriptos antes de cumplir los 25 años.
- 8 Art. 17 “La adquisición de la nacionalidad trasciende a los hijos menores de edad, conforme a la reglamentación establecida en la ley”. Reformado por Ley 7514/1995.
- 9 Art. 53: “Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él. Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley”. Art. 54: “Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación.”
- 10 Art. 78: “La educación preescolar, general básica y diversificada son obligatorias y, en el sistema público, gratuitas y costeadas por la Nación. En la educación estatal, incluida la superior, el gasto público no será inferior al ocho por ciento (8%) anual del producto interno bruto, de acuerdo con la ley, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 84 y 85 de esta Constitución. El Estado facilitará el acceso tecnológico a todos los niveles de la educación, así como la prosecución de estudios superiores a quienes carezcan de recursos pecuniarios. La adjudicación de las becas y los auxilios estará a cargo del Ministerio del ramo, por medio del organismo que determine la ley”. Reformado por ley N° 8954/2011.
- 11 Art. 82: “El Estado proporcionará alimento y vestido a los escolares indigentes, de acuerdo con la ley.”
- 12 Art. 76.
- 13 Art. 71: “Las leyes darán protección especial a las mujeres y a los menores de edad en su trabajo.”
- 14 Art. 90: “La ciudadanía es el conjunto de derechos y deberes políticos que corresponden a los costarricenses mayores de dieciocho años.”
- 15 Ley 7739.
- 16 Art. 5 CNA: “Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal. La determinación del interés superior deberá considerar:
  - a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades.
  - b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.
  - c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve.
  - d) La correspondencia entre el interés individual y el social.”De manera similar, en el art. 7 se establece que “Las instituciones integrantes del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (...) garantizarán el respeto por el interés superior de estas personas en toda decisión pública o privada”.
- 17 Art. 14 CNA: “Las personas menores de edad tendrán derecho a la libertad. Este derecho comprende la posibilidad de: (...)
  - b) Expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela; también como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos.”
- 18 Art. 107 CNA: “En todo proceso o procedimiento en que se discutan disposiciones materiales de este Código, las personas menores de edad tendrán derecho a lo siguiente: a) Ser escuchadas en su idioma y que su opinión y versiones sean consideradas en la resolución que se dicte...”.
- 19 Art. 112 CNA: “Al interpretar e integrar las normas procesales establecidas en este título, la autoridad judicial o administrativa deberá orientarse al cumplimiento del interés superior del niño y de los demás principios protectores consagrados en la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, los demás tratados internacionales atinentes a la materia, la normativa consagrada en este Código y el Código Procesal Civil; este último, cuando no contravenga los principios establecidos en esta ley. Para la mejor determinación del interés superior del niño, la autoridad deberá contar con el apoyo y la consulta de un equipo interdisciplinario.”
- 20 Art. 9 CNA: “En caso de duda, de hecho o de derecho, en la aplicación de este Código, se optará por la norma que resulte más favorable para la persona menor de edad según los criterios que caracterizan su interés superior.”
- 21 Art. 8 CNA: “Las normas de este Código se aplicarán e interpretarán de conformidad con la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás fuentes normativas del derecho de la niñez y la adolescencia, de acuerdo con la siguiente jerarquía: a) La Constitución Política; b) La Convención sobre los Derechos del Niño; c) Los demás tratados y convenios internacionales sobre la materia; d) Los principios rectores de este Código; e) El Código de Familia y las leyes atinentes a la materia; f) Los usos y las costumbres propios del medio sociocultural; g) Los principios generales del Derecho.”
- 22 Art. 23 “Derecho a la identidad. Las personas menores de edad tendrán derecho a un nombre, una nacionalidad y un documento de identidad costeados por el Estado y expedido por el Registro Civil. El Patronato Nacional de la Infancia les prestará la asistencia y protección adecuadas, cuando hayan sido privados ilegalmente de algún atributo de su identidad.”
- 23 Art. 30 CNA, que analizaremos en detalle luego.



- 24 Ley 3504/1965.
- 25 Ley 8101.
- 26 En tanto dispone que “Se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.
- 27 Este artículo establece que no se negará a los niños que pertenecen a minorías étnicas o a pueblos indígenas el derecho “a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.
- 28 Debe tenerse presente que el CNA reconoce a los mayores de 15 años la legitimación para intervenir como parte en procesos judiciales en defensa de su interés, en tanto que quienes no han cumplido esa edad son representados por la autoridad parental o el Patronato Nacional de la Infancia (art. 108 CNA).
- 29 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 25 de noviembre de 2017, párr. 171.
- 30 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 25 de noviembre de 2017, párr. 154. Ver también Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, CRC/C/GC/20, párr. 34, y “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género” (“Principios de Yogyakarta”).
- 31 Ver en el mismo sentido art. 33: “Las personas menores de edad no podrán ser separados de su familia, salvo en circunstancias especiales establecidas por la ley. En este caso, tendrán derecho a la protección y asistencia técnica gratuitas por parte del Patronato Nacional de la Infancia.”
- 32 Art. 34 CNA: “La medida de protección tendiente a remover temporalmente del seno familiar a la persona menor de edad sólo se aplicará, cuando la conducta que la originó sea atribuible a alguien que conviva con ella y no exista otra alternativa. Cuando la conducta motivadora de la medida se origine en un delito de lesiones o uno contra la libertad sexual atribuible a alguien que conviva con la persona menor de edad perjudicada, la oficina local del Patronato Nacional de la Infancia u otra institución o persona pública o privada que conozca de estos hechos, deberá solicitar a la autoridad judicial la orden para que el imputado abandone el domicilio, según el Código de Procedimientos Penales y las medidas de protección contempladas en el artículo 3 de la Ley contra la violencia doméstica, No. 7586, de 10 de abril de 1996. Si no existiere otra alternativa que remover de la casa al niño para su ubicación temporal, deberá tenerse en cuenta, en primer término, a la familia extensa o las personas con quienes mantenga lazos afectivos. Agotados estos recursos, se procederá a ubicarlo en programas que para este efecto debe promover el Patronato Nacional de la Infancia. Siempre deberá informarse al niño, en forma adecuada a su etapa de desarrollo, sobre los motivos que justifican la aplicación de la medida cautelar y escuchará su opinión.”
- 33 Art. 159 CF: “La patria potestad puede suspenderse, modificarse, a juicio del Tribunal y atendiendo al interés de los menores, además de los casos previstos en el artículo 152, por: 1) La ebriedad habitual, el uso indebido de drogas, el hábito de juego en forma que perjudique al patrimonio de la familia, las costumbres depravadas y la vagancia comprobada de los padres; 2) La dureza excesiva en el trato o las órdenes, consejos, insinuaciones o ejemplos corruptores que los padres dieran a sus hijos; 3) La negativa de los padres a dar alimentos a sus hijos, el dedicarlos a la mendicidad y permitir que deambulen en las calles; 4) El delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de alguno de sus hijos y la condenatoria a prisión por cualquier hecho punible; 5) Incapacidad o ausencia declarada judicialmente; y 6) Por cualquier otra forma de mala conducta notoria de los padres, abuso del poder paterno, incumplimiento de los deberes familiares o abandono judicialmente declarado de los hijos”.
- 34 Art. 160 CF. Además, lógicamente, la declaración de abandono procede si el NNNoA carece de padre y madre conocidos o es huérfano de padre y madre y no se encuentra bajo tutela.
- 35 Art. 158.D CF, incorporado por la ley 9406/2016 de “Fortalecimiento de la protección legal de las niñas y las adolescentes mujeres ante situaciones de violencia de género asociadas a relaciones abusivas.”
- 36 Fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en los casos de adopción internacional (sentencia n° 05269, de 27/04/2011).
- 37 Art. 109 CF: “La adopción procederá en favor de: (...) c) Las personas menores de edad cuyos progenitores en el ejercicio de la autoridad parental, inscritos como tales en el Registro Civil, consientan ante la autoridad judicial correspondiente la voluntad de entrega y desprendimiento y, que a juicio de dicha autoridad medien causas justificadas, suficientes y razonables que la lleven a determinar este acto como lo más conveniente para el interés superior de la persona menor de edad” (t.o. ley 9064/2012).
- 38 CRC/C/15/Add.266 párr. 35. En el mismo sentido, en sus últimas observaciones finales señaló que “le sigue preocupando que todavía se sigan realizando adopciones directas” y que “También le preocupa que la insuficiente regulación de los servicios de adopción privada, combinada con la debilidad de los mecanismos de control y seguimiento, pueda dar lugar a casos de trata de niños” (CRC/C/CRI/CO/4, párr. 50).
- 39 Art. 116 CF: “Siempre que no exista oposición de terceros, en vía administrativa, el PANI podrá declarar en estado de abandono al expósito y al menor huérfano de padre y madre que no esté sujeto a tutela. De existir oposición, la declaratoria deberá tramitarse en la vía judicial. En todo caso, la resolución administrativa definitiva, se elevará siempre en consulta ante el Juez de Familia, quien deberá resolver en un plazo no mayor de quince días, contados a partir del recibo del expediente administrativo.”
- 40 V. gr. Colombia.
- 41 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 318.
- 42 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 152.
- 43 Art. 109 CF. Este artículo además agrega que la autoridad judicial “podrá solicitar, mediante resolución debidamente

- razonada, cualquier otra diligencia que considere pertinente, en caso de que exista duda razonable con respecto a la filiación del o los progenitores y la persona menor de edad.”
- 44 Art. 133 CF: “El adoptando expresará su criterio siempre que, a juicio del Juez, posea el discernimiento suficiente para referirse a la adopción de que es objeto. La persona menor de edad será oída personalmente por el Juez, de oficio o a petición de parte, y deberán estar presentes los peritos que realizaron los estudios psicosociales mencionados en el artículo 130 de este Código. El Juez deberá explicar a la persona menor de edad los alcances del acto, con o sin la asistencia de los adoptantes o sin ellos.”
- 45 De manera similar, tampoco son reconocidos como parte en el proceso de declaratoria judicial de abandono. Así, el art. 120 define como partes a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela sobre la persona menor de edad y establece que “si estas personas no pueden ser encontradas o si se trata de menores de edad huérfanos que no estén sujetos a tutela, el Juez nombrará a un curador ad-hoc para que asuma la representación de la persona menor de edad”. De este modo su representación queda absorbida por sus padres, disponiéndose la intervención del curador solo cuando aquellos no sean hallados. En cualquier caso, esto es matizado por el art. 123 en tanto dispone que debe realizarse una audiencia oral y privada con las partes a la que “asistirá la persona menor de edad interesada, cuando el Juez considere que posee el discernimiento suficiente para comprender los alcances del acto” y deberá ser oído.
- 46 Art. 111 CF. De todos modos, el art. 109 ter (agregado por la ley N° 9064/2012), establecido un período de seguimiento posadoptivo (de 3 años en las adopciones internacionales y 2 años en las nacionales), donde se establece que “de verificarse que las condiciones de la persona menor de edad en la familia adoptante ya no se ajustan a su interés superior, se procederá de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico vigente”. Esta última cláusula parece remitir a que el caso debe ser adoptado bajo las reglas generales de la suspensión o terminación de la autoridad parental.
- 47 Ver en este sentido “Caso Fornerón e hija Vs. Argentina” (Corte IDH, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de abril de 2012) y “Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio v. Argentina” (CCPR/C/53/D/400/1990). En ambos casos se puso de manifiesto la necesidad de que los procesos de adopción puedan ser revisados durante un periodo prolongado de tiempo. Además, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas -que ha sido ratificada por Costa Rica- exige que se establezcan procedimientos de revisión, revocación o nulidad de adopciones, contemplando específicamente la desaparición forzada como causal de la anulación (art. 25.4).
- 48 Publicado en La Gaceta N°106 del 04/06/2014.
- 49 Ley N° 8654/2008.
- 50 Art. 24 bis CNA.
- 51 De todos modos, debe advertirse que en sus últimas observaciones finales al Estado el Comité señaló su preocupación por “La persistencia de denuncias de malos tratos infligidos a niños detenidos o recluidos en instituciones penales, a pesar de que la Ley N° 8654 (2008), relativa al derecho de los niños, niñas y adolescentes a la disciplina sin castigo físico ni trato humillante, y la Ley N° 8649 (2008), relativa a la ejecución de las sanciones penales juveniles, prohíben al personal de los centros de detención de menores y de las instituciones penales recurrir a los castigos corporales y al trato degradante”. CRC/C/CRI/CO/4, párr. 42.
- 52 Art. 143 CF: “La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de orientar, educar, cuidar, vigilar y disciplinar a los hijos y las hijas; esto no autoriza, en ningún caso, el uso del castigo corporal ni ninguna otra forma de trato humillante contra las personas menores de edad. Asimismo, faculta para pedir al tribunal que autorice la adopción de medidas necesarias para coadyuvar a la orientación del menor, las cuales pueden incluir su internamiento en un establecimiento adecuado, por un tiempo prudencial. Igual disposición se aplicará a los menores de edad en estado de abandono o riesgo social, o bien, a los que no estén sujetos a la patria potestad; en este último caso, podrá hacer la solicitud el Patronato Nacional de la Infancia. El internamiento se prolongará hasta que el tribunal decida lo contrario, previa realización de los estudios periciales que se requieran para esos efectos; esos estudios deberán ser rendidos en un plazo contado a partir del internamiento.” (t.o. art. 2 ley N° 8654/2008).
- 53 A/RES/64/142.
- 54 Ley 7586/1996, modificada parcialmente por las leyes 8589/2007 y 8925/2011.
- 55 “Cuando se trate de menores de doce años (...) la medida deberá ser solicitada por su representante legal, el Patronato Nacional de la Infancia, una autoridad de policía o un mayor de edad” (art. 7.A Ley 7586/1996).
- 56 Ley 8720/2009.
- 57 Art. 12.A Ley 8720/2009: “Solicitud y procedimiento de las medidas de protección extraprocesales. (...) Cuando la persona protegida sea menor de edad, la solicitud podrá presentarla su representante legal o la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia. De no poder cumplirse este requisito porque el interés de la persona menor de edad se contrapona al de quienes ejercen su autoridad parental, corresponderá al Patronato Nacional de la Infancia (PANI), representar los intereses de la persona menor de edad. No obstante, en todos los casos, cuando se trate de víctimas menores de edad protegidas por la presente Ley, se procederá de conformidad con el Código de la Niñez y la Adolescencia y la Convención sobre los derechos del niño.”
- 58 “Para ello, el Ministerio Público, el juez o el tribunal de juicio que conozca de la causa, adoptarán las medidas necesarias para que se reduzcan los trámites y se reciba su testimonio, en las condiciones especiales que se requieran. Podrá solicitarse, en caso necesario, un dictamen al Departamento de Trabajo Social y Psiquiatría y Psicología Forense o de algún otro perito o experto, debidamente nombrado, resguardando siempre el derecho de defensa...” (art. 71.2.C).
- 59 Ley 8589/2007.
- 60 Art. 8.D.
- 61 Decreto Legislativo 8590/2007.
- 62 Ley 9406/2016.
- 63 Art. 14 Código de Familia (t.o. Ley 9406/2016).
- 64 De este modo, adecuadamente, las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes no constituyen delito.



- 65 Art. 159 CP (t.o. Ley 9406/2016): “Relaciones sexuales con personas menores de edad. Será sancionado con pena de prisión, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona menor de edad, siempre que no constituya delito de violación, en los siguientes supuestos: 1) Con pena de prisión de tres a seis años, cuando la víctima sea mayor de trece y menor de quince años de edad, y el autor sea cinco o más años mayor que esta en edad. 2) Con pena de prisión de dos a tres años, cuando la víctima sea mayor de quince y menor de dieciocho años, y el autor sea siete o más años mayor que esta en edad. 3) Con pena de prisión de cuatro a diez años, siempre que el autor tenga, respecto de la víctima, la condición de ascendiente, tío, tía, hermano o hermana, primo o prima por consanguinidad o afinidad, sea tutor o guardador, o se encuentre en una posición de confianza o autoridad con respecto de la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco. Los mismos supuestos operarán si la acción consiste en la introducción de uno o varios dedos, objetos o animales por la vía vaginal o anal.”
- 66 Decreto Legislativo 9095/2013.
- 67 Art. 2 DL 9095/2013. Allí se recuerda que “en toda acción pública o privada que involucre a una persona menor de edad debe prevalecer su interés superior” y que “La determinación del interés superior está dada a partir de la condición de sujeto activo de los derechos y las responsabilidades que tiene la persona menor de edad, su edad, el grado de madurez, la capacidad de discernimiento y las demás condiciones personales, las condiciones socioeconómicas donde se desenvuelve y la correspondencia entre el interés individual y el social”.
- 68 Art. 3 DL 9095/2013.
- 69 Art. 42 DL 9095/2013: “Además de otras garantías previstas en esta ley, se aplicarán las siguientes medidas con las personas menores de edad víctimas: a) Recibir especial atención y cuidado, en especial cuando se trate de lactantes; b) Cuando la edad de la persona víctima es incierta y existan razones para creer que se trata de una persona menor de edad, será considerada como tal, a la espera de la verificación de su edad, según los mecanismos establecidos; c) La asistencia será proporcionada por profesionales capacitados para tal efecto y de conformidad con sus necesidades especiales, fundamentalmente en lo que respecta a alojamiento, educación y cuidados; d) Si la víctima es una persona menor de edad no acompañada, el Patronato Nacional de la Infancia gestionará, ante las autoridades que correspondan, todas las diligencias necesarias para establecer su nacionalidad e identidad y la localización de su familia, acorde con el interés superior de la persona menor de edad y en seguimiento de los protocolos existentes; e) En caso de que la persona menor de edad no tenga representante legal o que quien pueda ostentar esa posición represente un nivel de riesgo al interés superior de la persona menor de edad, el Patronato Nacional de la Infancia, según establece la ley, asumirá su representación legal; f) Los niños, las niñas y los adolescentes víctimas deben ser informados sobre las medidas de asistencia, protección e incidencias del proceso en su idioma natal y en formato accesible, de manera que sean comprensibles para ellos; g) En el caso de personas menores de edad víctimas o testigos, las entrevistas, los exámenes y otras formas de investigación se llevarán a cabo por profesionales especialmente capacitados, en un ambiente adecuado y en un idioma o medio comprensible para la persona menor de edad y en presencia de sus padres o tutor legal, si las circunstancias lo permiten; en caso contrario, de un representante del Patronato Nacional de la Infancia; h) En el caso de las personas menores de edad víctimas y testigos, los procedimientos judiciales se llevarán a cabo siempre en audiencia privada fuera de la presencia de los medios de comunicación y público en general. Las personas menores de edad víctimas y testigos deberán rendir siempre testimonio ante el tribunal, sin la presencia de las personas imputadas; para ello, el Tribunal tomará las medidas pertinentes, a fin de garantizar los derechos correspondientes.”
- 70 Art. 37.I DL 9095/2013.
- 71 Este supuesto no estaba contemplado en la definición de la trata de personas que efectuaba la ley que introdujo la figura en la legislación costarricense (ley 7899/1999). De todas formas, se advierte que la definición de la adopción irregular no resulta del todo precisa, pues se enuncia que es “la que se produce sin mediar los presupuestos establecidos en la Ley N° 5476, Código de Familia (...) y sus reformas” (art. 7.A).
- 72 Decreto Legislativo 9307/2015.
- 73 Art. 3 DL 9307/2015.
- 74 Capítulo VII del Título II, “Régimen Especial de Protección al Trabajador Adolescente”.
- 75 Art. 95 CNA: “El trabajo de las personas adolescentes no podrá exceder de seis horas diarias ni de treinta y seis horas semanales. Prohíbese el trabajo nocturno de las personas adolescentes. Se entenderá por este tipo de trabajo el desempeñado entre las 19:00 horas y las 7:00 horas del día siguiente, excepto la jornada mixta, que no podrá sobrepasar las 22:00 horas.”
- 76 Ley 8922/2010.
- 77 Por medio de la ley 8842/2010 se agregó al CNA el artículo 94 bis referido específicamente al trabajo doméstico del adolescente, prohibiéndose “a) Que la persona adolescente duerma en su lugar de trabajo; b) Cuando consista en el cuidado de niños o niñas, personas adultas mayores o personas con discapacidad; c) Cuando implique labores de vigilancia.”
- 78 Art. 88 CNA.
- 79 Como ya se indicó en el primer apartado, el art. 78 de la Constitución (reformado por la ley 8954/2011) establece que la educación es obligatoria hasta el nivel diversificado.
- 80 Ver art. 30 de la CDN.
- 81 Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138). Ver también la Recomendación (núm. 146) que lo complementa.
- 82 Ver por caso sus observaciones finales sobre Nicaragua: “También se propone al Gobierno que estudie la ampliación de la enseñanza obligatoria a nueve años de escolarización, a la vez que se procura que la edad de terminación de la enseñanza obligatoria se armonice con la edad mínima para trabajar...” (Nicaragua CRC/C/15/Add.36, párrafo 38). En el mismo sentido, al examinar a Túnez señaló que “la discrepancia legislativa entre la edad para terminar la enseñanza obligatoria y la edad mínima para la admisión al empleo pueda alentar a los adolescentes a abandonar el sistema escolar” (Túnez CRC/C/15/Add.39, párrafo 9).



- 83 Art. 87 CNA, donde se agrega que “El Ministerio de Educación Pública diseñará las modalidades y los horarios escolares que permitan la asistencia de esta población a los centros educativos. Las autoridades de los centros educativos velarán porque el trabajo no afecte la asistencia y el rendimiento escolar. Deberán informar, a la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cualquier situación irregular en las condiciones laborales de los educandos.”
- 84 Art. 56 CNA.
- 85 Art. 68 CNA: “Toda medida correctiva que se adopte en los centros educativos se aplicará respetando la dignidad de las personas menores de edad a quienes se les garantizará la oportunidad de ser oídas previamente. Solo podrán imponerse medidas correctivas por conductas que, con anticipación, hayan sido tipificadas claramente en el reglamento del centro educativo, siempre que se respete el debido proceso y se convoque a los representantes legales del educando y su defensor. Quien resulte afectado por la aplicación de una medida correctiva tendrá el derecho de recurrir ante las instancias superiores establecidas.”
- 86 Al respecto, el Comité recomendó al Estado que “refuerce los modelos de educación bilingüe e intercultural para los niños indígenas”. CRC/C/CRI/CO/, párr. 69.
- 87 Art. 78: “La educación preescolar, general básica y diversificada son obligatorias y, en el sistema público, gratuitas y costeadas por la Nación. En la educación estatal, incluida la superior, el gasto público no será inferior al ocho por ciento (8%) anual del producto interno bruto, de acuerdo con la ley, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 84 y 85 de esta Constitución. El Estado facilitará el acceso tecnológico a todos los niveles de la educación, así como la prosecución de estudios superiores a quienes carezcan de recursos pecuniarios. La adjudicación de las becas y los auxilios estará a cargo del Ministerio del ramo, por medio del organismo que determine la ley”. Reformado por ley 8954/2011.
- 88 Art. 41 CNA.
- 89 Ley 8239/2002.
- 90 Art. 46 CNA. De manera coincidente, en la Ley General de Salud se dispone que “Los padres, depositarios y representantes legales de los menores e incapaces no podrán negar su consentimiento para someter a sus representados a prácticas o tratamientos cuya omisión implique peligro inminente para su vida o impedimento definitivo, según dictamen de dos médicos” (ley 5395, art. 27).
- 91 La excepción son las leyes que regulan la donación y trasplante de órganos (Decreto Legislativo 9222, art. 17.B) y la investigación biomédica (Decreto Legislativo 9234, art. 17) que requieren que en el caso de prácticas sobre mayores de doce años se cuente con su asentimiento informado. Esta última agrega que “En caso de que la persona menor de edad se rehúse a asentir, prevalece su criterio sobre el de su representante legal, siempre y cuando su vida o su salud no dependan de su participación en la investigación, de acuerdo con lo establecido en la Ley N.º 7739, Código de la Niñez y la Adolescencia...”.
- 92 Ver al respecto capítulo sobre Chile.
- 93 En cualquier caso, debe advertirse que en las Orientaciones generales para los informes periódicos el Comité indica a los Estados que deben proveer información sobre la edad mínima para el tratamiento médico o las intervenciones quirúrgicas sin el consentimiento de los padres (párrafo 24).
- 94 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 39.
- 95 Véase, por todos, la Observación General nro. 12 del Comité, sobre derecho del niño a ser oído, donde con toda contundencia se afirma que el “El derecho al asesoramiento y consejo es distinto del derecho a otorgar consentimiento médico y no se debe someter a ninguna limitación de edad”. CRC/C/GC/12, párr. 101.
- 96 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 8.
- 97 Observación General N° 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, CRC/C/GC/15, párr. 31.
- 98 CRC/C/CRI/CO/4, párr. 54.
- 99 Ley 9379/2016.
- 100 CRC/C/CRI/CO/4, párr. 62.
- 101 Art. 44 CNA. Debe agregarse que el art. 58 establece que “En el diseño de las políticas educativas nacionales, el Estado deberá: (...) f) Propiciar la inclusión, en los programas educativos, de temas relacionados con la educación sexual, la reproducción, el embarazo en adolescentes, las drogas, la violencia de género, las enfermedades de transmisión sexual, el sida y otras dolencias graves”.
- 102 En caso de riesgo para la vida o salud de la mujer gestante y siempre que no pueda ser evitado por otros medios (art. 121 del Código Penal).
- 103 Se trata de un “perdón judicial” otorgado por parte del juez de sentencia y no implica que la práctica del aborto sea legal (art. 93.A Código Penal).
- 104 CRC/C/CRI/CO/4, párr. 62.
- 105 Ley 7576/1996.
- 106 Ley 8460/2005.
- 107 Ley 9582/2018, en vigencia a partir del 20 de enero de 2019.
- 108 Observación General nro. 10 (2007), CRC/C/GC/10.
- 109 Art. 121 Ley 7576/1996 (t.o. Ley 9582): “Tipos de sanciones. Verificada la comisión o la participación del menor de edad en un hecho delictivo, el juez penal juvenil podrá aplicar los siguientes tipos de sanciones:
- Sanciones socioeducativas. Se fijan las siguientes: 1) Amonestación y advertencia; 2) Libertad asistida; 3) Prestación de servicios a la comunidad; 4) Reparación de los daños a la víctima.
  - Órdenes de orientación y supervisión. El juez penal juvenil podrá imponer las siguientes órdenes de orientación y supervisión: 1) Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él; 2) Abandonar el trato con determinadas personas; 3) Eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados; 4) Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio; 5) Adquirir trabajo; 6) Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas,



- sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito; 7) Ordenar el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas; 8) Tratamiento de drogas bajo supervisión judicial juvenil restaurativo.
- c) Sanciones privativas de libertad. Se fijan las siguientes: 1) Internamiento domiciliario; 2) Internamiento durante tiempo libre; 3) Internamiento en centros especializados.
- 110 El art. 103 establece que “Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano y degradante, incluso los castigos corporales y el aislamiento como castigo, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental de la persona”.
- 111 Ley 7576/1996, art. 138 “Durante la ejecución de las sanciones, el menor de edad tendrá, como mínimo, los siguientes derechos: (...) i. Derecho a no ser incomunicado en ningún caso, ni a ser sometido al régimen de aislamiento ni a la imposición de penas corporales. Cuando la incomunicación o el aislamiento deben ser aplicados para evitar actos de violencia contra el menor de edad o terceros, esta medida se comunicará al Juez de Ejecución y al Defensor de los Habitantes, para que, de ser necesario, la revisen y la fiscalicen.”
- 112 Res. AG 45/113, del 14/12/1990. Ver en particular art. 67, que establece que “Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos 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.”
- 113 Estas medidas solo proceden “Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años” o “Cuando haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas” (art. 131 Ley 7576/1996). Este artículo agrega que “El Juez deberá considerar el sustituir esta sanción por una menos drástica cuando sea conveniente”.
- 114 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, 2011, OEA/Ser.L/V/II, parr. 369.
- 115 Ley 7576/1996 (reformado por art. 111 Ley 8460), art. 140: “Si el menor de edad privado de libertad cumple dieciocho años de edad durante su internamiento, podrá según corresponda ser trasladado a un centro penal de adultos; pero física y materialmente estará separado de ellos.”
- 116 Observación General nro. 10 (2007), CRC/C/GC/10, párr. 86.
- 117 Ley 7576/1996, art. 6: “Los actos cometidos por un menor de doce años de edad, que constituyan delito o contravención, no serán objeto de esta ley; la responsabilidad civil quedará a salvo y se ejercerá ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Sin embargo, los juzgados penales juveniles referirán el caso al Patronato Nacional de la Infancia, con el fin de que se le brinde la atención y el seguimiento necesarios.
- Si las medidas administrativas conllevan la restricción de la libertad ambulatoria del menor de edad, deberán ser consultadas al Juez de Ejecución Penal Juvenil, quien también las controlará.”
- 118 Ley 9064/2012.
- 119 Ley 8589/2007.
- 120 Ley 8239/2002.
- 121 Ley 9379/2016.
- 122 Ley 7576/1996.
- 123 Ley 8460/2005.

# CUBA



© UNICEF Cuba/2018-093/Mrazikova

## 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución de la República de Cuba

Cuba ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1991. Recientemente, con fecha 24 de febrero de 2019, Cuba aprobó una profunda reforma constitucional que valorizó los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno, aunque sin otorgarles jerarquía constitucional. Así, la nueva Constitución reconoce la dignidad humana como “el valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución”<sup>4</sup> y define el papel del Estado como garante del “ejercicio irrenunciable, imprescriptible, universal e independiente

Instrumento	
CDN	Jerarquía inferior a la Constitución.
Reservas	Sin reservas.
Declaraciones	“Con referencia al artículo 1 de la Convención, el Gobierno de la República de Cuba declara que, en Cuba, conforme a la legislación interna vigente, la mayoría no se alcanza a los 18 años de edad para los fines del pleno ejercicio de los derechos cívicos”.
PF 1 <sup>1</sup>	Ratificado en 2007, con la siguiente declaración: “El Gobierno de la República de Cuba declara vinculante la edad mínima de 17 años para el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas. También declara que las garantías y salvaguardias para esta disposición están contenidas en la Ley N° 75 (Ley de Defensa Nacional) de 21 de diciembre de 1994 y en el Decreto Ley No. 224 (Ley de Servicio Militar Activo) de 15 de octubre de 2001”.
PF 2 <sup>2</sup>	Ratificado en 2001.
PF 3 <sup>3</sup>	Aún sin ratificar.

*La Constitución contiene disposiciones sobre el derecho a fundar una familia, sobre los derechos de los hijos, la maternidad y la paternidad, y la violencia familiar.*

de los derechos humanos, en correspondencia con los principios de progresividad, igualdad y no discriminación<sup>5</sup>. En este esquema, el texto constitucional establece que “lo prescrito en los tratados internacionales de derechos humanos forma parte o se integra al ordenamiento jurídico nacional” pero la Constitución “prima” sobre los tratados internacionales<sup>6</sup>.

Esta reforma constitucional también implicó un avance sustantivo para los derechos de los NNyA, al considerarlos “plenos sujetos de derechos” y afirmar que “gozan de aquellos reconocidos en la Constitución, además de los propios de su especial condición de persona en desarrollo”<sup>7</sup>. La norma expresa que tanto el Estado como la sociedad y las familias deben brindar “especial protección a las niñas, niños y adolescentes y garantiza[r] su desarrollo armónico” y consagra expresamente el principio de interés superior al establecer que se lo debe tener en cuenta “en todas

las decisiones y actos que les conciernan”<sup>8</sup>. Asimismo, la Constitución reconoce a las “personas jóvenes como activos participantes en la sociedad” y establece que el Estado, la sociedad y las familias deben crear “las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos y su desarrollo integral”<sup>9</sup>.

Por su parte, la Constitución contiene disposiciones sobre el derecho a fundar una familia, sobre los derechos de los hijos, la maternidad y la paternidad, y la violencia familiar.

Así, en relación con la familia, se reconoce el derecho a fundar una familia, y al reconocimiento y protección de ellas por parte del Estado, “cualquiera sea su forma de organización, como célula fundamental de la sociedad”<sup>10</sup>. Se establece que las familias “se constituyen vínculos jurídicos o de hecho, de naturaleza afectiva, y se basan en la igualdad de derechos, deberes y oportunidades de sus



*El sistema nacional de educación garantiza la inclusión de la enseñanza y práctica de la educación física y el deporte como parte de la formación integral de la niñez, la adolescencia y la juventud.*

integrantes”<sup>11</sup>. Finalmente, se establece que el Estado debe crear las condiciones “para garantizar que se favorezca integralmente la consecución de sus fines”<sup>12</sup>. También se garantiza la igualdad de todos los hijos, prohibiendo toda calificación sobre la naturaleza de la filiación.<sup>13</sup>

Al regular la paternidad y la maternidad, la Constitución establece que ambas son protegidas por el Estado, y que tanto madres y padres “tienen responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación integral de las nuevas generaciones en los valores morales, éticos y cívicos, en correspondencia con la vida en nuestra sociedad socialista”<sup>14</sup>. Además, tanto a madres y a padres como otros parientes consanguíneos o afines que cumplan funciones de guarda y cuidado deben “dar alimentos a niñas niños y adolescentes, respetar y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, protegerlos de todos los tipos de violencia y contribuir activamente al desarrollo pleno de su personalidad”<sup>15</sup>. Asimismo, los hijos tienen deberes: “respetar, atender y proteger a sus madres, padres y otros parientes, conforme con lo establecido en la ley”<sup>16</sup>.

Con respecto a la violencia, la Constitución condena la violencia familiar “en cualquiera de sus manifestaciones” por considerarla “destructiva de las personas implicadas, de las familias y de la sociedad”<sup>17</sup>.

Otro aspecto relevante de la Constitución cubana es que prohíbe el trabajo de niñas, niños y adolescentes y establece que el Estado debe brindar “especial protección a aquellos adolescentes graduados de la enseñanza técnica y profesional y otros que, en circunstancias excepcionales... son autorizados a incorporarse al trabajo, con el fin de garantizar su adiestramiento y desarrollo integral”<sup>18</sup>. Asimismo, se

garantiza el derecho a la seguridad social para toda persona que trabaja y se establece que el Estado protegerá a “los abuelos u otros familiares del menor de edad, en función del cuidado y atención a este (...)”<sup>19</sup>.

Finalmente, la Constitución reconoce otros derechos a todas las personas, sin hacer expresa referencia o establecer disposiciones específicas sobre niños, niñas y adolescentes. La excepción es el derecho a la educación, en donde se hace expresa referencia a la niñez y a la juventud, estableciendo que “[l]as personas tienen derecho a la educación física, al deporte y a la recreación como elementos esenciales de su calidad de vida. El sistema nacional de educación garantiza la inclusión de la enseñanza y práctica de la educación física y el deporte como parte de la formación integral de la niñez, la adolescencia y la juventud”<sup>20</sup>.

## 2. El “Código de la Niñez y la Juventud”. Leyes relacionadas a los derechos de los NNYA

La ley general que rige en materia de derechos de NNYA es el “Código de la Niñez y la Juventud”<sup>21</sup> (en adelante “el Código” o CNJ). De acuerdo a sus disposiciones generales, este Código “regula la participación de los niños y jóvenes menores de treinta años en la construcción de la nueva sociedad y establece las obligaciones de las personas, organismos e instituciones que intervienen en su educación conforme al objetivo de promover la formación de la personalidad comunista en la joven generación”<sup>22</sup>. De allí ya se advierte que no se trata estrictamente de una ley de protección de los derechos de los NNYA, alcanzando sus regulaciones igualmente a los jóvenes menores de 30 años.

Más allá de su denominación como “Código”, se trata de una ley breve –en comparación con los códigos o leyes de protección de los demás países de la región<sup>23</sup>. El Código fue sancionado en 1978, por lo que su carácter preconvenional es evidente. Esta es la característica también de otras leyes centrales que abordan los derechos de los NNyA, como el Código de Familia (de 1975) y el Decreto “De la adopción, los hogares de menores y las familias sustitutas”<sup>24</sup> (de 1984) y ha sido motivo de preocupación constante del Comité<sup>25</sup>.

Como se ha indicado en la sección anterior, recientemente Cuba realizó una significativa reforma constitucional, que implicó un gran avance para los derechos de los NNyA. En consecuencia, se encuentra en curso un proceso amplio y profundo de reformas legislativas que, es de esperar, adecue estas leyes a la nueva Constitución.

- **El principio de interés superior de los NNyA**

Como vimos, la reforma de la Constitución de 2019 implicó la incorporación en ella del principio de interés superior. Esto no solo produjo la jerarquización del principio, sino lisa y llanamente su primer reconocimiento expreso en el marco normativo interno cubano, dado que en la legislación inferior no se hace referencias a este principio fundamental<sup>26</sup>.

Sin embargo, como es característico de los textos de esa jerarquía, la Constitución se limita a enunciar la vigencia del principio, sin mayores detalles. De hecho, esa definición no recoge el carácter de principio interpretativo ni ofrece mayores especificaciones sobre su faz procedimental. Por ello, sigue siendo necesario que una ley defina el alcance del principio, reconociendo claramente sus tres facetas: derecho sustantivo, principio interpretativo y norma de procedimiento.

Además, el principio de interés superior debe integrarse en todas las normas que se refieran a los derechos de los NNyA, como el Código de Familia o las leyes que reglamentan el derecho a la educación o la salud. En este sentido, el Comité instó al Estado a que “intensifique sus esfuerzos para asegurar que el principio del interés superior del niño se integre de forma adecuada y se aplique sistemáticamente en todos los procedimientos administrativos y judiciales, así como en las políticas, los programas y

los proyectos relacionados con los niños y que tengan repercusión sobre estos. Asimismo, debe basarse en ese principio la fundamentación jurídica de todas las sentencias y decisiones judiciales y administrativas”<sup>27</sup>.

- **El derecho a la identidad**

La reforma constitucional de 2019 también implicó la incorporación del derecho a la identidad entre aquellos derechos que se reconoce a todas las personas – incluidos los NNyA<sup>28</sup>. Sin embargo, la legislación inferior aún no recoge este derecho en todo su alcance.

El registro del nacimiento está regulado en el Código Civil y, especialmente, en la Ley de Registro Civil<sup>29</sup>. Allí se fija como responsabilidad de los padres efectuar la inscripción en el plazo de 30 días desde el nacimiento y si establece quiénes deben suplirlos en caso de que no lo hicieran o estén impedidos. La ley no prevé expresamente la gratuidad de la inscripción ni establece un procedimiento para las inscripciones tardías, que queda librado a la reglamentación<sup>30</sup>.

La legislación cubana tampoco contiene una norma que se refiera al derecho a la identidad en relación a conocer a los padres. Esto vincula directamente con las disposiciones relativas a la filiación que, más allá de algunas disposiciones de la Ley de Registro Civil, están reguladas en el Código de Familia. En este sentido, es especialmente problemática la regulación de la impugnación de la filiación por parte de los hijos, pues solo se admite que inicien la acción durante el plazo de un año desde que alcanzan la mayoría de edad<sup>31</sup>. Se trata de un plazo excesivamente limitado, que a la vez impide que ejerzan su derecho a la identidad antes de alcanzar la mayoría de edad, en clara confrontación con los artículos 7 y 8 de la Convención.

Otras facetas del derecho a la identidad, como la identidad cultural o la identidad de género, carecen de todo reconocimiento normativo. Estos aspectos de la identidad tienen base en otros artículos de la Convención –como los arts. 2, 13, 16, 20 y 30–, que pueden ponderarse a luz del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos. Al respecto, el Comité ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente”<sup>32</sup>.

## • El derecho a la familia

Como vimos, tras la reforma de 2019, la Constitución contiene numerosas disposiciones constitucionales relacionadas con el derecho a la familia, al punto que le dedica un capítulo específico<sup>33</sup>. Allí se enuncia el derecho a fundar una familia y a que ésta goce de protección del Estado, a la igualdad entre los hijos y al reconocimiento y protección de la maternidad y paternidad, a la protección contra la violencia familiar, entre otros, y se afirma que “Las madres y los padres u otros parientes consanguíneos o afines que cumplan funciones de guarda y cuidado tienen el deber de dar alimentos a niñas, niños y adolescentes, respetar y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, protegerlos de todos los tipos de violencia y contribuir activamente al desarrollo pleno de su personalidad”<sup>34</sup>. Más allá de esta enunciación, no hay ninguna referencia expresa al derecho de los NNyA a crecer dentro de una familia. Esta omisión no es suplida por la legislación inferior, donde se regulan las relaciones familiares, pero no se afirma con claridad el derecho de los NNyA a contar con una familia.

La norma central en este campo es el Código de Familia<sup>35</sup>, que organiza las relaciones entre padres e hijos bajo el instituto de la patria potestad. Algunos de los motivos por los que ésta puede extinguirse o suspenderse, provocando la consecuente separación familiar, son excesivamente indeterminados, característicos de la doctrina de la situación irregular, o incompatibles con la Convención. Así, se alude a observar “una conducta viciosa, corruptora, delictiva o peligrosa, que resulte incompatible con el debido ejercicio de la patria potestad”<sup>36</sup> o al incumplimiento grave de los deberes de la patria potestad. Sin embargo, no se ha previsto ninguna

cláusula que prohíba fundar la separación familiar exclusivamente en la falta de recursos económicos. Esto es especialmente relevante, en tanto entre los deberes de la patria potestad, lógicamente, se incluyen la provisión de una “habitación estable y una alimentación adecuada”<sup>37</sup>.

Debe recordarse que “cuando la ley deja los criterios de separación en manos de los tribunales, de modo que es únicamente el juez quien decide cuál es el interés superior del niño, el Estado debe asegurarse de que los jueces ejercen esta facultad con objetividad”<sup>38</sup>. Por ello, es imprescindible delimitar con mayor precisión estos supuestos previstos en el Código de Familia, especialmente considerando que la adopción es procedente si ambos padres son privados de la patria potestad, sin que éstos puedan intervenir en ese proceso<sup>39</sup>.

Un párrafo especial merece la suspensión de la patria potestad “por incapacidad”<sup>40</sup> de los padres, en abierta contradicción con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>41</sup>.

En cuanto al régimen de la adopción, además de la ya señalada causal de pérdida de la patria potestad, puede disponerse en caso de abandono o identidad desconocida de los padres, entre otras de estilo<sup>42</sup>. Paradójicamente, el Código de Familia prevé que los padres biológicos pueden oponerse a la adopción, pero no se disponen mayores medidas para garantizar su intervención o para verificar, por medio de una investigación independiente, que las alegadas circunstancias de abandono o identidad desconocida de los padres sea tal.

En general, toda la regulación de las adopciones presenta deficiencias y omisiones considerables.

Por ejemplo, en el caso de NNyA que



© UNICEF Cuba/2018-515/Mrazikova



están institucionalizados, el proceso adoptivo está a cargo de la dirección del centro donde se encuentren, que emite un certificado para ser presentado al tribunal correspondiente<sup>43</sup>. De allí se desprende que los adoptantes realizan el trámite ante la institución correspondiente, respecto de un NNoA determinado, sin que la ley prevea una centralización de los requerimientos<sup>44</sup>.

Si bien el énfasis en la vía administrativa puede ser una manera razonable de garantizar que las medidas de protección sean adoptadas a tiempo, y por un período adecuado, el artículo 9 de la Convención exige que existan suficientes mecanismos de revisión judicial y, una vez más, amplias posibilidades de intervención en ese proceso para todos los involucrados, incluyendo lógicamente a los niños y adolescentes. Debe recordarse que, “de conformidad con la Convención, toda adopción requiere una investigación minuciosa, con informes pormenorizados, realizados por profesionales independientes, y cuyos destinatarios serán las autoridades competentes”<sup>45</sup>. Lamentablemente, el Código de Familia de Cuba no satisface estas obligaciones. A esto se suma que el plazo para impugnar las adopciones es excesivamente exiguo, fijándose en 6 meses<sup>46</sup>.

En cuanto a la intervención de los NNoA en el proceso adoptivo, el Código apenas enuncia que la autoridad judicial “podrá explorar su voluntad”<sup>47</sup> cuando tengan 7 años o más. De este modo, no puede afirmarse que se reconozca el derecho de los NNoA a ser oídos con el alcance que exige la Convención, pues la norma deja librada a la discrecionalidad judicial la decisión de escucharlos -o no hacerlo-<sup>48</sup>.

La ley cubana tampoco contiene ninguna disposición dirigida a asegurar el derecho de los NNoA adoptados a conocer sus orígenes.

Por otro lado, el Decreto-Ley 76/1984 -que modificó los artículos del Código de Familia relacionados con la adopción- también regula el funcionamiento de los “hogares de menores y familias sustitutas”. Esta ley fija como regla general la institucionalización de los NNoA sin amparo familiar -incluyendo a niños recién nacidos o de muy corta edad- y limita a las llamadas familias sustitutas a desarrollar un rol de apoyo a los centros de acogida<sup>49</sup>. La norma no promueve la permanencia de los NNoA en el ámbito de su familia extendida ni procura que mantengan el contacto su familia cuando se produzca la institucionalización. En definitiva, es notorio su desacople con las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”<sup>50</sup>.

Esta norma también colisiona con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, pues dispone que los NNoA “con deficiencias físicas o mentales serán acogidos en escuelas especiales” o, si estas fueran “graves o profundas”, directamente internados en “instituciones médico psicopedagógicas”<sup>51</sup>. Se advierte fácilmente que se establece un régimen diferenciado para los NNoA con discapacidad, exclusivamente en función de dicha discapacidad, violando diversos derechos previstos en la CDPD, como las prohibiciones de discriminación (art. 5) y de privación arbitraria de la libertad (art. 14), el derecho a la vida independiente y en la comunidad (art. 19) y el derecho a la educación inclusiva (art. 24). No debe perderse de vista que estos derechos tienen su correlato en la Convención sobre los Derechos del Niño, que debe ser aplicada y analizada tomando en cuenta las demás disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos -principio de interdependencia-.

## • El derecho a la protección contra toda forma de violencia

Al igual que sucede con los derechos analizados precedentemente, este derecho también tiene reconocimiento expreso en la Constitución tras la reforma de 2019<sup>52</sup>, pero no tiene un correlato claro en la legislación inferior.

En este sentido, si bien el Código de Familia contiene ciertas disposiciones que tienden a la protección de NNoA, aún autoriza la imposición de castigos corporales<sup>53</sup>. Del mismo modo, ninguna norma prohíbe expresamente su imposición en otros ámbitos, como el escolar o las instituciones de cuidado alternativo<sup>54</sup>. A juzgar por las últimas observaciones finales del Comité, no se trata de una mera deficiencia normativa, sino que los castigos corporales se utilizarían “con frecuencia en las escuelas e instituciones sociales como medida ‘disciplinaria’”<sup>55</sup>.

Asimismo, tampoco existe una ley de violencia contra las mujeres ni una ley de violencia doméstica, pese a que la Constitución condena “la violencia familiar, en cualquiera de sus manifestaciones”<sup>56</sup> y protege a las mujeres “de la violencia de género en cualquiera de sus manifestaciones espacios, y crea los mecanismos institucionales y legales para ello”<sup>57</sup>.

De este modo, las normas de protección contra la violencia se ven reducidas al Código Penal, donde



además de los tradicionales delitos de lesiones y de “abandono de menores”, se tipifican “otros actos contrarios al normal desarrollo del menor”, relacionados al incumplimiento de las obligaciones parentales<sup>58</sup>.

- **El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata**

La protección contra la violencia sexual también se aborda, exclusivamente, a partir de las leyes penales.

El Código Penal no fija con claridad la edad mínima para consentir relaciones sexuales y presenta una superposición de figuras penales para conductas similares. Por un lado, el delito de pederastia criminaliza las relaciones sexuales con personas menores de 14 años, en tanto que las practicadas con adolescentes mayores de esa edad están penalizadas solo si se comenten “con violencia o intimidación, o aprovechando que la víctima esté privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir”<sup>59</sup>. A su vez, el “acceso carnal con una mujer” menor de 12 años constituye el delito de violación<sup>60</sup>. Por otro lado, el delito de estupro penaliza a quien “tenga relación sexual con mujer soltera mayor de 12 años y menor de 16, empleando abuso de autoridad o engaño”<sup>61</sup>.

Asimismo, como se desprende de los dos últimos artículos citados, llamativamente la tipificación de los delitos de violación y estupro solo reconocen como sujeto pasivo a las mujeres, dejando para los niños y adolescentes solo la figura de la pederastia.

El régimen de la acción penal de estos tipos penales también es problemático, pues solo pueden investigarse si media denuncia de la víctima -cualquiera sea su edad- o de sus representantes legales o familiares directos<sup>62</sup>. En el caso del estupro, incluso, la denuncia puede ser retirada, provocando el archivo de la causa<sup>63</sup>.

En cuanto a la trata de personas, el Código Penal la tipifica conjuntamente con proxenetismo, bajo un mismo artículo, tratándolas como figuras equivalentes<sup>64</sup>. De esta manera, la figura no llega a captar todas las conductas previstas en el Protocolo de Palermo<sup>65</sup>. No se ha detectado que Cuba haya aprobado alguna ley específicamente dirigida a garantizar los derechos de las víctimas de trata de personas.

Por otro lado, dentro del capítulo de “delitos contra el normal desarrollo de la infancia y la juventud”, se penaliza a quien “utilice a una persona menor de 16 años de edad, de uno u otro sexo, en el ejercicio de la prostitución o en la práctica de actos de corrupción, pornográficos, heterosexuales u homosexuales, u otras de las conductas deshonestas de las previstas en este Código”<sup>66</sup>. A su vez, también se sanciona a quien “induzca a una persona menor de 16 años de edad a concurrir a lugar en que se practiquen actos de corrupción”<sup>67</sup> y la “mera proposición” de estos actos<sup>68</sup>, entre otras prácticas de contenido sexual.

Como se puede apreciar, esta tipificación solo criminaliza los hechos que tienen por víctimas a personas menores de 16 años, dejando sin protección penal a los adolescentes mayores de esa edad, quienes pueden ser reclusos en “centros de reeducación”<sup>69</sup>. Tampoco se penalizan otras prácticas como la mera posesión de imágenes de abuso sexual infantil, los contactos preparatorios del abuso por medios electrónicos -grooming- ni

El CT admite el “contrato de trabajo en condiciones especiales de aprendizaje” desde los 14 años, previa autorización de la autoridad competente y siempre que se trate de “trabajos apropiados a su desarrollo físico y mental y en condiciones en que no impidan la educación de éstos”.

la utilización de NNyA en el llamado “turismo sexual”, más allá de las figuras ya descritas.

Finalmente, de estrecha relación con la protección contra los abusos sexuales, es imprescindible señalar que el matrimonio adolescente no está prohibido. Si bien la edad mínima para contraer matrimonio es de 18 años, puede autorizarse el casamiento de mujeres desde los 14 años y de varones desde los 16 años, si media conformidad de los padres o representantes legales<sup>70</sup>. Esta regulación viola claramente tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Por un lado, fijar distintas edades según el género constituye una violación de la prohibición de discriminación<sup>71</sup>. Por otro lado, el matrimonio no debe ser admisible antes de los 18 años, sin excepciones.

- **El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil**

Como se señaló más arriba, la Constitución prohíbe el trabajo de las niñas, niños y adolescentes, salvo el de aquellos que “en circunstancias excepcionales definidas en la ley, son autorizados a incorporarse al trabajo, con el fin de garantizar su adiestramiento y desarrollo integral”<sup>72</sup>. Sin embargo, el Código de Trabajo<sup>73</sup>, aprobado en 1984, aún no se ajusta totalmente a ese precepto constitucional, pues fija en 17 años la edad mínima de admisión al empleo sin control alguno y en 15 años la edad desde la cual puede autorizarse el trabajo excepcionalmente, previo examen médico, sin especificar las condiciones o requisitos de aquella excepcionalidad<sup>74</sup>. A su vez, el CT admite el “contrato de trabajo en condiciones especiales de aprendizaje” desde los catorce años, previa autorización de la autoridad competente y siempre que se trate de “trabajos apropiados a su desarrollo físico y mental y en condiciones en que no impidan la educación de éstos”<sup>75</sup>.

La jornada de trabajo de los adolescentes de 15 y 16 años se limita a un máximo de siete horas diarias y cuarenta semanales, lo que representa una reducción mínima de la jornada que rige para los trabajadores adultos -ocho horas diarias y cuarenta y cuatro horas semanales-. Además, no se les permite trabajar “en días de descanso, salvo que el trabajo que realicen sea por motivos de excepcional interés social”<sup>76</sup>.

En cuanto a la prohibición del trabajo peligroso, el CT establece como regla general que “los adolescentes deben ser empleados en trabajos apropiados para su desarrollo físico y mental”<sup>77</sup> y que prohíbe expresamente su empleo en una serie de actividades, incluyendo el trabajo nocturno<sup>78</sup>. Los trabajos domésticos, familiares o autónomos no están regulados con un régimen específico, por lo que cabe concluir que sobre ellos se aplican las reglas generales. De hecho, Cuba aún no ha ratificado el Convenio No. 189 de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Debe recordarse que este Convenio dispone que todo Estado miembro “deberá adoptar medidas para asegurar que el trabajo efectuado por los trabajadores domésticos menores de 18 años, pero mayores de la edad mínima para el empleo no los prive de la escolaridad obligatoria, ni comprometa sus oportunidades para acceder a la enseñanza superior o a una formación profesional”<sup>79</sup>.

En cambio, Cuba sí ha ratificado los convenios de la OIT referidos a la edad mínima (No. 138, en 1975, especificando que la edad mínima es 15 años) y a las peores formas de trabajo infantil (No. 182 en 2015).

Finalmente, cabe señalar que la trata de personas con fines de explotación económica no está adecuadamente penalizada. Como se indicó en el apartado anterior, el Código Penal equipara el tipo penal de trata de personas al proxenetismo.

- **El derecho a la educación**

La Constitución define a la educación como “un derecho de todas las personas y responsabilidad del Estado”, estableciendo su gratuidad “desde la primera infancia hasta la enseñanza universitaria de posgrado”<sup>80</sup>, mientras que la obligatoriedad queda librada a lo que se defina en la ley, donde se ha fijado que comprende desde la educación primaria hasta la secundaria básica<sup>81</sup>.

Además, la Constitución define los fundamentos de la política educacional, en buena medida en sintonía con el artículo 30 de la Convención, y afirma su carácter laico<sup>82</sup>. En el Código de la Niñez y la Juventud, en cambio, algunas varias disposiciones sobre los fines de la educación que merecen una observación más detenida. Así, allí se establece que uno de sus objetivos es formar a los estudiantes en la “personalidad comunista”<sup>83</sup>, entre otras referencias similares. En este sentido, sin menospreciar el hecho de que la propia



© UNICEF Cuba/2018-160/Mrazikova

Constitución define a Cuba como un Estado socialista, orientado “al avance hacia la sociedad comunista”<sup>84</sup> -por lo que podría alegarse que se trata de inculcar los valores nacionales a los que alude el artículo 30.1.c de la Convención-, debe tenerse presente que en su primera Observación General el Comité ha destacado que parte de la importancia de este artículo radica en “la necesidad de un enfoque equilibrado de la educación que permita conciliar valores distintos por medio del diálogo y el respeto a las diferencias”<sup>85</sup> y que “hace hincapié en la naturaleza indispensablemente interconexa de las disposiciones de la Convención [por lo que] no se lo puede entender cumplidamente si se lo aísla de ellas”<sup>86</sup>.

También son problemáticas las referencias que el CNYJ realiza a la educación de los NNyA con discapacidad, pues aluden al desarrollo de escuelas especiales<sup>87</sup>, las que no son compatibles con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad cuando funcionan como espacios segregados<sup>88</sup>.

Finalmente, cabe señalar que el CNYJ promueve la participación de los NNyA en la gestión educativa, a través de las llamadas “organizaciones juveniles y pioneril”, correspondiendo al Estado incluso sufragar sus gastos<sup>89</sup>.

### • El derecho a la salud

La Constitución afirma con claridad que “[l]a salud pública es un derecho de todas las personas y es responsabilidad del Estado garantizar el acceso, la gratuidad y la calidad de los servicios de atención, protección y recuperación”<sup>90</sup>. Además, se agregan referencias al derecho a la salud en relación al trabajo, el hábitat, el consumo y el acceso al agua<sup>91</sup>.

La norma central en esta materia es la Ley General de Salud (LGS)<sup>92</sup>. Dicha ley organiza el sistema de salud pública, consagrando su gratuidad, y regula algunos aspectos de la práctica médica. En este sentido, reclama la aprobación de los pacientes sobre los diagnósticos que impliquen riesgos, excepto en el caso de NNyA o personas con discapacidad mental, que son suplidos por sus representantes legales, salvo en caso de urgencia<sup>93</sup>. No existe ninguna previsión sobre el derecho de los NNyA a ser informados, oídos o a brindar o denegar su consentimiento.

Como se ha señalado al revisar la legislación similar de otros países de la región<sup>94</sup>, la cuestión referida a la delimitación de la madurez de los NNyA para brindar el consentimiento para un tratamiento médico es siempre un asunto problemático, pero debe guiarse por los principios de autonomía progresiva y del interés superior del niño, que reclaman que al menos se tenga en cuenta la opinión de los NNyA<sup>95</sup>. Al respecto, recientemente el Comité ha señalado sin ambages que “Las intervenciones y los tratamientos médicos deben contar con el consentimiento voluntario e informado del adolescente, con independencia de que se exija o no también el de un progenitor o representante legal”<sup>96</sup>.

La cuestión referida al derecho a ser escuchados y al acceso a la información en relación a la salud, en cambio, es mucho menos compleja. Bajo el paradigma de la Convención, el derecho de los NNyA a ser oídos y a recibir asesoramiento sin el consentimiento de sus padres no tiene relación con la edad en que pueden autónomamente decidir sobre un tratamiento médico y no debe tener un límite de edad<sup>97</sup>. Así, se ha remarcado que es un derecho fundamental “cuando sus opiniones y/o intereses difieren de los de sus padres, o incluso se oponen a ellos:

por ejemplo, en casos de malos tratos o descuido por parte de los padres u otros miembros de la familia<sup>98</sup>. En su Observación General nº 15, el Comité indica con toda claridad que “De conformidad con la evolución de sus capacidades, los niños deben tener acceso a terapia y asesoramiento confidenciales, sin necesidad del consentimiento de sus padres o su custodio legal cuando los profesionales que examinen el caso determinen que ello redunde en el interés superior del niño<sup>99</sup>. Lamentablemente, ninguno de estos principios está recogido en la LGS.

Una excepción notoria la constituye la normativa referida a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, que es el legal hasta la semana 12 del embarazo sin restricción de causales y, luego de ese plazo, con causales<sup>100</sup>. En estos casos, las niñas y adolescentes son quienes brindan su consentimiento, debiendo informarse al menos a uno de sus padres o representantes legales, “excepto cuando la grávida alegue fundamentalmente que esto le provocará un conflicto grave, manifestando en el peligro cierto de violencia intrafamiliar<sup>101</sup>.

Al respecto de esta cuestión, el Comité manifestó su preocupación por el hecho de que “se realicen abortos a un número elevado de adolescentes, en particular a muchachas de solo 13 años<sup>102</sup>. En consecuencia, alentó al Estado a que “refuerce sus programas de sensibilización, incluidas las campañas de educación sexual y reproductiva para los adolescentes, en horario escolar y extraescolar, con vistas a proporcionarles acceso a métodos anticonceptivos seguros<sup>103</sup>.

## • El sistema de responsabilidad penal adolescente

Si bien la edad mínima de responsabilidad penal es de 16 años<sup>104</sup>, Cuba no tiene un sistema específico o especializado para abordar los casos de los adolescentes infractores de la ley penal, más allá de algunas disposiciones del Ministerio del Interior que promueven un tratamiento diferenciado. De acuerdo a la ley, estos casos son abordados con las reglas generales del Código Penal, donde apenas se prevé la posibilidad -como facultad de la autoridad judicial- de reducir la pena a la mitad<sup>105</sup> y se prohíbe que se les imponga la pena de muerte. En este sentido, no existen límites temporales máximos de privación de la libertad para los adolescentes, pudiendo incluso ser condenados a prisión perpetua. Además, el Código Penal permite que sean reclusos junto con personas

de hasta 27 años, que indiscutiblemente reúnen la condición de adultos<sup>106</sup>.

En cuanto a los NNyA menores de 16 años, se aplica el llamado “Sistema para la atención a menores con trastornos de conducta<sup>107</sup>. Este sistema es netamente administrativo, sin intervención judicial alguna, a pesar de que en casos considerados graves puede implicar la imposición de medidas privativas de la libertad - denominadas “internamiento”-. De conformidad con su enfoque preconvenacional y administrativo, este procedimiento no brinda garantías procesales elementales, como el derecho a contar con un defensor de confianza, ofrecer y controlar la prueba o no ser compelido a declarar.

Sobre este tema, el Comité señaló su preocupación porque: “a) puedan ser reclusos en establecimientos institucionales (escuelas de formación integral) niños menores de 15 años, incluso por la comisión de delitos menores, sin las garantías inherentes a un procedimiento penal estándar: b) Los niños mayores de 16 años que han sido condenados sean mantenidos en centros de detención para menores junto a adultos de hasta 27 años; El sistema de justicia juvenil no cumpla las disposiciones de la Convención relativas a los niños en conflicto con la ley, y los jueces y demás profesionales que trabajan con esos niños carezcan de conocimientos especializados en materia de justicia juvenil<sup>108</sup>.

En consecuencia, el Comité instó al Estado parte a que “garantice la plena aplicación de las normas de justicia juvenil, en particular los artículos 37 b), 40 y 39 de la Convención, así? como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing ), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana)<sup>109</sup>.



### 3. Recomendaciones

Cuba ha realizado un significativo progreso en el reconocimiento de los derechos de los NNYA con su reforma constitucional de 2019. Como vimos, esta reforma implicó el reconocimiento de los NNYA como sujetos plenos de derecho, introdujo el principio de interés superior, jerarquizó el valor de la Convención en el orden interno, prohibió el trabajo de los NNYA, entre otros aspectos relevantes. Es imprescindible que estos progresos se trasladen y se repliquen en la legislación inferior, que en líneas general fue sancionada antes de la entrada en vigencia de la Convención, a la vez que se apruebe una ley especial de derechos y protección de los NNYA. En este sentido, el Comité recomendó al Estado que “intensifique los esfuerzos para realizar una revisión exhaustiva de toda la legislación relacionada con los niños, y adopte todas las medidas necesarias para armonizar su legislación, en particular el Código de la Niñez y la Juventud, con los principios y disposiciones de la Convención”<sup>110</sup>.

Un fiel reflejo de esta necesidad es el reconocimiento del principio de interés superior, actualmente solo previsto en la Constitución. Es imprescindible definir con precisión su alcance por ley, reconociendo con claridad su carácter de derecho sustantivo, principio interpretativo y norma procedimental.

Lo mismo sucede con el derecho a la identidad, reconocido en la Constitución y ausente en la legislación inferior. Este derecho también debe ser recogido en un alcance amplio, garantizando no sólo la inscripción gratuita y rápida de los nacimientos, sino también el derecho a conocer a los padres, el derecho a la identidad cultural y al reconocimiento de la auto-percepción de género.

De manera coincidente, el derecho a la familia reclama una delimitación más precisa de las causas que autorizan a disponer la separación familiar y, muy especialmente, incorporar disposiciones que desalienten la institucionalización de los NNYA privados de amparo familiar, que debe definirse como medida de último recurso y excepcional.

La regulación de las adopciones también exige un mayor reconocimiento de los derechos de los NNYA. Cuestiones fundamentales, como el derecho a intervenir en el proceso o conocer sus orígenes, no tienen un reconocimiento expreso. Además, tal como indicó el Comité en sus últimas observaciones finales, es recomendable que Cuba ratifique los Convenios de La Haya sobre el reconocimiento y la aplicación de decisiones relativas a las obligaciones alimentarias con los hijos y sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias<sup>111</sup>.

En materia de protección contra la violencia, es imprescindible prohibir la imposición de castigos corporales en todos los ámbitos y sancionar leyes de prevención y atención para la violencia intrafamiliar y de género.

En el campo más específico de la protección contra los abusos y la explotación sexual, es ineludible que se extienda la tipificación de los delitos previstos en el Código Penal para que comprendan, como sujetos pasivos, a todos los niños y adolescentes, incluyendo a los mayores de 16 años y a los de sexo masculino. Además, las distintas figuras penales relacionadas con actos de naturaleza sexual con NNYA deben armonizarse, fijando una única edad mínima para consentir relaciones sexuales. Del mismo modo, la edad mínima para contraer matrimonio no debe ser inferior a los 18 años ni establecer diferencias por sexo, sin excepciones.

*En materia de protección contra la violencia, es imprescindible prohibir la imposición de castigos corporales en todos los ámbitos y sancionar leyes de prevención y atención para la violencia intrafamiliar y de género.*



En igual sentido, tal como recomendó el Comité, se deben realizar reformar a las leyes de procedimiento para que “todos los niños víctimas y/o testigos de un delito (por ejemplo, malos tratos, violencia doméstica, explotación sexual y económica, raptos y trata) cuenten con la protección que se exige en la Convención, y que tenga plenamente en cuenta las Directrices de las Naciones Unidas sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos (resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, de 22 de julio de 2005, anexo)”<sup>112</sup>.

También es necesario que la legislación sobre trata de personas -actualmente limitada al ámbito sexual y confundida con el proxenetismo- se adecúe al Protocolo de Palermo, que el país ratificó en 2013. La trata de personas con fines de explotación económica, adopción ilegal y tráfico ilícito de órganos actualmente no tiene una tipificación específica.

En materia de educación, es necesario revisar el marco jurídico sobre los NNyA con discapacidad, donde predomina el régimen de educación especial. Como indicó el Comité, es conveniente “promulgar una ley que prohíba la discriminación contra las personas con discapacidad, en particular los niños” y que “examine las políticas y prácticas vigentes en relación con los niños con discapacidad, tomando debidamente en cuenta las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (...)”<sup>113</sup>. Esto debiera comprender la situación de los NNyA privados de cuidados parentales, sobre los cuales también rige un régimen especial.

También es recomendable sancionar una ley general de derechos de las personas en el ámbito de la salud, donde se reconozca el derecho de los NNyA a recibir información y ser oídos independientemente de sus padres o responsables legales, y a brindar su consentimiento informado conforme al principio de autonomía progresiva.

Finalmente, es inexorable una revisión integral de la legislación sobre los adolescentes en conflicto con la ley y los llamados “menores con trastornos de conducta”. Por un lado, sin disminuir la edad mínima de responsabilidad penal, es necesario establecer un sistema especializado para los adolescentes que infringen la ley penal, que establezca sanciones claramente diferenciadas a las del régimen de adultos, limitadas a períodos breves y donde la privación de la libertad sea una medida excepcional y de último recurso. Por otro lado, no debe admitirse la institucionalización para quienes no son responsables

penalmente (menores de 16 años) y cualquier intervención que implique medidas coactivas u obligatorias debe reconocer garantías procesales básicas.

En este terreno, siguen vigentes las recomendaciones que el Comité efectuara al Estado en sus observaciones finales del año 2011. Puntualmente, allí el Comité recomendó a Cuba que, “tomando en consideración su Observación general No 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores: a) Modifique la legislación penal a fin de que los niños de 16 a 18 años sean tratados como menores infractores y no como adultos; b) Reestructure el sistema judicial con vistas a establecer tribunales especializados para los niños en conflicto con la ley, y adopte las medidas necesarias para que los jueces y demás funcionarios del sistema de justicia que trabajan con niños reciban formación adecuada sobre la administración de justicia juvenil; c) Introduzca las modificaciones legislativas necesarias para otorgar a los niños menores de 15 años el mismo nivel de garantías legales que se aplica en los procedimientos penales estándar; d) Se abstenga de colocar en instituciones de guarda a los niños sospechosos de haber cometido delitos, y considere debidamente la adopción de otras medidas, como los trabajos en la comunidad, que no entrañen la privación de libertad de los niños; e) Adopte todas las medidas pertinentes para garantizar que la detención de un niño, de ser necesaria, se realice de conformidad con la ley, sobre la base del respeto de los derechos consagrados en la Convención, como medida de último recurso reservada a delitos muy graves y por el plazo más breve posible; y que se mantenga a los niños detenidos separados de los adultos; f) Utilice los instrumentos de asistencia técnica elaborados por el Grupo Interinstitucional sobre Justicia Juvenil integrado por la UNODC, el UNICEF, el ACNUDH y ONG, y solicite a sus miembros asistencia técnica en materia de justicia juvenil”<sup>114</sup>.

#### Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 Art. 40 Constitución de la República de Cuba (en adelante, CoRC).
- 5 Art. 41 CoRC.
- 6 Art. 8 CoRC.
- 7 Art. 86 CoRC.
- 8 Art. 86 CoRC.
- 9 Art. 86 CoRC.
- 10 Art. 81 CoRC.
- 11 Art. 81 CoRC. Allí se agrega que es la ley la que “regulará la protección de los diversos tipos de familia”.
- 12 Art. 81 CoRC.
- 13 Art. 83 CoRC.
- 14 Art. 84 CoRC.
- 15 Art. 84 CoRC.
- 16 Art. 84 CoRC.
- 17 Art. 85 CoRC.
- 18 Art. 66 CoRC.
- 19 Art. 68 CoRC.
- 20 Art. 74 CoRC.
- 21 Ley 16/1978.
- 22 Art. 1 CNJ. A su vez el art. 2 dispone que el Código “forma parte del orden legal socialista; por tanto, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que establece la legislación vigente, en relación con la niñez y la juventud, deben ajustarse a lo previsto en sus normas”.
- 23 Esta dividido en ocho título y disposiciones finales: Disposiciones generales; Del proceso de formación de la personalidad comunista de la joven generación; De la participación e iniciativa de los escolares y estudiantes; De la participación e iniciativa de la juventud trabajadora; Del honor y el deber supremo de la juventud de defender la patria y el socialismo; Del desarrollo de la joven generación hacia una vida culta; Del desarrollo de una vida plena de actividad física y de alegría para la joven generación; De las tareas estatales relativas a la política juvenil.
- 24 Ley No. 76/1984.
- 25 En sus últimas Observaciones Finales (2011), el Comité en particular expresó su preocupación “con respecto a la legislación vigente en el Estado parte, que fue promulgada antes de la Convención, en particular, al Código de Familia, de 1975; el Código de la Niñez y la Juventud, de 1978; y el Decreto-Ley No. 76, ‘De la adopción, los hogares de menores y las familias sustitutas’ de 1984. Al Comité le preocupa también que el Estado parte experimente dificultades para promulgar nuevas leyes o modificar la legislación vigente, incluido el proyecto del Código de Familia”. CRC/C/CUB/CO/2, párr. 6.
- 26 En este sentido, el Comité había dicho, con anterioridad a esta Constitución, que si bien tenía en cuenta que según había informado el Estado, “el interés superior del niño está incorporado en los componentes administrativos y judiciales de la legislación nacional”, le preocupaba que “ese principio no esté debidamente integrado en la legislación, pues en esta no se considera a los niños titulares plenos de derechos individuales, como se establece en el artículo 3, párrafo 1, de la Convención. CRC/C/CUB/CO/2, párr. 26.
- 27 CRC/C/CUB/CO/2, párr. 27.
- 28 Art. 46 CoRC: “Todas las personas tienen derecho a que se les respete su intimidad personal y familiar, su propia imagen y voz, su honor e identidad personal”.
- 29 Ley 51/1985.
- 30 Art. 57 Ley 51/1985: “El nacimiento no inscripto dentro de los términos que establece esta Ley deberá declararlo el obligado a hacerlo o su representante legal, o la persona interesada si fuera mayor de edad, previa formación de expediente de conformidad con lo establecido en el Reglamento de esta Ley, excepto en los casos a que se refiere el Artículo 9”. A su vez, el art. 9 establece: “El nacimiento, el matrimonio, la defunción y todo hecho o acto que afecte el estado civil de las personas, ocurridos durante desastres o catástrofes, o en cumplimiento de misiones internacionalistas, o en período de estado de guerra o agresión militar contra el país, se inscribirán en cualquier tiempo, de conformidad con los requisitos que se establecen en esta Ley y su reglamento.”
- 31 Art. 80 Código de Familia: “El hijo reconocido durante su minoría de edad, sólo podrá impugnar el reconocimiento dentro del año siguiente a la fecha en que arribe a su mayoría de edad.”
- 32 Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34. Ver también Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, “Principios de Yogyakarta”, en cuyo preámbulo se afirma que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”. Asimismo, aunque Cuba no forma parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como reflejo del estado actual del tema en el derecho internacional, puede ponderarse la Opinión Consultiva sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” de la Corte IDH, donde se afirma que el derecho a la identidad de género ampara “a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida” y que “debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña,

- el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación” (Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 25 de noviembre de 2017, párr. 154).
- 33 Título V (“Derechos, deberes y garantías”), Capítulo III (“Las familias”).
- 34 Art. 84 CoRC.
- 35 Modificado por el Decreto Ley 76/1984.
- 36 Art. 95 CF.
- 37 Art. 85.1 CF.
- 38 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 152.
- 39 De acuerdo al Código de Familia, una vez concretada la privación de la patria potestad, solo pueden oponerse a la adopción “los abuelos, y a falta de éstos, los tíos y los hermanos mayores de edad cuando tengan a su abrigo al menor y siempre que justifiquen esta circunstancia, así? como el parentesco mediante las correspondientes certificaciones del Registro del Estado Civil” y “quien ejerza la función de tutor del menor, debiendo acreditarse el ejercicio del cargo con certificación expedida por el registro de la Tutela” (art. 108.2 CF).
- 40 Art. 94 CF.
- 41 Ratificada por Cuba en 2007. Ver en especial art. 23.2.
- 42 El art. 103 CF establece las condiciones para ser adoptado/a: “[s]olamente podrán ser adoptados los menores de 16 años de edad que se encuentren en algunos de los casos siguientes: 1) que sus padres no sean conocidos; 2) que hayan sido abandonados intencionalmente por sus padres; 3) que por cualquier causa se encuentren en estado de abandono y no reciban el debido cuidado de sus familiares u otras personas que puedan brindárselo, siempre que esta omisión sea culpable; 4) que respecto a ellos se haya extinguido la patria potestad por la muerte de los padres o ambos hayan sido privados de aquéllas; 5) que estén sujetos a patria potestad, si los que la hayan ejercido dieran su consentimiento; o 6) que no estén sujetos a patria potestad, hayan sido abandonados o se encuentren en estado de abandono y que por esta razón hayan sido acogidos en hogares de menores o círculos infantiles mixtos, si los directores de estas instituciones otorgaran su consentimiento” (t.o. Disposición Especial Segunda del Decreto-Ley No. 76/1984).
- 43 Art. 105 CF: “Cuando se trate de menores acogidos en hogares de menores o en círculos infantiles mixtos, las direcciones de estos centros instruirán el expediente de adopción, donde se practicarán todas las diligencias y se acreditarán los requisitos exigibles, y una vez finalizado se le entregará al promovente para su presentación al tribunal correspondiente.”
- 44 Este tema es abordado en la Resolución Ministerial 48/84 (MINED), que no es de carácter público.
- 45 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 318.
- 46 Art. 108 CF.
- 47 Art. 107 CF: “Cuando el menor de cuya adopción se trate tenga siete o más años de edad, el tribunal podrá explorar su voluntad al respecto y resolver lo que proceda”.
- 48 Si bien Instrucción 216 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular refuerza el deber de escuchas a los NNyA en todos los procesos de tipo familiar, entre los que se incluye la adopción, sin establecer límite alguno de edad, la decisión es discrecional de la autoridad judicial.
- 49 Art. 12 Decreto-Ley 76/1984: “Las familias sustitutas que se institucionalizan mediante el presente Decreto-Ley, se seleccionarán según las normas que dicte el Ministerio de Educación, y apoyarán a los hogares de menores y a los círculos infantiles mixtos en las tareas de alojar, cuidar y atender los fines de semana, las vacaciones y otros períodos a menores huérfanos o abandonados, con un objetivo afectivo. Durante la permanencia del menor en la familia sustituta, el jefe del núcleo tendrá a su cargo al menor y la obligación de velar por su comportamiento correcto, y asumirá, consecuentemente, la responsabilidad que la ley señale a toda persona que tenga a su cargo a un menor.”
- 50 A/RES/64/142.
- 51 Art. 3 Decreto-Ley 76/1984: “Los menores a que se refiere el presente Decreto-Ley que presenten deficiencias físicas o mentales serán acogidos en escuelas especiales. Cuando las deficiencias a que se refiere el párrafo anterior sean graves o profundas, los menores serán internados en instituciones médico - psicopedagógicas de la red del Sistema Nacional de Salud”. Por su parte, “Los menores [sin discapacidad] acogidos en los hogares de menores cursarán sus estudios en los centros docentes del Sistema Nacional de Educación” (art. 4).
- 52 En el art. 86 se afirma que los NNyA “Son protegidos contra todo tipo de violencia”.
- 53 Art. 86 CF: “Los padres están facultados para reprender y corregir adecuada y moderadamente a los hijos bajo su patria potestad”. A su vez, el art. 152 dispone: “Los menores sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor. Este podrá reprenderlos y corregirlos moderadamente.”
- 54 Sin embargo, debe tenerse presente que existen disposiciones del Ministerio de Educación que prohíben maltrato físico, verbal y abusos de todo tipo; abuso lascivo; acoso sexual; corrupción de menores; corrupción administrativa, entre otros. Se trata de la Resolución Ministerial 60/2011 (Normas del sistema de control interno), Resolución Ministerial 266/2012 (Procedimientos para la información de manifestaciones de indisciplinas, ilegalidades y hechos de corrupción) y Resolución Ministerial 111/2017 (Procedimientos para el diseño, ejecución y control del trabajo preventivo en todos los niveles educativos del sistema nacional de educación). Estas resoluciones no son públicas.
- 55 CRC/C/CUB/CO/2, párr. 36.
- 56 Art. 85 CoRC: “La violencia familiar, en cualquiera de sus manifestaciones, se considera destructiva de las personas implicadas, de las familias y de la sociedad, y es sancionada por la ley.”
- 57 Art. 43 CoRC.
- 58 Art. 315 CP: “1. El que no atienda o descuide la educación, manutención o asistencia de una persona menor de edad que tenga bajo su potestad o guarda y cuidado, incurre en



- sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas. 2. En igual sanción incurre el que, habiendo sido privado de la patria potestad, no contribuye al sostenimiento de sus hijos, en las condiciones y por el término establecido en la Ley. 3. El que induzca a un menor de edad a abandonar su hogar, faltar a la escuela, rechazar el trabajo educativo inherente al sistema nacional de educación o a incumplir sus deberes relacionados con el respeto y amor a la patria, incurre en sanción de privación de libertad de tres a meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.”
- 59 Art. 299 CP (t.o. ley 87/1999).
- 60 Art. 298 CP.
- 61 Art. 305 CP.
- 62 Art. 309.1 CP: “En los delitos de violación, pederastia con violencia, abusos lascivos, incesto, bigamia y matrimonio ilegal, es necesario, para proceder, la denuncia de la persona agraviada, cualquiera que sea su edad, o la de su cónyuge, ascendientes, hermanos, representante legal o persona que la tenga bajo su guarda y cuidado, salvo en los casos que hubieran producido escándalo, en los que basta la denuncia de cualquier persona”.
- 63 Art. 309.2 CP: “En el delito de estupro se procederá? por denuncia del representante legal de la persona agraviada. No obstante, si el denunciante desiste de su denuncia, por escrito y en forma expresa antes del juicio o verbalmente y dejando constancia durante su celebración, se archivarán las actuaciones”.
- 64 Art. 302 CP.
- 65 Debe advertirse que este delito fue introducido en el Código Penal cubano por medio del Decreto-Ley 175 del 17 de junio de 1997. Es decir que es anterior al Protocolo de Palermo.
- 66 Art. 310 CP. La pena es de 7 a 15 años de prisión y se agrava hacia 20 o 30 años o muerte en los siguientes casos: “a) si el autor emplea violencia o intimidación para el logro de sus propósitos; b) si como consecuencia de los actos a que se refiere el apartado anterior, se ocasionan lesiones o enfermedad al menor; c) si se utiliza más de un menor para la realización de los actos previstos en el apartado anterior; ch) si el hecho se realiza por quien tenga la potestad, guarda o cuidado del menor; d) si la víctima es menor de doce años de edad o se halla en estado de enajenación mental o de trastorno mental transitorio, o privada de razón o de sentido por cualquier causa o incapacitada para resistir; e) cuando el hecho se ejecuta por dos o más personas”.
- 67 Art. 310, inc. 3 CP.
- 68 Art. 310, inc. 4 CP.
- 69 Ver en este sentido las últimas observaciones finales del Comité, donde manifestó su preocupación por esta circunstancia. CRC/C/CUB/CO/2, párr. 52.
- 70 Art. 3 Código de Familia (t.o. ley 9/1977): “Están autorizados para formalizar el matrimonio la hembra y el varón mayores de 18 años de edad. En consecuencia, no están autorizados para formalizar el matrimonio los menores de 18 años de edad. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, excepcionalmente, y por causas justificadas, podrá? otorgarse a los menores de 18 años la autorización para formalizar el matrimonio siempre que la hembra tenga, por lo menos, 14 años cumplidos y el varón de 16 años, también cumplidos. Esta autorización y excepcional pueden otorgarla: 1) El padre y la madre conjuntamente, o uno de ellos si el otro hubiere fallecido o estuviere privado de la patria potestad; 2) el o los adoptantes cuando el menor hubiese sido adoptado; 3) el tutor, si el menor estuviere sujeto a tutela; 4) los abuelos maternos o paternos, indistintamente, a falta de los anteriores, prefiriéndose a aquellos que convivan en el mismo domicilio con el menor; 5) uno solo de los facultados, cuando el otro que deba darla conjuntamente con él se vea impedido de hacerlo; 6) el tribunal, si por razones contrarias a los principios y normas de la sociedad socialista, se negaren a otorgar la autorización las personas facultadas para ello. En caso de negar la autorización alguno de los que deben otorgarla conjuntamente con otro, los interesados en contraer matrimonio o uno de ellos o un hermano o hermana mayor de edad de cualquiera de los mismos podrá? instar al tribunal popular competente para que otorgue la autorización requerida. El tribunal, en audiencia verbal, oirá? el parecer de todos los interesados y del fiscal y, teniendo en cuenta el interés social y el de los contrayentes, decidirá? lo que proceda sin ulterior recurso”.
- 71 Ver en este sentido Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general 21, 1994, HRI/GEN/1/Rev.7.
- 72 Art. 66 CoRC.
- 73 Ley No. 49/1984.
- 74 Art. 26 CT: “La capacidad para concertar contratos de trabajo se adquiere a los diecisiete años de edad. Excepcionalmente, pueden concertar contratos de trabajo los adolescentes de quince y dieciséis años de edad, siempre que se cumplan los requisitos que exige la ley”. A su vez, se indica que “los estudiantes regulares del sistema nacional de educación de los niveles medio y superior, sin vínculo laboral, sólo pueden ser contratados o nombrados en los casos que autoriza la ley” (art. 27).
- 75 Art. 228 CT.
- 76 Art. 222 CT.
- 77 Art. 223 CT.
- 78 Art. 224 CT: “Se prohíbe emplear adolescentes en: a) labores de estiba u otras en las que se manipulen pesos excesivos; b) extracción de minerales; c) lugares donde se utilicen sustancias nocivas, reactivas o tóxicas; ch) trabajos de subsuelo; d) trabajos de altura; e) trabajos nocturnos; f) trabajos en que su seguridad o la de otras personas esté sujeta a su responsabilidad”. Asimismo, “las personas de diecisiete años de edad hasta que arriben a los dieciocho, no pueden ser empleadas en trabajos en el subsuelo ni en los que se manipulen sustancias que puedan afectar su salud o desarrollo integral” (art. 225).
- 79 Art. 4 Convenio 189 OIT.
- 80 Art. 73 CoRC.
- 81 La educación primaria consta de 6 grados (divididos en dos ciclos) y la secundaria básica tiene 3 grados, totalizando 9 años de educación obligatoria.
- 82 Art. 32 CoRC: “En su política educativa, científica y cultural se atiende a los postulados siguientes: a) se fundamenta en los avances de la ciencia, la creación, la tecnología y

- la innovación, el pensamiento y la tradición pedagógica progresista cubana y la universal; b) la enseñanza es función del Estado, es laica y se basa en los aportes de la ciencia y en los principios y valores de nuestra sociedad; c) la educación promueve el conocimiento de la historia de la nación y desarrolla una alta formación de valores éticos, morales, cívicos y patrióticos; d) promueve la participación ciudadana en la realización de su política educacional, científica y cultural; e) orienta, fomenta y promueve la cultura física, la recreación y el deporte en todas sus manifestaciones como medio de educación y contribución a la formación integral de las personas; f) la actividad creadora e investigativa en la ciencia es libre. Se estimula la investigación científica con un enfoque de desarrollo e innovación, priorizando la dirigida a solucionar los problemas que atañen al interés de la sociedad y al beneficio del pueblo; g) se fomenta la formación y empleo de las personas que el desarrollo del país requiere para asegurar las capacidades científicas, tecnológicas y de innovación; h) se promueve la libertad de creación artística en todas sus formas de expresión, conforme a los principios humanistas en que se sustenta la política cultural del Estado y los valores de la sociedad socialista; i) se fomenta y desarrolla la educación artística y literaria, la vocación para la creación, el cultivo del arte y la capacidad para apreciarlo; j) defiende la identidad y la cultura cubana y salvaguarda la riqueza artística, patrimonial e histórica de la nación, y k) protege los monumentos de la nación y los lugares notables por su belleza natural, o por su reconocido valor artístico o histórico.”
- 83 Art. 15 CNYJ: “Los organismos estatales de la educación, a través del Sistema Nacional de Educación: - prestan especial atención a la formación de los estudiantes de una concepción científica del mundo y los rasgos que caracterizan la personalidad comunista; - garantizan la preparación cultural, laboral y técnica de la joven generación en correspondencia con desarrollo planificado de la economía; - estimulan en la juventud el interés por la investigación de todos los órdenes y, en especial, en el campo pedagógico que garantice la calidad del proceso docente; - propenden a que el proceso educativo de los estudiantes se continúe en el hogar, y que la influencia positiva familiar llegue a los centros de educación. Para realizar estas funciones, reciben la colaboración de los órganos locales del Poder Popular y de las organizaciones políticas sociales y de masas”. Ver también arts. 18 y 20.
- 84 Art. 5 CoRC.
- 85 Observación General Nro. 1, “Párrafo 1 del Artículo 29: propósitos de la educación”, CRC/GC/2001/1, párr. 4.
- 86 Art. 8 CoRC.
- 87 Art. 29 CNYJ: “El Estado presta especial atención al desarrollo de las escuelas especializadas para niños con limitaciones físicas, mentales o con problemas de conducta, a fin de facilitarles, en la mayor medida posible y según sus aptitudes individuales, que además de valerse por sí mismos, se incorporen a la vida en sociedad”.
- 88 Ver al respecto Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/GC/4.
- 89 El art. 115 CNYJ establece que “los órganos locales del Poder Popular, las dependencias estatales y los funcionarios de la administración, son responsables de ejecutar las tareas del Estado en relación con la niñez y la juventud; y: (...) - apoyan las iniciativas de las organizaciones juveniles y pioneril y las mantienen informadas sobre las tareas estatales que realizan con relaciones a los niños y jóvenes; - consideran las proposiciones y opiniones de los representantes de las organizaciones juveniles y pioneril”. Asimismo, “[e]l Estado asigna un presupuesto anual a las organizaciones juveniles y pioneril para sufragar los gastos originados por sus actividades políticas, culturales, deportivas, recreativas, investigativas y de otra índole” (art. 116).
- 90 Art. 72 CoRC. Se agrega que “El Estado, para hacer efectivo este derecho, instituye un sistema de salud a todos los niveles accesible a la población y desarrolla programas de prevención y educación, en los que contribuyen la sociedad y las familias. La ley define el modo en que los servicios de salud se prestan”. Ver en el mismo sentido art. 46.
- 91 Arts. 69 -salud en el trabajo-, 71 -hábitat seguro y saludable-, 76 -acceso al agua- y 78 -salud en el marco del consumo-.
- 92 Ley 41/1983.
- 93 Art. 18 LGS: “En la práctica médica se aplican los medios preventivo-curativos y de rehabilitación aprobados por el Ministerio de Salud Pública. Los métodos de diagnóstico que impliquen riesgos, se realizan con la aprobación de los pacientes, excepto en los menores de edad o incapacidad mental, en cuyos supuestos se requiere la autorización del padre, madre, tutor, o representante legal en su caso.” Por su parte, el art. 19 establece que “[l]as intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos a pacientes, se realizan con la aprobación referida en el artículo anterior. No obstante, en aquellos casos de carácter urgente en los que peligre la vida del paciente, las intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos se hacen sin la aprobación antes consignada”. En el mismo sentido, el art. 35 El art. 35, dispone que “las decisiones para la realización de los procedimientos médicos por las instituciones del Sistema Nacional de Salud se valoran por el personal facultado para ello, teniendo en consideración la alteración de la salud de que se trate e informando al paciente o familiares la conducta a seguir. En todos los casos se respeta el pudor y la sensibilidad de los pacientes y familiares”.
- 94 V.gr. Chile, Guatemala, El Salvador, Paraguay, Panamá, entre otros.
- 95 En cualquier caso, debe advertirse que en las Orientaciones generales para los informes periódicos, el Comité indica a los Estados que deben proveer información sobre la edad mínima para el tratamiento médico o las intervenciones quirúrgicas sin el consentimiento de los padres (párrafo 24).
- 96 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 39.
- 97 Véase, por todos, la Observación General nro. 12 del Comité, sobre derecho del niño a ser oído, donde con toda contundencia se afirma que el “El derecho al asesoramiento y consejo es distinto del derecho a otorgar consentimiento médico y no se debe someter a ninguna limitación de edad”. CRC/C/GC/12, párr. 101.
- 98 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos

- del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 8.
- 99 Observación General N° 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, CRC/C/GC/15, párr. 31.
- 100 De la semana 22 a 26 por causa genética, de la 26 a la 35 por defectos congénitos severos y, sin plazo alguno, por distintos supuestos de riesgo o afectación a la salud de la mujer gravida. Ver Ministerio de Salud Pública, Guías metodológicas para la instrumentación de todos los tipos de terminación voluntaria del embarazo, disponible en <https://abortion-policies.srhr.org/documents/countries/01-Cuba-Methodological-guidelines-for-the-implementation-of-voluntary-termination-of-pregnancy-Ministry-of-Health-2011.pdf>
- 101 Ministerio de Salud Pública, Guías metodológicas para la instrumentación de todos los tipos de terminación voluntaria del embarazo, punto 13.E. Este supuesto de excepción aplica exclusivamente para la terminación voluntaria del embarazo por técnica de regulación menstrual.
- 102 CRC/C/CUB/CO/2, párr. 45.d.
- 103 CRC/C/CUB/CO/2, párr. 46.
- 104 Art. 16.1 CP.
- 105 Art. 17.1 CP: “En el caso de personas de más de 16 años de edad y menos de 18, los límites mínimos y máximos de las sanciones pueden ser reducidos hasta la mitad, y con respecto a los de 18 a 20, hasta en un tercio. En ambos casos predominara? el propósito de reeducar al sancionado, adiestrarlo en una profesión u oficio e inculcarle el respeto al orden legal”.
- 106 Art. 30.9 CP: ““Los menores de 20 años de edad cumplen la sanción en establecimientos especialmente destinados a ellos, o en secciones separadas de los destinados a mayores de esa edad. No obstante, respecto a los de 20 a 27 años puede disponerse que cumplan su sanción en iguales condiciones que aquéllos”.
- 107 Decreto Ley 64/1982.
- 108 CRC/C/CUB/CO/2, párr. 54.
- 109 CRC/C/CUB/CO/2, párr. 55.
- 110 CRC/C/CUB/CO/2, párr. 7.
- 111 CRC/C/CUB/CO/2, párr. 42. Cuba ratificó en 2017 el “Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”, cuya ratificación también había recomendado el Comité en sus observaciones finales de 2011.
- 112 CRC/C/CUB/CO/2, párr. 56.
- 113 CRC/C/CUB/CO/2, párr. 44.
- 114 CRC/C/CUB/CO/2, párr. 55.



# ECUADOR



© UNICEF/UN0329511/

## 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República de Ecuador, además de otorgar jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos<sup>4</sup> -entre los que indudablemente se encuentra la Convención sobre los derechos del niño-, establece que con relación a ellos “se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta”<sup>5</sup>.

Asimismo, la Constitución tiene una sección específicamente referida a los derechos de los NNyA, donde se establece que “El Estado, la



Instrumento	
CDN	Jerarquía constitucional.
Reservas	Sin reservas.
Declaraciones	Efectuó una declaración señalando que la necesidad de proteger a los niños no nacidos -contemplada en el borrador de la Convención- debe tenerse presente al interpretar todos los artículos de la Convención y en especial el art. 24.
PF 1 <sup>1</sup>	Ratificado en 2004.
PF 2 <sup>2</sup>	Ratificado en 2004.
PF 3 <sup>3</sup>	Ratificado en 2018.

*El CNA aclara expresamente que “Los niños, niñas y adolescentes extrajeros que se encuentren bajo jurisdicción del Ecuador, gozarán de los mismos derechos y garantías reconocidas por la ley a los ciudadanos ecuatorianos”, comprendiendo así indiscutiblemente a los migrantes, independientemente de su situación migratoria.*

sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria” su desarrollo integral y que “se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”<sup>6</sup>. En el mismo apartado se enuncian los derechos específicos de los NNYA, siguiendo el catálogo de la Convención<sup>7</sup>, y luego se agregan algunas disposiciones más progresivas, como la prioridad en la protección y asistencia de los menores de 6 años, de quienes tengan discapacidad, enfermedades crónicas o degenerativas o cuyos progenitores estén privados de la libertad, así como la protección contra la explotación sexual, económica y laboral, incluyendo medidas como la prohibición absoluta del trabajo para los menores 15 años o la imprescriptibilidad de los delitos contra la integridad sexual o reproductiva de los NNYA<sup>8</sup>.

Otras cláusulas de las Constitución refuerzan la protección especial de los NNYA, como su atención prioritaria y especializada en las instituciones de la salud<sup>9</sup> y frente a desplazamientos<sup>10</sup>, así como frente a los hechos de violencia y delitos cometidos en su perjuicio<sup>11</sup>, contemplándose a su

vez expresamente el principio de especialidad en la administración de justicia<sup>12</sup>. Del mismo modo, la Constitución reconoce una serie de derechos a las comunidades indígenas, entre los que se destaca el de aplicar su propio derecho siempre que no vulnere derechos constitucionales, “en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”<sup>13</sup>.

Además, se establece que “el sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes”<sup>14</sup>.

Finalmente, en materia educativa, la Constitución garantiza la gratuidad en la educación pública, sin distinguir niveles<sup>15</sup>, y contempla entre sus finalidades la promoción de la interculturalidad, la convivencia pacífica y la educación sexual y ambiental, entre otras<sup>16</sup>.



## 2. El “Código de la Niñez y Adolescencia” y otras leyes relacionadas

Tras un largo proceso legislativo, en enero de 2003 se publicó en el Registro Oficial de Ecuador la Ley 100, aprobándose el “Código de la Niñez y Adolescencia” (en adelante, el Código o CNA). Este Código vino a reemplazar al “Código de Menores”, que regía desde 1976. Si bien aquel “Código de Menores” había sido modificado sustantivamente en 1992, tras la ratificación de la Convención por parte de Ecuador, continuaba respondiendo a la doctrina de la “situación irregular”. El nuevo Código, en cambio, se elaboró bajo el paradigma de la protección integral<sup>17</sup> de los NNyA, siguiendo claramente los lineamientos de la Convención y de la propia Constitución de Ecuador. Reflejo de la importancia de este nuevo Código es que el Congreso le otorgó carácter de Ley Orgánica<sup>18</sup>, asignándole así una jerarquía superior a las leyes ordinarias<sup>19</sup>.

El Código se encuentra organizado en cuatro libros, que abarcan tanto los derechos de los NNyA en general y en las relaciones de familia en particular, así como los mecanismos de protección y garantía de estos derechos, y de manera diferenciada, las reglas para el juzgamiento de los adolescentes acusados de un delito<sup>20</sup>. De acuerdo al alcance de este informe, nos centraremos en los dos primeros y en el último libro y abordaremos otras normas relevantes para los derechos de los NNyA.

### • El principio de interés superior de los NNyA

En primer lugar, merece destacarse que el Código se inicia definiendo sus principios fundamentales: igualdad y no discriminación; reconocimiento del derecho de los niños afrodescendientes e indígenas a desarrollarse de acuerdo a su cultura; corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia; interés superior del niño; prioridad absoluta; ejercicio progresivo.

Así, de conformidad con su reconocimiento constitucional, el Código establece no solo que sus artículos deben ser interpretados de acuerdo al principio del interés superior del niño, sino que también deben ser interpretados en consonancia con aquél “Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos

en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos”<sup>21</sup>. Resulta muy valioso que también se aclara que este principio no puede ser invocado contra una norma expresa y “sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla”<sup>22</sup>, reconociéndolo así también como una norma de procedimiento y procurando evitar que su vaguedad sea aprovechada para incumplir una norma. En esa misma línea, el Código también dispone, con toda claridad, que el interés superior del niño “prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural”<sup>23</sup> y que “En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás”<sup>24</sup>.

En definitiva, se advierte que el Código se ajusta a la Observación General N° 14 del Comité, donde se definió al interés superior del niño como un derecho sustantivo, un principio interpretativo fundamental y una norma de procedimiento para cualquier decisión que se tome en relación a los niños<sup>25</sup>, e incluso avanza más al establecer que en caso de conflicto de derechos prevalecerán los de los NNyA<sup>26</sup>.

También son remarcables las disposiciones generales del Código, pues se reconoció expresamente que “los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles”<sup>27</sup> y también que son “exigibles a las personas y organismos responsables de asegurar su eficacia”<sup>28</sup>, dejando atrás cualquier atisbo de intentar limitarlos como derechos programáticos.

Del mismo modo, el CNA aclara expresamente que “Los niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren bajo jurisdicción del Ecuador, gozarán de los mismos derechos y garantías reconocidas por la ley a los ciudadanos ecuatorianos”<sup>29</sup>, comprendiendo así indiscutiblemente a los migrantes, independientemente de su situación migratoria.

### • El derecho a la identidad

El Código define el derecho a la identidad de un modo muy similar al art. 8 de la Convención<sup>30</sup>, pero también, en un artículo independiente, amplía la definición reconociendo el derecho a la identidad cultural<sup>31</sup>. Como se señaló sobre la legislación similar de otros países<sup>32</sup>, se trata de una extensión muy valiosa, plenamente compatible con otros artículos

de la Convención que también deben tomarse en cuenta -como los arts. 20<sup>33</sup> y 30<sup>34</sup>-, a luz del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos.

En cuanto a la inscripción de nacimientos, se establece que debe realizarse con “procedimientos ágiles, gratuitos y sencillos”, inmediatamente después del nacimiento, sin imponerse un plazo perentorio<sup>35</sup>. La inscripción debe practicarse con un certificado donde conste no solo la impresión plantar del niño, sino también la huella dactilar de la madre, lo que puede ayudar a prevenir el tráfico de niños. Y de forma coherente con el reconocimiento del derecho a la identidad cultural, también se reconoce el derecho de los niños de comunidades indígenas a ser inscriptos con nombres en su idioma<sup>36</sup>.

Estas disposiciones del Código complementan a la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles -en vigencia desde 2016-. Si bien se trata de una ley moderna, que procura garantizar la inscripción de nacimientos -v. gr. establece expresamente el principio de universalidad, incluyendo a todas las personas que se encuentren en Ecuador, independientemente de su condición migratoria<sup>37</sup>-, fue objetada por el Comité en relación a la inscripción de las adopciones<sup>38</sup>. Esta observación posiblemente se relacione con la circunstancia de que la ley parece regular un procedimiento de adopción expedito por parte del cónyuge o conviviente de la madre, si éste no es el padre del niño o niña<sup>39</sup>.

Del mismo modo, también merece cuestionarse que esta ley solo permite adecuar la inscripción y el nombre al género auto-percibido de la persona a partir de la mayoría de edad<sup>40</sup>, sin atender a la situación de los NNyA. Debe recordarse que la Corte IDH ha afirmado que el derecho a la identidad de género ampara “a los

niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida” y que “debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación”<sup>41</sup>.

### • El derecho a la familia

El Código dedica íntegramente uno de sus libros a la protección de las relaciones de familia<sup>42</sup>, complementando muchas de las disposiciones típicas del Código Civil, tales como el régimen de la patria potestad, la tenencia, alimentos o adopción. Ya en su capítulo de derechos, se establece el derecho a tener una familia y a la convivencia familiar, definiendo que la separación del niño de su familia -a través del acogimiento institucional, el internamiento preventivo, la privación de libertad o cualquier otra figura- deben aplicarse “como última y excepcional medida”<sup>43</sup>.

Entre las disposiciones más destacables se encuentra la prohibición de suspender o privar de la patria potestad por razones económicas o “por causa de migración motivada por necesidades económicas”, siempre que el niño quede al cuidado de un pariente próximo<sup>44</sup>. También, procurando garantizar el derecho de los NNyA a no ser separados de sus padres, el

*En caso de que haya hermanos en situación de adoptabilidad, “Solamente en casos de excepción podrán separarse” y “deberán adoptarse las medidas necesarias para asegurar que se conserven la relación personal y la comunicación entre ellos”.*



Código dispone que, si se resuelve privar, suspender o limitar la patria potestad, en la misma resolución, el juez debe ordenar medidas de protección “con el objeto de favorecer las circunstancias que justifiquen una posterior restitución de esta potestad”<sup>45</sup>.

En materia de filiación, tal como es tendencia en la región, se sigue el sistema de presunciones ante la negativa de alguno de los alegados progenitores a realizar el examen de ADN<sup>46</sup>. Si bien, como se dijo al reseñar la legislación de otros países, el sistema de presunciones no es en sí mismo incompatible con la Convención, sería más coherente con el principio de prioridad absoluta de los derechos de los NNyA -recogido en el art. 12 del CNA- denegar la posibilidad de negarse a practicar el examen de ADN. Por otro lado, es positivo que se haya tratado de evitar que la falta de recursos económicos constituya un impedimento para practicar este examen, pues en caso de que la negativa se funde en la falta de dinero para solventarlo, el examen será gratuito.

El Código es mucho más detallado al regular la adopción, que es definida como una medida de protección judicial<sup>47</sup> y solo podrá disponerse “cuando se hubieren agotado las medidas de apoyo a la familia y de reinserción familiar”<sup>48</sup>. Este énfasis en mantener las relaciones familiares se refuerza con la preferencia como adoptantes a los miembros de la familia de origen<sup>49</sup>. Del mismo modo, en caso de que haya hermanos en situación de adoptabilidad, “Solamente en casos de excepción podrán separarse” y “deberán adoptarse las medidas necesarias para asegurar que se conserven la relación personal y la comunicación entre ellos”<sup>50</sup>.

También es destacable que se ha procurado garantizar el derecho de los NNyA a ser oídos en el marco del proceso de adopción, tanto en la fase administrativa como judicial<sup>51</sup>, pues deben ser escuchados siempre que “estén en condiciones de hacerlos” y sus opiniones deben ser valoradas de acuerdo a desarrollo evolutivo y emocional<sup>52</sup>. Estas cláusulas cobran más fuerza en dos supuestos: la adopción de adolescentes, donde su consentimiento es obligatorio, y la adopción de hermanos, donde se establece expresamente que “La opinión del niño o niña que expresen el deseo de permanecer con sus hermanos, así como la comprobación de un vínculo afectivo entre ellos, deberán ser especialmente considerados por el Juez como antecedentes que hacen no recomendable la adopción”<sup>53</sup>.

En directa relación con el derecho a la identidad, el Código establece que “Las personas adoptadas tienen

derecho a conocer su condición de tal, su origen, su historia personal y a su familia consanguínea, salvo que exista prohibición expresa de esta última”<sup>54</sup>. Esta última excepción es muy cuestionable a la luz del art. 7 de la Convención. Si bien allí se indica que los NNyA tienen derecho “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres”, ello no significa que los Estados puedan establecer excepciones a este derecho, sino que alude a situaciones donde es materialmente imposible identificar a los progenitores (v. gr. cuando el niño ha sido abandonado, o la madre se niega a identificar al padre o no sabe quién es<sup>55</sup>). En ese sentido, el Comité cuestionó una disposición similar de la legislación de Francia, señalando que “Con respecto al derecho del niño a conocer sus orígenes, incluso en caso de que la madre haya solicitado durante el parto y la declaración del nacimiento que se mantenga el secreto de su identidad y en caso de adopción y de procreación médicamente asistida, al Comité le preocupa que las disposiciones legislativas adoptadas por el Estado Parte no reflejen plenamente las disposiciones de la Convención, en particular sus principios generales.”<sup>56</sup>

Otra de las disposiciones cuestionables del procedimiento de adopción es la referida a las acciones de nulidad. Si bien, a diferencia de la legislación de otros países de la región, se contempla expresamente la posibilidad de anular la adopción en casos fraudulentos o de vicios en el consentimiento de los involucrados y se reconoce la legitimación procesal de éstos, el plazo de prescripción es de apenas dos años desde que la adopción se inscribe en el Registro Civil. Se trata de un plazo notoriamente exiguo, especialmente considerando que incluye acciones que podrían constituir delitos<sup>57</sup>.

## • El derecho a la protección contra toda forma de violencia

En relación a este asunto, el Código contiene un capítulo titulado “Derechos de protección”, donde se enuncian y definen un amplio catálogo de derechos -tales como los derechos a la integridad y libertad personal, dignidad e imagen, privacidad, entre otros-. Merecen destacarse, por su especificidad, el reconocimiento de derechos a una protección especial para los NNyA cuyos padres se encuentre privados de libertad<sup>58</sup>, o en casos de desastres y conflictos armados<sup>59</sup>, así como el derecho de protección humanitaria y asistencia a los niños refugiados, junto a sus padres o las personas encargadas de su cuidado<sup>60</sup>.



Como contracara, se advierte que se ha omitido incorporar una prohibición expresa de imponer castigos corporales en el ámbito familiar<sup>61</sup>, lo que ha motivado el reproche del Comité en su última evaluación al país<sup>62</sup>. Esta omisión resulta llamativa, pues el Código Civil establece que puede disponerse la emancipación de los hijos judicialmente, entre otros casos, si sus padres lo maltratan habitualmente, “en términos de poner en peligro su vida, o de causarle grave daño”<sup>63</sup>. Del mismo modo, expresamente se ha vedado justificar el maltrato alegando que se trata de métodos formativos o de prácticas culturales tradicionales<sup>64</sup>.

En el ámbito educativo, en cambio, existe una clara prohibición de imponer sanciones corporales, así como “sanciones psicológicas atentatorias a la dignidad” u otras sanciones fundadas en una condición personal del estudiante -como el estado de embarazo- o de los padres<sup>65</sup>.

### • El derecho a la protección contra la violencia sexual

La protección contra la explotación y los abusos sexuales también encuentra un lugar destacado en el Código. En ese sentido, es interesante que se ha ampliado la definición clásica de abuso sexual, más allá de la tipicidad penal, para los efectos del Código, incluyendo todo contacto físico o sugerencia de naturaleza sexual<sup>66</sup>. También se brindan definiciones suficientemente amplias de la explotación sexual y el tráfico de niños<sup>67</sup>. Para todos estos casos, así como otras violaciones a la integridad personal de los NNyA, el Código proporciona un extenso catálogo de medidas que pueden ser adoptadas por las autoridades judiciales o administrativas, como allanamientos

de vivienda, orden del alejamiento del agresor del domicilio o suspensión de sus tareas, o directamente la suspensión del establecimiento donde se produjo la agresión, entre otras<sup>68</sup>.

Una medida valiosa es que se prohíbe someter a los NNyA que sean víctimas de alguna forma de maltrato o abuso a un mismo examen médico legal más de una vez<sup>69</sup>, de forma de prevenir su revictimización.

También merece destacarse la reciente reforma constitucional que dispuso la imprescriptibilidad de los delitos contra la integridad sexual o reproductiva de los NNyA<sup>70</sup> y la “Ley Orgánica Integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres”<sup>71</sup>, que presta especial atención a las niñas y adolescentes. En esta última norma se definió dentro del concepto de violencia sexual “la implicación de niñas y adolescentes en actividades sexuales con un adulto o con cualquier otra persona que se encuentre en situación de ventaja frente a ellas, sea por su edad, por razones de su mayor desarrollo físico o mental, por la relación de parentesco, afectiva o de confianza que lo une a la niña o adolescente, por su ubicación de autoridad o poder; el embarazo temprano en niñas y adolescentes, el matrimonio en edad temprana, la mutilación genital femenina y la utilización de la imagen de las niñas y adolescentes en pornografía”<sup>72</sup>.

En este punto, debe efectuarse una mención especial a la reciente reforma al Código Civil, por la que se dispuso que las personas menores de 18 años no pueden contraer matrimonio, sin admitir excepción alguna<sup>73</sup>. Esta reforma ubica a Ecuador a la vanguardia en la región en lucha contra los matrimonios tempranos.

- **El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil**

En este ámbito también encontramos una importante definición en la Constitución: la prohibición absoluta del trabajo para los menores de 15 años. La Constitución indica, además, que “El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal” y que “Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral”<sup>74</sup>. De forma coherente, el Código especifica que la edad mínima de 15 años incluye al trabajo doméstico<sup>75</sup> y ha excluido una serie de actividades del trabajo adolescente<sup>76</sup>. Sin embargo, se ha exceptuado de esa edad “a los trabajos considerados como prácticas ancestrales formativas”, siempre que reúnan una serie de condiciones<sup>77</sup>, y se admite que los NNyA realicen “actividades de formación que incorporen al trabajo como un elemento importante en su formación integral”<sup>78</sup>, abriendo peligrosamente la puerta al incumplimiento de la edad mínima de 15 años. En ese sentido, el Comité ha reclamado al Estado que “redoble sus esfuerzos por eliminar el trabajo infantil en todos los sectores de la economía”<sup>79</sup>.

- **El derecho a la educación**

La gratuidad de la educación pública, como se apuntó en el apartado anterior, está garantizada por la Constitución de la República. El Código define que es “obligatoria hasta el décimo año de educación básica”<sup>80</sup>, período que es extendido por la Ley Orgánica de Educación Intercultural hasta el bachillerato<sup>81</sup>. Ambas normas ponen un fuerte énfasis en garantizar la pluralidad cultural. Justamente en la Ley Orgánica de Educación Intercultural se instituye el “Sistema de Educación Intercultural Bilingüe”, destinado a garantizar la enseñanza de los idiomas ancestrales, así como “aplicar, desarrollar y promover las políticas públicas de Educación Intercultural Bilingüe con la participación comunitaria y los actores sociales que incluye a los gobiernos escolares comunitarios...”<sup>82</sup>.

También es en la Ley Orgánica de Educación Intercultural donde se especifican con mayor detalle



© UNICEF/UN0327999/

los derechos de los NNyA en relación al sistema educativo, que en el Código tienen una enunciación más acotada. Así, se reconoce su derecho a “intervenir en el proceso de evaluación interna y externa como parte y finalidad de su proceso educativo”, a “ejercer activamente su libertad de organización y expresión garantizada en la Constitución de la República, a participar activamente en el proceso educativo, a ser escuchados y escuchadas, a que su opinión sea considerada como parte de las decisiones que se adopten”, a “recibir gratuitamente servicios de carácter social, psicológico y de atención integral de salud en sus circuitos educativos”, entre muchos otros derechos<sup>83</sup>, en plena sintonía con los artículos 28 y 29 de la Convención.

- **El derecho a la salud**

En relación al derecho la salud, el Código detalla una serie de derechos específicos para los NNyA, entre los que se destacan el “acceso gratuito a los programas y acciones de salud públicos, a una nutrición adecuada y a un medio ambiente saludable”, el “acceso permanente e ininterrumpido a los servicios de salud públicos, para la prevención, tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”, el “acceso a medicina gratuita”, y el derecho a “información sobre su estado de salud” de acuerdo a su nivel evolutivo<sup>84</sup>.

Estos derechos deben ser analizados en conjunto con la Ley Orgánica de Salud<sup>85</sup>, donde se consagran

*La reciente reforma al Código Civil, por la que se dispuso que las personas menores de 18 años no pueden contraer matrimonio, sin admitir excepción alguna. Esta reforma ubica a Ecuador a la vanguardia en la región en lucha contra los matrimonios tempranos.*

una serie de derechos para todas las personas<sup>86</sup>, sin distinción de edades, por lo que debe concluirse que comprenden a los NNyA. Sin embargo, esta ley presta poca atención a los NNyA y omite -al igual que el CNA- recoger expresamente el respeto a su autonomía -de acuerdo su desarrollo- para decidir sobre tratamientos médicos o garantizar la confidencialidad frente a sus padres de la asistencia médica -lo que puede ser crucial en casos de salud sexual y reproductiva-, por lo que estas cuestiones quedan librada a la discrecionalidad de las autoridades en salud<sup>87</sup>.

Justamente, entre los pocos artículos de la Ley Orgánica de Salud que se refieren a los adolescentes se encuentran los referidos a la salud sexual y reproductiva. La Ley establece que se debe garantizar el acceso a los adolescentes “a servicios de salud que aseguren la equidad de género, con enfoque pluricultural” y que contribuyan “a erradicar conductas de riesgo, violencia, estigmatización y explotación de la sexualidad”<sup>88</sup>. Del mismo modo, se reconoce “a la mortalidad materna, al embarazo en adolescentes y al aborto en condiciones de riesgo como problemas de salud pública”<sup>89</sup>, que requieren un atención integral y políticas de prevención. Sin embargo, el aborto se encuentra penalizado en Ecuador, excluyéndose la punibilidad exclusivamente cuando se practica “para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada” o “si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental”<sup>90</sup>. Por ello, el Comité ha reclamado a Ecuador no solo que “vele por que las niñas tengan acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, entre ellos el aborto terapéutico”, sino también que “estudie la posibilidad de despenalizar el aborto, prestando especial atención a la edad de la niña embarazada y los casos de incesto o violencia sexual”<sup>91</sup>.

## • El sistema de responsabilidad penal adolescente

Finalmente, en relación al sistema de responsabilidad penal de los adolescentes en conflicto con la ley penal, si bien se sigue el principio de especialidad -que, como vimos, está expresamente contemplado en la Constitución de la República-, se advierten algunos serios problemas, que merecieron recientemente un duro reproche del Comité en su última evaluación al Estado.

Puntualmente, el Comité objetó “a) La prevalencia de medidas de privación de libertad en los centros de rehabilitación para mayores de 12 años en el caso de delitos graves, y para mayores de 14 años en el caso de otros delitos, como medida socioeducativa para los niños en conflicto con la ley, y el aumento de la condena máxima de privación de libertad de 4 a 8 años; b) La prestación de servicios limitados de asesoramiento y asistencia jurídica para los niños en conflicto con la ley; c) La falta de disposiciones legales que autoricen una reducción de la condena de privación de libertad y/o la revisión de una medida socioeducativa impuesta; d) El requisito de cumplir el 60% de la condena en régimen de privación de libertad y/o bajo un régimen “cerrado” para poder optar a un régimen semiabierto, y el de cumplir por lo menos el 80% de la condena en régimen de privación de libertad para poder optar a un régimen abierto”<sup>92</sup>.

Por ello, entre otras medidas, el Comité reclamó que el Estado “a) Aumente la edad mínima legal para la aplicación de las medidas de privación de libertad; b) Evite la aplicación de medidas sociales y/o educativas consistentes en la privación de libertad y refuerce la aplicación del principio de proporcionalidad de las



sanciones impuestas a los niños en conflicto con la ley; (...) e) Lleve a cabo un examen de su marco normativo en relación con los procedimientos administrativos relativos a los niños en conflicto con la ley y asegure la disponibilidad de recursos o la revisión de una sanción impuesta y/o la reducción de la condena en régimen

de privación de libertad; f) Reforme el sistema por el que se exige el cumplimiento del 60% de la condena en régimen de privación de libertad para los niños en conflicto con la ley, a fin de permitir la revisión de la sanción en cualquier momento durante el proceso con miras a su retirada”.

### 3. Recomendaciones

En líneas generales, podemos afirmar que la Constitución de la República, el Código de Niñez y Adolescencia y otras leyes especiales, no solo se ajustan a la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que, en muchos casos, son más progresivas. Sin embargo, de acuerdo a la revisión efectuada, hay ciertos aspectos puntuales que pueden ser mejorados o que, ineludiblemente, deben ser revisados.

Así, como hemos visto, en materia de identidad resulta necesario permitir que los NNyA accedan a procedimientos de modificación registral de la identidad de género y del nombre, de acuerdo a su auto-percepción y al principio de desarrollo progresivo.

En el régimen de la adopción se observan al menos cuatro cuestiones que deben ser revisadas. Como vimos, el Código reconoce que “Las personas adoptadas tienen derecho a conocer su condición de tal, su origen, su historia personal y a su familia consanguínea, salvo que exista prohibición expresa de esta última”. Esta última facultad es incompatible con el artículo 7º de la Convención, por lo que debería eliminarse. Del mismo modo, es indispensable establecer expresamente el deber de conservar los expedientes judiciales y administrativos relacionados con la adopción, de forma que este derecho pueda concretarse en la práctica, pues ni el CNA ni el Código Civil encontramos disposición alguna al respecto.

Por otro lado, también debe eliminarse el exiguo plazo de dos años para la prescripción de la acción de nulidad de la adopción -especialmente cuando ésta tenga como origen un delito- y el etiquetamiento de los niños de 4 años como “difíciles de adoptar”<sup>93</sup>.

La protección contra toda forma de violencia también debe ser mejorada, en particular prohibiendo expresamente la imposición de castigos corporales en todos los ámbitos, incluyendo especialmente el medio familiar.

En relación a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil, resulta conveniente revisar las excepciones a la prohibición de trabajo para los menores de 15 años de edad, que son flexibilizadas en la ley bajo el argumento de ser actividades ancestrales o formativas.

La Ley Orgánica de Salud también puede ser mejorada, para regular expresamente los derechos de los NNyA, de forma tal que su alcance sobre estos no quede sujeto a la discrecionalidad de los operadores del sistema de salud. Debe recordarse que esta ley no otorga un tratamiento específico a los NNyA. Asimismo, tal como ha reclamado el Comité, debería estudiarse la posibilidad de despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo, al menos en los casos de violación.

Con relación al sistema de responsabilidad penal juvenil, además de las modificaciones reclamadas por el Comité que se indicaron en el acápite anterior, es indispensable reformar el art. 317 del CNA pues dispone que los adolescentes condenados a una pena privativa de la libertad superior a diez años conservarán esa sentencia entre sus antecedentes penales, aun cuando alcancen la mayoría de edad. Al respecto, en su Observación General nro. 10 sobre “Los derechos del niño en la justicia de menores”, el Comité ha recomendado a los Estados que “adopten normas que permitan la supresión automática en los registros de antecedentes penales del nombre de los niños delincuentes cuando éstos cumplan 18 años, o, en un número limitado de ciertos delitos graves, que permitan la supresión del nombre del niño, a petición de éste, si es necesario en determinadas condiciones (por ejemplo, que no haya cometido un delito en los dos años posteriores a la última condena)”<sup>94</sup>.



### Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 Arts. 424 y 425.
- 5 Art. 417.
- 6 Art. 44.
- 7 Art. 45: “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.”
- 8 Art. 46: “El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:
  1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.
  2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral.
  3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad.
  4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones. Las acciones y las penas por delitos contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niñas, niños y adolescentes serán imprescriptibles.
  5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.
6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.
7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.
8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad.
9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.”
- 9 Art. 35: “Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.”
- 10 Art. 42: “Se prohíbe todo desplazamiento arbitrario. Las personas que hayan sido desplazadas tendrán derecho a recibir protección y asistencia humanitaria emergente de las autoridades, que asegure el acceso a alimentos, alojamiento, vivienda y servicios médicos y sanitarios. Las niñas, niños, adolescentes, mujeres embarazadas, madres con hijas o hijos menores, personas adultas mayores y personas con discapacidad recibirán asistencia humanitaria preferente y especializada. Todas las personas y grupos desplazados tienen derecho a retornar a su lugar de origen de forma voluntaria, segura y digna.”
- 11 Art. 66: “Se reconoce y garantizará a las personas: (...)
  3. El derecho a la integridad personal, que incluye:
    - a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.
    - b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado.El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.”
- Ver también art. 81: “La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley.”
- 12 Art. 175 “Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección



- integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores.”
- 13 Art. 57 inc. 10.
- 14 Art. 341.
- 15 Art. 348.
- 16 Art. 343: “El sistema nacional de educación tendrá como finalidad el desarrollo de capacidades y potencialidades individuales y colectivas de la población, que posibiliten el aprendizaje, y la generación y utilización de conocimientos, técnicas, saberes, artes y cultura. El sistema tendrá como centro al sujeto que aprende, y funcionará de manera flexible y dinámica, incluyente, eficaz y eficiente. El sistema nacional de educación integrará una visión intercultural acorde con la diversidad geográfica, cultural y lingüística del país, y el respeto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades.
- Art. 347: “Será responsabilidad del Estado:
1. Fortalecer la educación pública y la coeducación; asegurar el mejoramiento permanente de la calidad, la ampliación de la cobertura, la infraestructura física y el equipamiento necesario de las instituciones educativas públicas.
  2. Garantizar que los centros educativos sean espacios democráticos de ejercicio de derechos y convivencia pacífica. Los centros educativos serán espacios de detección temprana de requerimientos especiales.
  3. Garantizar modalidades formales y no formales de educación.
  4. Asegurar que todas las entidades educativas impartan una educación en ciudadanía, sexualidad y ambiente, desde el enfoque de derechos.
  5. Garantizar el respeto del desarrollo psicoevolutivo de los niños, niñas y adolescentes, en todo el proceso educativo.
  6. Erradicar todas las formas de violencia en el sistema educativo y velar por la integridad física, psicológica y sexual de las estudiantes y los estudiantes.
  7. Erradicar el analfabetismo puro, funcional y digital, y apoyar los procesos de post-alfabetización y educación permanente para personas adultas, y la superación del rezago educativo.
  8. Incorporar las tecnologías de la información y comunicación en el proceso educativo y propiciar el enlace de la enseñanza con las actividades productivas o sociales.
  9. Garantizar el sistema de educación intercultural bilingüe, en el cual se utilizará como lengua principal de educación la de la nacionalidad respectiva y el castellano como idioma de relación intercultural, bajo la rectoría de las políticas públicas del Estado y con total respeto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades.
  10. Asegurar que se incluya en los currículos de estudio, de manera progresiva, la enseñanza de al menos una lengua ancestral.
  11. Garantizar la participación activa de estudiantes, familias y docentes en los procesos educativos.
  12. Garantizar, bajo los principios de equidad social, territorial y regional que todas las personas tengan acceso a la educación pública.”
- Ver también art. 380 inc. 4, que establece que es responsabilidad del Estado “Establecer políticas e implementar formas de enseñanza para el desarrollo de la vocación artística y creativa de las personas de todas las edades, con prioridad para niñas, niños y adolescentes.”
- 17 Esto queda claro ya en su primer artículo, donde se indica que el “Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad”.
- 18 Disposición transitoria n° 9 del CNA.
- 19 Cfr. art. 133 de la Constitución de la República.
- 20 Libro Primero: Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. Libro Segundo: El niño, niña y adolescente en sus relaciones de familia. Libro Tercero: Del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la niñez y adolescencia. Libro Cuarto: Responsabilidad del Adolescente Infractor.
- 21 Arts. 11 y 14 CNA.
- 22 Art. 11 CNA.
- 23 Art. 11 CNA.
- 24 Art. 12 CNA.
- 25 Comité de los derechos del niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).
- 26 Principio de prioridad absoluta. Adviértase que no se trata así de una mera pauta interpretativa sino de un criterio de decisión. Una disposición similar puede verse, entre otras, en la “Ley de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” de Argentina (ver capítulo respectivo en este informe).
- 27 Art. 14 CNA.
- 28 Art. 18 CNA.
- 29 Art. 15 CNA.
- 30 Art. 33 CNA: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley”.
- 31 Art. 34 CNA: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conservar, desarrollar, fortalecer y recuperar su identidad y valores espirituales, culturales, religiosos, lingüísticos, políticos y sociales y a ser protegidos contra cualquier tipo de interferencia que tenga por objeto sustituir, alterar o disminuir estos valores”.
- 32 Ver, por caso, capítulo de Colombia en este informe.
- 33 En tanto dispone que “Se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.
- 34 Este artículo establece que no se negará a los niños que pertenecen a minorías étnicas o a pueblos indígenas el derecho “a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.
- 35 Art. 35 CNA. La Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles establece que el derecho a la inscripción del nacimiento es imprescriptible, pero que la inscripción debe realizarse dentro de los 3 días posteriores y que, luego de los 90 días, se trata de una inscripción extraordinaria con mayores requisitos -y pasados los 18 años solo procede por orden judicial- (art. 31).
- 36 Art. 36 CNA.

- 37 Art. 4.3 Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.
- 38 El Comité recomendó al Estado que “Revise su marco normativo, incluidos el Código Civil y la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (2016), en relación con las cuestiones relativas a la identidad y la adopción, y lo ajuste a la Convención”. CRC/C/ECU/CO/5-6, párr. 6.c.
- 39 Art. 39 Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles: “La madre casada o en unión de hecho legalmente constituida, podrá autorizar a su cónyuge o conviviente que no sea padre de la o el menor, la adopción de su hijo o hija en caso de desconocerse la identidad o paradero del padre biológico indicando esta particularidad y dejando a salvo el derecho de reconocimiento; o, previo consentimiento del padre biológico del futuro adoptado en caso de conocerse su identidad y paradero, quien perderá la filiación, por dicha autorización.”
- 40 Art. 94 Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.
- 41 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 25 de noviembre de 2017, párr. 154. En el mismo sentido, el Comité ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente” (Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34). Ver también Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, “Principios de Yogyakarta”, en cuyo preámbulo se afirma que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”.
- 42 Libro Segundo: El niño, niña y adolescente en sus relaciones de familia.
- 43 Art. 22 CNA.
- 44 En este último caso “sólo podrá suspenderse la patria potestad para efectos de confiar la tutela al pariente que recibió el encargo”. Art. 114 CNA.
- 45 Art. 116 CNA. Es remarcable que también se dispone que “Para ordenar la restitución, el Juez deberá oír previamente a quien solicitó la medida y en todo caso al hijo o hija de acuerdo a su desarrollo evolutivo” (art. 117 CNA).
- 46 Título V, art.10.a. CNA: “En el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, con el alimentario y en la misma providencia se fijará la pensión provisional, la cual será exigible desde la presentación de la demanda”. En el mismo sentido, ver art. 258 del Código Civil.
- 47 Art. 217 inc. 6 CNA.
- 48 Art. 153 inc. 1 CNA.
- 49 Art. 152 inc. 4 CNA. Luego, “Las personas que hayan tenido a un niño, niña o adolescente en acogimiento familiar, tendrán opción prioritaria para su adopción” (art. 231 CNA).
- 50 Art. 156 CNA.
- 51 Art. 164 CNA.
- 52 Art. 153 inc. 5 CNA.
- 53 Art. 156 CNA.
- 54 Art. 153 inc. 6 CNA.
- 55 Ver Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 131.
- 56 Francia CRC/C/15/ Add. 20, párrafo 14.
- 57 Ver en este sentido “Caso Fornerón e hija Vs. Argentina” (Corte IDH, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de abril de 2012) y “Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio v. Argentina” (CCPR/C/53/D/400/1990). En ambos casos se puso de manifiesto la necesidad de que los procesos de adopción puedan ser revisado durante un periodo prolongado de tiempo.
- 58 Art. 56 CNA: “Los niños; niñas y adolescentes que no gocen de su medio familiar por encontrarse uno o ambos progenitores privados de su libertad, deberán recibir protección y asistencia especiales del Estado, fuera de los centros de rehabilitación, mediante modalidades de atención que aseguren su derecho a la convivencia familiar y comunitaria y a las relaciones personales directas y regulares con sus progenitores.”
- 59 Art. 57 CNA: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a protección especial en casos de desastres naturales y de conflictos armados internos o internacionales. Esta protección se expresará, entre otras medidas, en la provisión prioritaria de medios de evacuación de las zonas afectadas, alojamiento, alimentación, atención médica y medicinas.”
- 60 Arts. 58 CNA: “Los niños, niñas y adolescentes que soliciten o a quienes se les haya concedido el estatuto de refugiado, tienen derecho a recibir protección humanitaria y la asistencia necesaria para el pleno disfrute de sus derechos. El mismo derecho asiste a sus progenitores y a las personas encargadas de su cuidado.”
- 61 Es justo decir que el Código define al maltrato como “toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores...” (art. 67). Sin embargo, no hay una prohibición expresa de castigos corporales.
- 62 El Comité instó a Ecuador a acelerar “la aprobación del proyecto de ley de orgánica para una infancia y una adolescencia libres de castigos físicos y tratos degradantes, que penaliza los castigos corporales en todos los entornos, incluido el hogar” (CRC/C/ECU/CO/5-6, párr. 23).
- 63 Art. 311 inc. 1 Código Civil.
- 64 Art. 76 CNA.
- 65 Arts. 40 y 41 CNA.
- 66 Art. 68 CNA: “Sin perjuicio de lo que dispone el Código Penal sobre la materia, para los efectos del presente Código constituye abuso sexual todo contacto físico, sugerencia



- de naturaleza sexual, a los que se somete un niño, niña o adolescente, aun con su aparente consentimiento, mediante seducción, chantaje, intimidación, engaños, amenazas, o cualquier otro medio”.
- 67 Arts, 69 y 70 CNA.
- 68 Art. 79 CNA.
- 69 Art. 80 CNA.
- 70 Art. 46 inc. 4 de la Constitución de la República, agregado por reforma aprobada en el referéndum y consulta popular de 4 de febrero del 2018, dada por Resolución del Consejo Nacional Electoral No. 1, publicada en Registro Oficial Suplemento 180 de 14 de febrero del 2018.
- 71 Aprobada del 31 de enero de 2018.
- 72 Art. 10 inc. c Ley Orgánica Integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres.
- 73 Art. 83 Código Civil, de acuerdo a la “Ley reformativa del Código Civil”, del 19 de junio de 2015.
- 74 Art. 46 inc. 2 Constitución de la República.
- 75 Art. 82 CNA.
- 76 Art. 87 CNA: “Se prohíbe el trabajo de adolescentes: 1. En minas, basurales, camales, canteras e industrias extractivas de cualquier clase; 2. En actividades que implican la manipulación de sustancias explosivas, psicotrópicas, tóxicas, peligrosas o nocivas para su vida, su desarrollo físico o mental y su salud; 3. En prostíbulos o zonas de tolerancia, lugares de juegos de azar, expendio de bebidas alcohólicas y otros que puedan ser inconvenientes para el desarrollo moral o social del adolescente; 4. En actividades que requieran el empleo de maquinaria peligrosa o que lo exponen a ruidos que exceden los límites legales de tolerancia; 5. En una actividad que pueda agravar la discapacidad, tratándose de adolescentes que la tengan; 6. En las demás actividades prohibidas en otros cuerpos legales, incluidos los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador; y, 7. En hogares cuyos miembros tengan antecedentes como autores de abuso o maltrato. El Ministerio encargado de las Relaciones Laborales determinará las formas específicas de trabajo peligroso, nocivo o riesgoso que están prohibidos para los adolescentes, tomando en cuenta su naturaleza, condiciones y riesgo para su vida e integridad personal, salud, educación, seguridad y desarrollo integral”.
- 77 Art. 86 CNA: “La limitación de edad señalada en el artículo 82 no se aplicará a los trabajos considerados como prácticas ancestrales formativas, siempre que reúnan las siguientes condiciones:
1. Que respeten el desarrollo físico y psicológico del adolescente, en el sentido de asignárseles solamente tareas acordes con sus capacidades y etapa evolutiva;
  2. Que contribuyan a la formación y desarrollo de las destrezas y habilidades del adolescente;
  3. Que transmitan valores y normas culturales en armonía con el desarrollo del adolescente; y,
  4. Que se desarrollen en el ámbito y beneficio de la comunidad a la que pertenece el adolescente o su familia.”
- 78 Art. 92 CNA.
- 79 CRC/C/ECU/CO/5-6, párr. 42.
- 80 Art. 37 CNA. En el mismo sentido, art. 42 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural.
- 81 Art. 43 LOEI: “Art. 43.- Nivel de educación bachillerato. - El bachillerato general unificado comprende tres años de educación obligatoria a continuación de la educación general básica.” El ciclo escolar obligatorio se inicia con el primer año de educación general básica (a los 5 años de edad). El ciclo inicial no es obligatorio.
- 82 Arts. 77 y 78 Ley Orgánica de Educación Intercultural.
- 83 Art. 7 Ley Orgánica de Educación Intercultural.
- 84 Art. 27 CNA.
- 85 Ley 67.
- 86 Art. 7 Ley Orgánica de Salud.
- 87 Dado que podría afirmarse que los NNyA tienen estos derechos -derecho a la autonomía y a la privacidad- porque están entre aquellos que la Ley Orgánica de Salud reconoce a “toda persona” (ver art. 7).
- 88 Art. 20 Ley Orgánica de Salud.
- 89 Art. 21 Ley Orgánica de Salud. Ver también art. 26.
- 90 Art. 150 Código Orgánico Integral Penal.
- 91 CRC/C/ECU/CO/5-6, párr. 35.c. Sobre estos casos, la Ley Orgánica Integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres establece que el sistema de salud debe “Asegurar atención especializada para las niñas y adolescentes, víctimas de violencia sexual, garantizando exámenes y tratamientos para la prevención de infecciones de transmisión sexual, incluido el VIH/SIDA y embarazo no planificado a causa de violencia, con consideración de protocolos especializados en salud adolescente, examen y tratamiento para trauma físico y emocional, recopilación de evidencia médica legal que considere su especificidad y necesidades” (art. 26.r).
- 92 CRC/C/ECU/CO/5-6, párr. 43.
- 93 Previsto en el art. 166 inc. 1 del CNA. Este “etiquetamiento” permite su preasignación de una familia a un niño en la fase administrativa de la adopción, lo que está vedado como regla general. Esta medida fue expresamente reclamada por el Comité en sus últimas observaciones finales al Estado. CRC/C/ECU/CO/5-6, párr. 31.c.
- 94 CRC/C/GC/10, párr. 67.



## EL SALVADOR



© UNICEF El Salvador/2018-093/Leiva

### 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República de El Salvador

Lamentablemente, la Constitución de la República de El Salvador no otorga jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño ni a los demás tratados internacionales de derechos humanos, sino que se limita a reconocer su jerarquía superior a la ley interna<sup>4</sup>. Se trata de una Constitución adoptada en 1983, en el contexto del prolongado conflicto armado interno del país, que desde entonces fue objeto de algunas reformas puntuales que no modificaron el estatus jurídico de los tratados<sup>5</sup>. Igualmente, el texto constitucional aborda específicamente los derechos de los NNyA al referirse a la



Instrumento	
CDN	Jerarquía supralegal.
Reservas	No hizo.
Declaraciones	No hizo.
PF 1 <sup>1</sup>	Ratificado en 2002. Efectuó una declaración sobre el art. 3.2 del Protocolo, indicando que la edad mínima de reclutamiento voluntario en El Salvador es de 16 años.
PF 2 <sup>2</sup>	Ratificado en 2004. Efectuó una declaración señalando que El Salvador admite la extradición de sus nacionales, de acuerdo al art. 38 de su Constitución.
PF 3 <sup>3</sup>	Ratificado en 2015.

*“La familia es la base fundamental de la sociedad”<sup>6</sup>, se reconoce expresamente el derecho de los NNyA a “vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral” y gozar de la protección del Estado.*

familia, el trabajo, la educación, la nacionalidad y el servicio militar, aunque, siguiendo la terminología preconvencional, se refiere a ellos como “menores”.

Así, tras remarcar que “La familia es la base fundamental de la sociedad”<sup>6</sup>, se reconoce expresamente el derecho de los NNyA a “vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral” y gozar de la protección del Estado<sup>7</sup>. También se consagra su derecho a la salud, a la educación y se reconoce el principio de especialización en caso de conflicto con la ley penal<sup>8</sup>. El capítulo referido a la familia concluye con una cláusula de igualdad entre los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos y reconociendo el derecho al nombre y a investigar la paternidad<sup>9</sup>.

El derecho a la educación también tiene un desarrollo específico en la Constitución, que lo define como “inherente a la persona humana”<sup>10</sup> y establece sus fines de un modo muy similar al artículo 29 de la Convención, aunque faltan algunos elementos importantes como inculcar el respeto por la igualdad entre los sexos o el medio ambiente<sup>11</sup>. En la Constitución, la obligatoriedad solo comprende hasta la educación básica, en tanto que la gratuidad alcanza hasta la etapa media<sup>12</sup>. Además, se agregan algunos artículos dirigidos a garantizar el acceso a la educación<sup>13</sup> y promover la alfabetización<sup>14</sup>.

Relacionado con ello, la Constitución solo reconoce como idioma oficial al castellano, pero también establece que “Las lenguas autóctonas que se hablan en el territorio nacional forman parte del patrimonio

cultural y serán objeto de preservación, difusión y respeto”<sup>15</sup>. En el mismo sentido, en 2014 se agregó una cláusula de reconocimiento de los pueblos indígenas, proclamándose el mantenimiento y desarrollo de su identidad étnica y cultural<sup>16</sup>.

El derecho a la educación de los NNyA también es materia de una valiosa norma constitucional protectora al prohibirse el trabajo de “Los menores de catorce años, y los que habiendo cumplido esa edad sigan sometidos a la enseñanza obligatoria en virtud de la ley”, aunque se establece que “Podrá autorizarse su ocupación cuando se considere indispensable para la subsistencia de los mismos o de su familia, siempre que ello no les impida cumplir con el mínimo de instrucción obligatoria”<sup>17</sup>. Del mismo modo, se establece constitucionalmente la limitación de la jornada de trabajo para los menores de 16 años y se prohíbe el trabajo insalubre o peligroso, así como el trabajo nocturno, para todas las personas menores de 18 años<sup>18</sup>. Estas disposiciones destacan a la Constitución salvadoreña, pues en la región no se han verificado cláusulas constitucionales similares<sup>19</sup>.

En cuanto a la nacionalidad, la Constitución la reconoce a todas las personas nacidas en el país, de acuerdo al principio de jus soli, pero también a los hijos de padre o madre salvadoreños nacidos en el extranjero y a quienes nacieron en las repúblicas que formaron parte de la Federación de Centroamérica si fijan domicilio en El Salvador y manifestaren ante autoridad competente su deseo de ser salvadoreños<sup>20</sup>.

Finalmente, es importante destacar que la Constitución

excluye a las personas menores de 18 años del servicio militar obligatorio<sup>21</sup>.

## 2. La “Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia” y otras leyes relacionadas

En 2009 el Salvador aprobó la “Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia” (en adelante, “LEPINA”), ubicándose entre los últimos países de la región en aprobar una ley especial referida a los derechos de los NNyA<sup>22</sup><sup>23</sup>. Más allá de su nomen iuris, la LEPINA está organizada bajo los tradicionales criterios de la codificación en tres “Libros”, que abordan respectivamente los derechos, garantías y deberes de los NNyA, organizan el Sistema Nacional de Protección Integral y fijan reglas específicas para la administración de justicia sobre los NNyA. De acuerdo al alcance de este informe, se prestará especial atención al primer libro, sin perjuicio de que se dará cuenta de las medidas de protección y reglas de procedimiento contempladas en los dos últimos libros<sup>24</sup>.

### • El principio de interés superior de los NNyA

Como es de estilo, la LEPINA reconoce entre sus principios rectores al de interés superior, que es adecuadamente definido, abarcando su carácter trifásico de derecho sustantivo, principio interpretativo y norma de procedimiento, con aplicación en todo asunto concerniente a los NNyA por autoridades públicas o particulares<sup>25</sup>. Sin embargo, puede cuestionarse que se haya incluido a la opinión “del padre y madre o de quienes ejerzan la

representación legal” como elemento a considerar para ponderar el interés superior. Como ha señalado el Comité, así como “la flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño (...) también puede dejar margen para la manipulación (...) por ejemplo; por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia”<sup>26</sup>. Igualmente, de modo muy valioso, la LEPINA también tiene entre sus principios rectores a los de autonomía progresiva, no discriminación, corresponsabilidad y prioridad absoluta o carácter preferente de los derechos de los NNyA.

### • El derecho a la identidad

Ingresando al análisis de los derechos en particular, el derecho a la identidad es enunciado en relación con el nombre, la nacionalidad y la relación filial<sup>27</sup>, de modo similar al artículo 8 de la Convención. Del mismo modo, también se consagra el derecho a la identificación, estableciendo que “El nacimiento de una persona debe ser inscrito de forma inmediata y gratuita en el Registro del Estado Familiar”<sup>28</sup>. Este tema tiene una regulación más detallada en la “Ley transitoria del registro del estado familiar y de los regímenes patrimoniales del matrimonio”<sup>29</sup>, donde se indica que la inscripción debe practicarse dentro de los 90 días. Se trata de un plazo excesivamente prolongado, que triplica el que fijan la mayoría de los países de la región -30 días-. Al respecto, se ha dicho que “conforme a la Convención, el niño debe ser inscrito ‘inmediatamente después de su nacimiento’, lo que implica un plazo de días más que de meses”<sup>30</sup>.

Por otro lado, el Código de Familia fija una multa para las inscripciones tardías<sup>31</sup>, es decir, por fuera de los 90 días posteriores al nacimiento<sup>32</sup>.

*También se consagra el derecho a la identificación, estableciendo que “El nacimiento de una persona debe ser inscrito de forma inmediata y gratuita en el Registro del Estado Familiar”.*





Aunque en la “Ley transitoria del registro del estado familiar y de los regímenes patrimoniales del matrimonio” se indica que todos los trámites son gratuitos y no se hace alusión a una multa de este tipo, es indispensable derogar esta disposición del Código de Familia. Debe advertirse que el Comité ha considerado que la imposición de multas u otro tipo de sanciones similares a los padres que omiten registrar a sus hijos es una medida contraproducente, pues puede convertirse en un disuasivo para la efectiva registración de aquellos NNyA que no fueron inscriptos oportunamente<sup>33</sup>.

En cualquier caso, es destacable que la LEPINA pone el énfasis en lograr que los nacimientos se inscriban rápida y fidedignamente, imponiendo a los establecimientos de salud y a los médicos o parteras que hubieran atendido partos fuera de una institución hospitalaria el deber de comunicar el nacimiento al Registro del Estado Familiar por su propia cuenta en el plazo de 90 días<sup>34</sup>. Se trata de una obligación independiente a la de los padres, quienes lógicamente están a cargo de formular la correspondiente inscripción<sup>35</sup>.

Debe formularse una observación más en relación al derecho a la identidad. Si bien, como vimos, la definición de la LEPINA de este derecho se ajusta a los artículos 7 y 8 de la Convención, lamentablemente deja por fuera los conceptos de identidad de género y cultural, que tienen base en otros artículos de la Convención -como los arts. 2, 20 y 30-, que pueden ponderarse a luz del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos.

Mientras la omisión de reconocer a la identidad cultural como un componente del derecho a la identidad se ve parcialmente mitigada por la ya apuntada reforma constitucional efectuada en 2014 y por ciertos artículos de la LEPINA que imponen respetarla y preservarla<sup>36</sup>, especialmente en el ámbito educativo<sup>37</sup>, no existe ningún reconocimiento sobre la identidad de género en la legislación salvadoreña, por lo que lo que no se permite adecuar el nombre y la inscripción registral -ni de NNyA ni de adultos- a la autopercepción de género. Como se ha señalado al analizar la legislación similar en la mayoría de los países de la región, debe recordarse que la Corte IDH ha afirmado que el derecho a la identidad de género ampara “a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida” y que “debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la

Convención [Americana sobre Derechos Humanos], las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación”<sup>38</sup>.

## • El derecho a la familia

De estrecha relación con el derecho a la identidad, el derecho a la protección de las relaciones familiares tiene un amplio reconocimiento en la LEPINA. Así, se afirma el derecho de los NNyA “a conocer a su madre y padre y ser criados por ellos”<sup>39</sup>, “a mantener relaciones personales con su madre y padre”<sup>40</sup> y a ser criados en familia<sup>41</sup>. Estos derechos deben ser analizados en conjunto con algunas medidas de protección previstas en la LEPINA, así como con ciertos artículos del Código de Familia, donde se encuentra el núcleo de su operatividad.

Es en el Código de Familia donde se regulan los supuestos de pérdida y suspensión de la autoridad parental, que habilita la adopción de las distintas medidas de protección que implican la separación familiar, a su vez previstas en la LEPINA. Algunos de esos supuestos son enunciados en fórmulas muy amplias, que dejan mucho margen para la discrecionalidad judicial, pues se refieren genéricamente a la “corrupción” de los NNyA o a su abandono<sup>42</sup>, así como a la “inmoralidad notoria” de los padres<sup>43</sup>, entre otros. Debe recordarse que “cuando la ley deja los criterios de separación en manos de los tribunales, de modo que es únicamente el juez quien decide cuál es el interés superior del niño, el Estado debe asegurarse de que los jueces ejercen esta facultad con objetividad”<sup>44</sup>. Por ello, sería conveniente delimitar con mayor precisión estos supuestos.

En cambio, en la LEPINA, donde se regulan las medidas de protección que pueden implicar la separación efectiva de los NNyA de su núcleo familiar, la adecuación al estándar de la Convención está mucho mejor lograda. Así, se reservan para la autoridad judicial las medidas de acogimiento familiar o institucional, en tanto que en sede administrativa solo puede disponerse del “acogimiento de emergencia”, medida que debe ser revisada judicialmente si se prolonga por más de 15 días<sup>45</sup>, por lo que puede considerarse ajustada al artículo 9 de la Convención<sup>46</sup>.





© UNICEF El Salvador/2019/Leiva

Asimismo, se contempla que los adolescentes y los niños -cuando su madurez lo permita- sean oídos antes de tomar una decisión de este tipo, tanto en sede judicial<sup>47</sup> como administrativa<sup>48</sup>.

Es indispensable destacar que en la LEPINA también se incluyen criterios y reglas de aplicación general para las medidas de protección que constituyan salvaguardas para evitar la separación familiar. De este modo, se establece que se deben preferir las medidas que protegen y desarrollan los vínculos familiares y comunitarios<sup>49</sup> y que “la falta o carencia de recursos económicos no constituye causal para la aplicación de cualquiera de las medidas de protección”<sup>50</sup>.

Por su parte, el marco jurídico de la adopción fue modernizado a través de la “Ley especial de adopciones”<sup>51</sup> (LEA), en vigencia desde abril de 2017. Esta ley reemplazó al capítulo del Código de Familia que regulaba anteriormente el régimen de la adopción e indudablemente constituye un gran avance para los derechos de los NNyA<sup>52</sup>, pues se organiza bajo principios claramente contemplados en la Convención. Así, además del interés superior de los NNyA, la LEA reconoce los principios del rol primario y fundamental de la familia, de subsidiariedad de la adopción en general y de subsidiariedad de la adopción internacional con respecto a la nacional, a la par que garantiza ampliamente los de los NNyA al requerir su consentimiento para la adopción –“con métodos acordes a su edad o desarrollo evolutivo”<sup>53</sup>–, consagrar su derecho a conocer sus orígenes y fijar como regla general que los hermanos sean adoptados conjuntamente, entre otros.

Igualmente, algunos aspectos de la LEA son perfectibles. Por caso, se contempla que los padres biológicos -cuando no hayan



perdido la autoridad parental previamente- deben prestar su consentimiento para la adopción en sede administrativa, pudiendo ratificarlo ante la autoridad judicial por medio de apoderados<sup>54</sup>, lo que debilita el control judicial del procedimiento. Debe recordarse que, “de conformidad con la Convención, toda adopción requiere una investigación minuciosa, con informes pormenorizados, realizados por profesionales independientes, y cuyos destinatarios serán las autoridades competentes”<sup>55</sup> y que “la inclusión en las Reglas de Beijing de medidas relativas ‘a la atención al menor y a su bienestar’ subraya que separar al niño de sus padres es un paso tan grave como privarlo de libertad y que, por lo tanto, merece una investigación judicial equitativa”<sup>56</sup>.

En el mismo sentido, también es cuestionable que se permita la adopción de un NNoA determinado “Cuando haya existido convivencia o afectividad comprobada con la o las personas solicitantes”<sup>57</sup>. Aunque en este caso la LEA exige investigar el origen lícito de la relación, debe tenerse presente que la experiencia internacional demuestra que este tipo figuras suelen ser utilizadas para “blanquear” el tráfico de niños. Esto puede prevenirse no solo con una siempre difícil investigación ex post, sino también imponiendo a quienes desarrollar el acogimiento informal o de hecho el deber de notificarlo rápidamente a las autoridades, tal como se recomienda en las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”<sup>58</sup>.

De todas formas, es justo señalar que la LEA -a diferencia de la mayoría de las leyes de adopción de la región- contempla expresamente la nulidad de las adopciones fraudulentas. Esto es especialmente importante en un país que en décadas recientes ha tenido masivos procesos fraudulentos de adopción nacional y especialmente internacional, perpetradas tras la desaparición forzada de los niños y sus padres en el marco del conflicto armado interno<sup>59</sup>.

Para concluir lo referido a la protección de las relaciones familiares, merece una mención especial el derecho a la reunificación familiar, expresamente contemplado en la LEPINA<sup>60</sup> para amparar a los NNyA migrantes. Se trata de la única ley especial de protección de los derechos de los NNyA de la región que reconoce tan claramente este derecho fundamental<sup>61</sup>.

## • El derecho a la protección contra toda forma de violencia

La LEPINA contiene una definición bastante completa del maltrato y lo prohíbe en todos los ámbitos. Así, establece que “Se entiende por maltrato, toda acción u omisión que provoque o pueda provocar dolor, sufrimiento o daño a la integridad o salud física, psicológica, moral o sexual de una niña, niño o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus padres, madres u otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado, cualesquiera que sean los medios utilizados”, así como “el descuido en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la prestación de alimentación nutritiva y balanceada, atención médica, educación o cuidados diarios y la utilización de las niñas, niños y adolescentes en la mendicidad”<sup>62</sup>. Asimismo, establece que los NNyA “deben ser tratados con respeto a su persona e individualidad y no pueden ser sometidos a castigos corporales, psicológicos o a cualquier otro trato ofensivo que atente contra su dignidad”. Sin embargo, esta prohibición se ve flexibilizada en el mismo artículo, pues se indica que igualmente persiste el “derecho de la madre y padre de dirigirlos, orientarlos y corregirlos moderada y adecuadamente”. Una simple eliminación de esta última “aclaración” bastaría para contar con una prohibición clara del castigo corporal en todos los ámbitos.

Igualmente, vale la pena destacar que la LEPINA contempla dos prohibiciones específicas que usualmente no están presentes, con tanta claridad, en la legislación comparada de la región. Así, bajo el título de “protección frente a la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes”, se prohíbe la utilización de sustancias químicas dirigidas a sedar a los NNyA en centros educativos, de acogida o de institucionalización, sin prescripción médica<sup>63</sup>. Asimismo, un artículo reconoce sin ambages que la institucionalización constituye una medida de privación de la libertad, por lo que expresamente indica que las garantías que vedan la detención arbitraria o ilegal comprenden al internamiento o la institucionalización<sup>64</sup>.

El marco normativo de protección contra la violencia es completa con la “Ley de Violencia Intrafamiliar”<sup>65</sup> y la “Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres”<sup>66</sup>. Aunque estas leyes no realizan un abordaje específico sobre los NNyA, su ámbito de aplicación los comprende claramente.

*La Constitución tiene disposiciones muy específicas sobre la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil. Allí se fija la edad mínima de admisión al empleo en 14 años, pero también se prohíbe el trabajo de aquellos que siguen en edad de escolarización obligatoria, la que debe fijarse por ley.*

Entre las pocas medidas de protección contempladas para los NNYA en estas leyes, apenas se puede destacar la suspensión provisional “a la persona agresora el cuidado personal, la guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas menores de edad y su derecho de visita”<sup>67</sup>, prevista en la “Ley de Violencia Intrafamiliar”. También es valioso que la ley permite que en los casos que involucren a NNYA las denuncias sean efectuadas por cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos de violencia, facultando incluso a los NNYA a realizar denuncias autónomamente<sup>68</sup>.

- **El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata**

En el campo más específico de la protección contra la violencia sexual, la LEPINA contiene dos artículos de referencia.

En primer lugar, un artículo con una genérica formulación del derecho a gozar de esta protección, con una definición del abuso y la explotación sexual<sup>69</sup> que presenta severos defectos. Así, en la definición del abuso inexplicablemente se alude a una ultrafinalidad de “sacar ventaja o provecho de cualquier clase o índole” por parte del autor, cuando el abuso en rigor se configura con la mera perpetración de actos contra la libertad sexual, independientemente de cualquier otra finalidad. La explotación sexual, en tanto, es definida en la LEPINA como “cualquier forma de abuso sexual mediante retribución en dinero o en especie”, equivocando el sentido de la explotación: esta figura sí debe ser definida por el provecho económico o

de otro tipo obtenido por el autor del abuso y no por la “retribución” que puedan recibir los NNYA que la sufren.

En segundo lugar, la LEPINA contiene un artículo específicamente dirigido a la protección contra la trata de personas<sup>70</sup>, que en este caso es definida con referencia a la explotación sexual, laboral y para la extracción de órganos.

Esta definición fue valiosamente ampliada al aprobarse la “Ley Especial contra la Trata de Personas”<sup>71</sup>, incluyendo en el concepto de “explotación humana” a otras prácticas como el embarazo y matrimonio forzado, la adopción fraudulenta, la utilización de personas en la experimentación clínica o farmacológica y la “utilización de niñas, niños o adolescentes en actividades criminales”. Vale la pena destacar este último elemento, pues en la legislación comparada de la región usualmente no integra la definición de la trata de personas, a pesar de estar previsto en Convenio sobre las peores formas del trabajo infantil<sup>72</sup> y la expresa recomendación de la Ley Modelo contra la Trata de Personas de UNODC<sup>73</sup>.

A diferencia de las leyes contra la violencia intrafamiliar y las mujeres, la “Ley Especial contra la Trata de Personas” tiene un enfoque diferencial para los NNYA. Así, no solo se establece como un agravante que la víctima sea un NNoA<sup>74</sup>, sino que se afirma su derecho a gozar de una protección especial, con medidas adecuadas a su desarrollo y dirigidas a garantizar su derecho a ser oídos y evitar su revictimización<sup>75</sup>. También es valioso que se contempló específicamente la situación de los NNYA víctimas de trata de personas en el extranjero, a fin de que se homologuen o regularicen los estudios que hubieren realizado<sup>76</sup>, aunque la ley podría mejorarse con normas dirigidas a facilitar el acceso a la educación también de las víctimas





de trata en El Salvador.

También deben hacerse algunos comentarios a los diversos artículos del Código Penal que tipifican los delitos sexuales contra los NNyA. Una primera observación es que no existe armonía entre las distintas figuras penales al delimitar la edad mínima para el consentimiento sexual. Si bien a primera vista ésta sería de 15 años<sup>77</sup>, una reforma que incorporó una figura denominada como “acto sexual diverso” alimenta la confusión, pues tipifica los actos sexuales diferentes al acceso carnal realizados con personas menores de 16 años “aún con su consentimiento”<sup>78</sup>. De este modo, la normativa se presenta incoherente, pues un adolescente de 15 años podría prestar su consentimiento para actos sexuales con acceso carnal pero no podría realizar otros actos sexuales hasta cumplir 16 años. Asimismo, resulta preocupante que no se haya previsto la exclusión de la punibilidad de los adolescentes que mantienen relaciones sexuales consentidas, especialmente considerando que la edad mínima de responsabilidad penal en El Salvador es de 12 años<sup>79</sup>.

Una segunda observación se relaciona con las conductas tipificadas. Por un lado, hay cierta superposición entre algunas figuras: al ser definidas de modo muy amplio, el “acto sexual diverso” no se alcanza a distinguir de la “agresión sexual” y a su vez ambas figuras pueden coincidir con el “acoso sexual”<sup>80</sup>, el “estupro por prevailecimiento”<sup>81</sup> podría comprender a los clientes de la prostitución infantil pero estos tienen una tipificación independiente con una sanción inferior<sup>82</sup>, en tanto que la “determinación a la prostitución”<sup>83</sup> se superpone con la trata de personas, entre otras. Por otro lado, algunas formas modernas de violencia y explotación sexual de NNyA no fueron tipificadas, tales como el grooming y la sextorsión. En este sentido, en 2016 se aprobó la “Ley Especial contra los Delitos Informáticos y conexos”<sup>84</sup> por la que se tipifican diversas conductas delictivas cometidas por medio de las tecnologías de la información y la comunicación y si bien se dedicó un capítulo específico los delitos cometidos contra los NNyA -centralmente referidos a la pornografía infantil-, lamentablemente la norma no es suficientemente completa.

Finalmente, también merece observarse que se ha previsto una “indemnización especial”<sup>85</sup> que los autores de los delitos de violación y estupro deben pagar a las víctimas, dejando inexplicablemente por fuera de esta obligación a los responsables de las otras conductas criminales contra la libertad sexual<sup>86</sup>.

## • El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil

Tal como se apuntó en la primera sección, la Constitución tiene disposiciones muy específicas sobre la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil. Allí se fija la edad mínima de admisión al empleo en 14 años, pero también se prohíbe el trabajo de aquellos que siguen en edad de escolarización obligatoria, la que debe fijarse por ley. También se establece constitucionalmente la limitación de la jornada de trabajo para los menores de 16 años y se prohíbe el trabajo insalubre o peligroso, así como el trabajo nocturno, para todas las personas menores de 18 años.

De forma coincidente con el texto constitucional, la LEPINA aborda con mayor detalle estas cuestiones en un capítulo específico. Así, además de reproducir los límites fijados en la Constitución, se define que “la jornada de trabajo de los adolescentes menores de dieciséis años, en cualquier clase de trabajo, no podrá ser mayor de 6 horas diarias ni de 34 horas semanales”<sup>87</sup> y se prohíbe el trabajo doméstico de los menores de 16 años<sup>88</sup>. También se establece una presunción contractual y probatoria en favor de los adolescentes<sup>89</sup>, entre otras previsiones especiales.

El trabajo nocturno y peligroso, en tanto, está definido en el Código de Trabajo<sup>90</sup>. Debe destacarse que allí se especifica que “El trabajo en bares, cantinas, salas de billar y otros establecimientos semejantes, se considera labor peligrosa para los menores de dieciocho años”<sup>91</sup> y que los menores de 16 años no podrán “realizar labores que requieran grandes esfuerzos físicos”<sup>92</sup>.

Asimismo, debe tenerse presente que la “Ley Especial contra la Trata de Personas”, adecuadamente, comprende diversas formas de explotación laboral como la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzado y la explotación de la mendicidad. Como ya se señaló, esta ley cuenta con un enfoque diferencial sobre la niñez y adolescencia.





© UNICEF El Salvador/2019/Leiva



## • El derecho a la educación

La LEPINA y la Ley General de Educación<sup>93</sup> (LGE) establecen la gratuidad y obligatoriedad para la educación inicial, parvularia, básica, media y especial<sup>94</sup>. De este modo se extiende el ciclo educativo obligatorio -previsto en la Constitución solo para la educación básica- hasta los 17 o 18 años.

Ambas leyes contienen algunas disposiciones dirigidas a reforzar la gratuidad y garantizar el acceso y la permanencia en el sistema educativo. Sobre la gratuidad, la LEPINA agrega que “Los servicios de los centros públicos de desarrollo infantil serán gratuitos y deberán reunir todas las condiciones necesarias para la atención de las niñas y niños”<sup>95</sup>. La LGE, en tanto, prohíbe a los centros educativos estatales impedir el acceso “por no pagar contribuciones económicas o por no usar el uniforme”<sup>96</sup> o “imponer a los alumnos la obligación de adquirir en la tienda escolar o en determinado negocio particular, los libros, útiles, vestuario y demás artículos y enseres”<sup>97</sup>, obligación que también comprende a los colegios privados. Una reforma del año 2011, además, agregó algunos artículos dirigidos expresamente a evitar la exclusión de las estudiantes embarazadas o que son madres<sup>98</sup>.

En esa misma reforma, además, se impuso al Ministerio de Educación el deber de impulsar medidas para la equidad de género<sup>99</sup>. Más allá de la formulación abierta e indeterminada de este deber, que puede dificultar su exigibilidad, es una incorporación bienvenida, pues hasta entonces no existían referencias en la LGE que indicaran a la equidad de género como uno de los fines de la educación. De hecho, para definir los fines de la educación la LGE reproduce el artículo 55 de la Constitución que, como vimos, es algo incompleto a la luz del artículo 29 de la Convención.

Es en la LEPINA donde se presenta una definición más acabada y completa de los objetivos de la educación, indicando que “deberá orientarse al pleno ejercicio de la ciudadanía, el respeto de los Derechos Humanos, la equidad de género, el fomento de valores, el respeto de la identidad cultural propia, la paz, la democracia, la solidaridad, la corresponsabilidad familiar y la protección del medio ambiente”<sup>100</sup>. Es necesario armonizar la LGE con estos objetivos, de modo que se concreten en las aulas de los centros educativos. En este campo, el vacío normativo es más notorio en dos asuntos: la educación intercultural y los NNyA con discapacidad.

A pesar de las dos disposiciones constitucionales que aluden al respeto y preservación de la identidad cultural de los pueblos indígenas<sup>101</sup>, ninguna ley garantiza el derecho de los NNyA que pertenecen a estas comunidades a recibir una educación acorde. Al respecto, en sus últimas observaciones finales, el Comité recomendó al Estado que “refuerce sus medidas destinadas a promover una educación de calidad para los niños indígenas, en particular proporcionándoles educación intercultural y bilingüe”<sup>102</sup>.

Respecto de la educación de los NNyA con discapacidad, en cambio, hay algunos artículos de la LEPINA<sup>103</sup> y la LGE<sup>104</sup> que abordan su situación. Sin embargo, no existe ninguna previsión para impulsar una educación inclusiva, por lo que el Comité también ha reclamado a El Salvador que considere la posibilidad de revisar estas leyes “con miras a garantizar la plena inclusión de los niños con discapacidad en la sociedad”<sup>105</sup>.

En cuanto a los derechos de los estudiantes a participar de la gestión educativa, la LGE reconoce no solo su derecho a asociarse y a “participar en la conformación y actividades del consejo de alumnos”, sino también se establece su derecho a ser electos “democráticamente como miembro[s] del Consejo Directivo Escolar del centro educativo donde estudia[n]”<sup>106</sup>.

También se enuncian como parte de sus derechos “... no ser objeto de castigos corporales, humillaciones, abusos físicos o mentales, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación incluido el abuso sexual”<sup>107</sup>. En relación con ello, la LEPINA impone a los responsables de los centros educativos el deber de “denunciar cualquier forma de amenaza o violación a la integridad física, psicológica y sexual de las niñas, niños y adolescentes, que se realicen dentro o fuera de los centros educativos”<sup>108</sup>.

Asimismo, en la LGE se han incluido recientemente dos artículos referidos al acceso a una alimentación saludable, a fin de garantizar la disponibilidad de alimentos saludables en las tiendas escolares y facultar al Ministerio de Educación a limitar la venta de los que tienen alto contenido en grasa, sal y azúcar<sup>109</sup>. Lamentablemente no se ha incluido un deber equivalente para la distribución de alimentos por parte del Estado.

- **El derecho a la salud**

La LEPINA dedica un extenso capítulo al derecho a la salud de los NNyA. Allí se contemplan medidas elementales dirigidas a garantizar la gratuidad en los servicios de atención médica estatal, la atención de emergencia de las niñas o adolescentes embarazadas por parte de prestadores públicos o privados y la lactancia materna<sup>110</sup>, la salud mental y de los NNyA con discapacidad, entre otras.

Sin embargo, no existe ningún tipo de reconocimiento a los derechos específicos de los NNyA sobre el acceso a la información, a la confidencialidad de las consultas médicas o decidir sobre sus tratamientos de acuerdo con el principio de autonomía progresiva.

La LEPINA apenas formula un derecho débil en relación con la salud sexual y reproductiva, pues define que el acceso a la información y educación referida a este asunto debe hacerse en forma prioritaria a través de los padres. Aunque también se indica que el Estado garantizará “la existencia y el acceso a los servicios y programas de salud y educación sexual integral para la niñez y adolescencia”<sup>111</sup>, incluyéndose en los programas escolares, lo cierto es que no se tratan de disposiciones operativas o cuya exigibilidad por parte de los NNyA sea factible, por lo que sería conveniente una formulación más precisa.

Lamentablemente, recientemente la Asamblea Legislativa rechazó aprobar una ley específica sobre la incorporación de la educación sexual a los programas oficiales<sup>112</sup>.

Estos déficits tampoco fueron enmendados con la “Ley de deberes y derechos de los pacientes y prestadores de servicios de salud”<sup>113</sup>, aprobada en 2016, donde el abordaje específico de los NNyA no reconoce sus derechos. Así, a pesar de que la propia norma

proclama que los pacientes no pueden recibir ningún tipo de discriminación debido a su edad, una interpretación sistemática indica que el acceso a la información<sup>114</sup> y el consentimiento informado<sup>115</sup> son puestos exclusivamente en cabeza de los padres o representantes legales, a la par que el derecho a la confidencialidad -especialmente respecto de éstos- no aparece reconocido<sup>116</sup>. Por ello, debemos concluir que la legislación sobre el derecho a la salud no es adecuada a la Convención ni al estándar fijado por el Comité en su Observación General sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud<sup>117</sup>.

Además, el Comité ha cuestionado específicamente a El Salvador por la penalización absoluta del aborto, que no admite excepciones, instándolo a despenalizarlo “y garantizar el acceso de las adolescentes a servicios de aborto sin riesgo y de atención posterior al aborto, asegurándose de que la opinión de la interesada siempre sea escuchada y se tenga debidamente en cuenta en el proceso de decisión”<sup>118</sup>. Al respecto, como se analiza en detalle a continuación, debe tenerse presente que El Salvador reconoce la responsabilidad penal desde los 12 años, por lo que a partir de esa edad las adolescentes que abortan no solo se enfrentan a la falta de acceso a la atención adecuada sino también al riesgo de ser privadas de su libertad.

- **El sistema de responsabilidad penal adolescente**

El sistema de responsabilidad penal adolescente es tratado en una ley específica, la “Ley Penal Juvenil”<sup>119</sup>, sancionada en 1994, unos 15 años antes de que se aprobara la LEPINA. Más allá de que





un análisis en profundidad de esta norma requiere un estudio independiente, corresponde realizar algunas observaciones sobre las cuestiones que más abiertamente confrontan con la Convención y con los lineamientos que fijó el Comité en su Observación General sobre “Los derechos del niño en la justicia de menores”<sup>120</sup>.

En primer lugar, es ineludible señalar que la edad a partir de la cual El Salvador establece la responsabilidad penal -12 años- es la más baja de la región. Al respecto, el Comité ha señalado que “La fijación de la mayoría de edad penal a un nivel más alto, por ejemplo 14 o 16 años, contribuye a que el sistema de la justicia de menores, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías legales”<sup>121</sup>.

En segundo lugar, también los períodos máximos previstos para las medidas privativas de la libertad -denominada “internamiento” en esta norma- son excesivamente prolongados y también se ubican entre los más altos de la región. Así, los mayores de 16 años pueden afrontar penas de hasta 15 años para ciertos delitos<sup>122</sup>, lo que es incompatible con la brevedad que debiera tener este tipo de medidas, tal como lo ha hecho notar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>123</sup>. También es cuestionable el plazo máximo previsto para los menores de 16 años, cuya privación de la libertad puede durar hasta 5 años, de modo que, por ejemplo, un adolescente de 13 años podría no ser liberado hasta cumplir la mayoría de edad.

En tercer lugar, en la LPJ no existen límites temporales a las medidas provisorias, incluyendo las privativas de la libertad, aunque el límite máximo del proceso es de 120 días<sup>124</sup>. Además, se admite que la detención sea ordenada por un fiscal<sup>125</sup>, lo que vulnera las garantías más básicas de todo proceso penal. Por ello, el Comité ha reclamado expresamente la revisión de esta norma.<sup>126</sup>



© UNICEF/UN0126824/Heger



### 3. Recomendaciones

En líneas generales, el marco normativo sobre los derechos de los NNYA en El Salvador solo presenta incompatibilidades con la Convención en asuntos muy puntuales, aunque suficientemente importantes. Igualmente, en todos los temas revisados en este informe pueden realizarse mejoras sustantivas.

Se destacan como normas identificadas como incompatibles las que regulan el sistema de responsabilidad penal adolescente. El máximo de las sanciones privativas de la libertad debería reducirse sensiblemente, tanto para los mayores de 16 años como para los menores de esa edad. De manera coincidente, es indispensable establecer expresamente un plazo limitado de duración de las medidas cautelares y derogar la facultad de que la privación de la libertad sea ordenada por la fiscalía.

En materia de salud, por omisión, también el marco normativo es incompatible con la Convención. Como vimos, no se contempla el derecho de los NNYA a acceder a la información, a la confidencialidad de las consultas médicas o decidir sobre sus tratamientos de acuerdo con el principio de autonomía progresiva. Esto podría resolverse enmendando la LEPINA o realizando un abordaje específico sobre los NNYA en la "Ley de deberes y derechos de los pacientes y prestadores de servicios de salud". Asimismo, tal como lo ha reclamado el Comité, debiera revisarse la penalización absoluta del aborto, que no es admitido ni siquiera para casos de violación o riesgo para la salud de la mujer gestante.

En relación con esta cuestión, diversos artículos del Código Penal vinculados a la protección contra la explotación sexual deben ser armonizados. Así,

resulta necesario establecer con más claridad la edad mínima para el consentimiento sexual, brindando un tratamiento diferenciado para las relaciones consentidas entre adolescentes de similar edad, las que no deberían acarrear consecuencias penales. También es conveniente revisar las figuras penales que se superponen –como el "acto sexual diverso", la "agresión sexual" y el "acoso sexual", o el "estupro por prevailecimiento" y la prostitución infantil, así como la "determinación a la prostitución" con relación a la trata de personas- a fin de evitar que se impongan las menos gravosas. Del mismo modo, es conveniente tipificar algunas prácticas de violencia sexual más modernas, como el grooming o la sextorsión, y extender la indemnización prevista en el Código Penal a todas las víctimas de delitos contra la libertad sexual.

En el campo de la protección contra la violencia en el ámbito intrafamiliar, es necesario eliminar el último párrafo del artículo 38 de la LEPINA que flexibiliza la prohibición de la imposición de castigos corporales. Las leyes contra la violencia intrafamiliar y contra las mujeres también deben ser revisadas, a fin de realizar un abordaje específico de los derechos de los NNYA, tanto cuando ellos son víctimas directas de la violencia como cuando la sufren de manera indirecta o transitiva por ejercerse primordialmente sobre sus madres u otros familiares cercanos. Como han hecho varios países de la región, pueden preverse medidas específicamente dirigidas a garantizar la continuidad educativa, el acceso a los servicios de salud psíquica y mental o incluso reparaciones económicas para los NNYA que sufren estas violencias.

Como contracara, también deben revisarse los artículos del Código de Familia que regulan la suspensión o

---

*El Salvador aún debe ratificar la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Esto es especialmente necesario en un país que en tiempo reciente ha sufrido masivas desapariciones forzadas, incluyendo a NNYA, muchos de los cuales aún siguen siendo buscados por sus familias.*

---



pérdida de la autoridad parental, pues dejan mucho margen para la discrecionalidad judicial. Estos supuestos deben ser muy limitados y estar claramente establecidos en la ley.

En materia de adopción, si bien se han hecho grandes avances con la recientemente aprobada “Ley especial de adopciones”, es necesario revisar dos cuestiones para prevenir los procesos fraudulentos: el consentimiento de los padres biológicos debe ser otorgado en sede judicial de manera directa -como vimos, hoy puede otorgarse por apoderado- y debe limitarse más fuertemente la posibilidad de adoptar tras guardas de hecho o entregas directas, por ejemplo imponiendo a esas familias el deber de comunicar a las autoridades de manera inmediata que se encuentran en poder del niño/a en cuestión y estableciendo el carácter excepcional de las adopciones de esta clase.

En relación con el derecho a la identidad, si bien la LEPINA establece la gratuidad de la inscripción de los nacimientos, es conveniente enfatizar esta regla prohibiendo expresamente la imposición de multas económicas para las inscripciones tardías. Las medidas dirigidas a garantizar la inscripción de todos los nacimientos deben hacer eje en la simplicidad y accesibilidad de los mecanismos de registración y evitar caer en sanciones contraproducentes a este objetivo.

También es recomendable reformular la definición del derecho a la identidad, de modo de que comprenda a la identidad cultural y de género. Los NNyA con identidades de género disímiles a las que reflejan su nombre y sus documentos de identificación deberían poder realizar las modificaciones del caso de acuerdo con su autopercepción y al principio de autonomía progresiva.

En materia de identidad cultural, resulta necesario traducir en leyes operativas la reforma constitucional efectuada en 2014 sobre los pueblos indígenas. En este sentido, es indispensable revisar la Ley General de Educación para garantizar la educación intercultural y bilingüe.

El marco normativo relacionado con el derecho a la educación, como vimos, también debe ser revisado en relación con los NNyA con discapacidad, de modo que se defina a su inclusión como un objetivo primordial. También sería conveniente sancionar una ley específica sobre educación sexual dado que los artículos previstos en la LEPINA no alcanzan para hacer de este derecho una realidad. En sintonía con ello, los

objetivos de la educación que se definen en la LGE deben ser armonizados con lo previsto en la LEPINA y en la Convención.

En el campo de la protección contra la explotación económica, como vimos, El Salvador se destaca por sus específicas disposiciones constitucionales. La LEPINA y el Código de Trabajo están en sintonía con lo previsto en esa norma fundamental. Sin embargo, es conveniente extender las previsiones sobre la jornada reducida de trabajo para los adolescentes mayores de 16 años, que actualmente no son diferenciados de los adultos en este punto. Asimismo, se recomienda que El Salvador ratifique el “Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos” de la OIT<sup>127</sup>.

De mayor importancia, El Salvador aún debe ratificar la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Esto es especialmente necesario en un país que en tiempo reciente ha sufrido masivas desapariciones forzadas, incluyendo a NNyA, muchos de los cuales aún siguen siendo buscados por sus familias.

Finalmente, debemos hacer una mención especial al matrimonio adolescente. Una reforma al Código de Familia realizada en 2017 prohibió, de manera absoluta y sin excepciones, el matrimonio con personas de menos de 18 años, ubicando a El Salvador a la vanguardia en la región con este punto<sup>128</sup>. Sin embargo, no fueron revisados los artículos del Código referidos a la “unión no matrimonial”, por lo que no existe claridad sobre la prohibición de las uniones adolescentes,<sup>129</sup>. Por ello, se recomienda enmendar el Código de Familia, de forma que no solo esté prohibido el matrimonio infantil sino también otras formas análogas o asimilables a éste.

#### Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 Art. 144 CREL: “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.”
- 5 La más importante de ellas sucedió precisamente al firmarse los Acuerdos de Paz de 1992. En esa ocasión, se creó la Procuraduría Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos, pero no hubo modificaciones sobre el estatus jurídico de los tratados de derechos humanos.
- 6 Art. 32 CREL.
- 7 Art. 34 CREL: “Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado. La ley determinará los deberes del Estado y creará las instituciones para la protección de la maternidad y de la infancia”.
- 8 Art. 35 CREL: “El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores, y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia. La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial”.
- 9 Art. 36 CREL: “Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de éstos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad. No se consignará en las actas del Registro Civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresará en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres. Toda persona tiene derecho a tener un nombre que la identifique. La ley secundaria regulará esta materia. La ley determinará asimismo las formas de investigar y establecer la paternidad.”
- 10 Art. 53 CREL: “El derecho a la educación y a la cultura es inherente a la persona humana; en consecuencia, es obligación y finalidad primordial del Estado su conservación, fomento y difusión. El Estado propiciará la investigación y el quehacer científico.”
- 11 Art. 55 CREL: “La educación tiene los siguientes fines: lograr el desarrollo integral de la personalidad en su dimensión espiritual, moral y social; contribuir a la construcción de una sociedad democrática más próspera, justa y humana; inculcar el respeto a los derechos humanos y la observancia de los correspondientes deberes; combatir todo espíritu de intolerancia y de odio; conocer la realidad nacional e identificarse con los valores de la nacionalidad salvadoreña; y propiciar la unidad del pueblo centroamericano. Los padres tendrán derecho preferente a escoger la educación de sus hijos.”
- 12 Art. 56 CREL: “Todos los habitantes de la República tienen el derecho y el deber de recibir educación parvularia y básica que los capacite para desempeñarse como ciudadanos útiles. El Estado promoverá la formación de centros de educación especial. La educación parvularia, básica y especial será gratuita cuando la imparta el Estado.” Este último párrafo fue agregado por medio de una reforma constitucional en 2009.
- 13 Art. 58 CREL: “Ningún establecimiento de educación podrá negarse a admitir alumnos por motivo de la naturaleza de la unión de sus progenitores o guardadores, ni por diferencias sociales, religiosos, raciales o políticas.”
- 14 Art. 59 CREL: “La alfabetización es de interés social. Contribuirán a ella todos los habitantes del país en la forma que determine la ley”.
- 15 Art. 62 CREL.
- 16 Art. 63 inc. 2 CREL: “El Salvador reconoce a los pueblos indígenas y adoptará políticas a fin de mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural y cosmovisión, valores y espiritualidad.”
- 17 Art. 38 inc. 10 CREL.
- 18 Art. 38 inc. 10 CREL: “La jornada de los menores de dieciséis años no podrá ser mayor de seis horas diarias y de treinta y cuatro semanales, en cualquier clase de trabajo. Se prohíbe el trabajo a los menores de dieciocho años y a las mujeres en labores insalubres o peligrosas. También se prohíbe el trabajo nocturno a los menores de dieciocho años. La ley determinará las labores peligrosas o insalubres”
- 19 También es relevante mencionar el art. 42 CREL que garantiza el derecho a la licencia remunerada por nacimiento e impone instalar guarderías para los niños de los trabajadores.
- 20 Art. 90 CREL. Adviértase que el último supuesto es muy similar al previsto en la Constitución de Guatemala.
- 21 Art. 215 CREL: “El servicio militar es obligatorio para todos los salvadoreños comprendidos entre los dieciocho y los treinta años de edad. En caso de necesidad serán soldados todos los salvadoreños aptos para actuar en las tareas militares. Una ley especial regulará esta materia.”
- 22 La LEPINA implicó la derogación de los capítulos del Código de Familia referidos a los derechos y mecanismos de protección de los NNyA, sancionado en 1993. Si bien allí se contemplaban principios y derechos previstos en la Convención, no tenía el alcance necesario para superar el marco normativo preconvencional sobre los NNyA.
- 23 Recuérdese que hasta la fecha de este informe Chile y Panamá son los únicos países de la región que no cuentan con un Código o ley de protección especial de los NNyA.
- 24 Para una detallada revisión del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia ver Morlachetti, Alejandro, Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe, CEPAL y UNICEF, 2013.
- 25 Art. 12 LEPINA: “En la interpretación, aplicación e integración de toda norma; en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, es de obligatorio



- cumplimiento el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías. Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad. La madre y padre tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo de la niña, niño o adolescente. Incumbe a la madre y padre o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo de la niña, niño o adolescente y su preocupación fundamental será el interés superior de éstos y el Estado lo garantizará. Para ponderar el principio del interés superior en situaciones concretas, deben ser considerados de forma concurrente los elementos siguientes: a) La condición de sujeto de derechos y la no afectación del contenido esencial de los mismos; b) La opinión de la niña, niño o adolescente; c) Su condición como persona en las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo; d) El bienestar espiritual, físico, psicológico, moral, material y social de la niña, niño o adolescente; e) El parecer del padre y madre o de quienes ejerzan la representación legal, según sea el caso; y, f) La decisión que se tome deberá ser aquella que más derechos garantice o respete por mayor tiempo, y la que menos derechos restringe por el menor tiempo posible. La consideración de este principio es obligatoria para toda autoridad judicial, administrativa o particular.”
- 26 Comité de los derechos del niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, párr. 34. En el mismo sentido, “El interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entraren conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres)” (párr. 39).
- 27 Art. 73 LEPINA: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente al nombre, la nacionalidad, a su relación paterna y materna filiales y a la obtención de documentos públicos de identidad de conformidad con la Ley. En ningún caso serán relacionados en los asientos del Registro del Estado Familiar o en los documentos que éstos expidan, situaciones que indiquen el origen de la filiación. Es obligación del Estado crear programas para que las instituciones públicas competentes garanticen la identidad de toda niña, niño y adolescente.”
- 28 Art. 74 LEPINA.
- 29 Decreto 496/1995.
- 30 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 125.
- 31 Art. 194 Código de Familia.
- 32 Ver “Informes periódicos quinto y sexto combinados que El Salvador debía presentar en 2016 en virtud del artículo 44 de la Convención”, presentado al Comité el 23/01/2018 (CRC/C/SLV/5-6, párr. 43).
- 33 Ver en este sentido Implementation handbook for the Convention on the rights of the child, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, 3ed., revisada, 2007, pag. 100.
- 34 Art. 76 LEPINA.
- 35 Art. 77 LEPINA.
- 36 Art. 37 LEPINA: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, la cual comprende la integridad física, psicológica, cultural, moral, emocional y sexual”.
- 37 Art. 81 LEPINA: “... la educación deberá orientarse al pleno ejercicio de la ciudadanía, el respeto de los Derechos Humanos, la equidad de género, el fomento de valores, el respeto de la identidad cultural propia, la paz, la democracia, la solidaridad, la corresponsabilidad familiar y la protección del medio ambiente”. Art. 86: “Para hacer efectivo el derecho a la educación el Estado deberá: (...) g) Fomentar el conocimiento y respeto del idioma castellano, la identidad cultural y de otras manifestaciones culturales”.
- 38 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 25 de noviembre de 2017, párr. 154. En el mismo sentido, el Comité ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente” (Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34). Ver también Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, “Principios de Yogyakarta”, en cuyo preámbulo se afirma que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”.
- 39 Art. 78 LEPINA: “Todas las niñas, niños y adolescentes, sin importar el origen de su filiación, tienen derecho a conocer a su madre y a su padre y ser criados por ellos, salvo en este último caso cuando sea contrario a su interés superior.”
- 40 Art. 79 LEPINA: “Las niñas, niños y adolescentes, tienen el derecho a mantener con su madre y padre las relaciones afectivas y el trato personal que favorezca el normal desarrollo de su personalidad, aun cuando éstos estén separados, salvo cuando ello sea contrario a su interés superior. El Estado debe procurar el reencuentro de las niñas, niños y adolescentes desaparecidos por cualquier circunstancia con sus familias, y restituir elementos de su identidad.”
- 41 Art. 80 LEPINA: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en su familia de origen nuclear o ampliada. Excepcionalmente, cuando sea imposible o contrario a su interés superior, las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en una familia sustituta, de conformidad con la Ley. Las niñas, niños y adolescentes sólo podrán ser separados



- de su familia de origen en los casos en que sea estrictamente necesario para preservar su interés superior, de conformidad con los requisitos y procedimientos previstos en la Ley.”
- 42 Art. 240 Código de Familia: “Art. 240.- El padre, la madre o ambos perderán la autoridad parental sobre todos sus hijos, por cualquiera de las causas siguientes: 1ª) Cuando corrompieren a alguno de ellos o promovieren o facilitaren su corrupción; 2ª) Cuando abandonaren a alguno de ellos sin causa justificada; 3ª) Cuando incurrieren en alguna de las conductas indicadas en el artículo 164; y, 4ª) Cuando fueren condenados como autores o cómplices de cualquier delito doloso, cometido en alguno de sus hijos.”
- 43 Art. 241 Código de Familia: “El ejercicio de la autoridad parental se suspenderá al padre, o a la madre o a ambos, por las siguientes causas: 1ª) Por maltratar habitualmente al hijo o permitir que cualquier otra persona lo haga; 2ª) Por alcoholismo, drogadicción o inmoralidad notoria que ponga en peligro la salud, la seguridad o la moralidad del hijo; 3ª) Por adolecer de enfermedad mental; y, 4ª) Por ausencia no justificada o enfermedad prolongada.”
- 44 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 152.
- 45 Art. 123 Código de Familia: “El acogimiento de emergencia es una medida excepcional y provisional, emitida en situaciones de extrema urgencia o necesidad en favor de una niña, niño o adolescente, que puede consistir en la separación de su entorno familiar, y por la cual se confía su cuidado a personas idóneas con las cuales le unen vínculos de parentesco o al Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, como forma de transición a otra medida administrativa o judicial de protección. La Junta de Protección deberá supervisar, dentro de las cuarenta y ocho siguientes a la ejecución de la medida y luego, de manera constante, las condiciones en que se encuentre la niña, niño o adolescente a cargo del ejecutor de la medida. Si en el plazo máximo de quince días continuos no se hubiere podido resolver el caso por la vía administrativa, la Junta de Protección lo pondrá a la orden del juez competente.”
- 46 Art. 9.1 CDN: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño” (el destacado es propio). En el mismo sentido, se afirma en las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños” que “Toda decisión sobre la remoción de la guarda de un niño contra la voluntad de sus padres debe ser adoptada por la autoridad competente, de conformidad con las leyes y procedimientos aplicables y estar sujeta a revisión judicial, garantizándose a los padres el derecho de recurso y el acceso a asistencia letrada adecuada” (A/RES/64/142, párr. 46).
- 47 Entre otros, art. 223 LEPINA: “La violación del derecho a opinar y ser oído de la niña, niño o adolescente producirá la invalidez de lo actuado y todo lo que sea su consecuencia inmediata; salvo que ella sea expresamente consentida o no le produzca perjuicios. Se entenderá vulnerado ese derecho cuando injustificadamente no se les permita ejercerlo en las audiencias, no se tome en consideración su opinión en las resoluciones que se adopten o sean obligados a declarar por cualquiera de los intervinientes.”
- 48 Art. 209 LEPINA: “...Cuando el adolescente al que se le hubiere dañado o amenazado sus derechos esté presente, deberá escuchársele; de igual manera, se oirá a la niña o niño cuando su madurez lo permita. La autoridad competente tomará todas las medidas necesarias para garantizar que ellos expresen su opinión libremente, de conformidad al derecho que les confiere la presente Ley a las niñas, niños y adolescentes a opinar y ser oídos, pudiéndose auxiliar de los mecanismos de recepción que eliminen o minimicen los procesos de revictimización...”. Esta regla de procedimiento rige para las medidas adoptadas en sede administrativa.
- 49 Las medidas de protección administrativas que no implican la separación familiar son: “a) La inclusión de la niña, niño o adolescente y su familia, en forma conjunta o separada, en uno o varios programas a que se refiere esta Ley; b) La orden de matrícula o permanencia obligatoria en los centros educativos públicos o privados; c) La orden de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico a la niña, niño o adolescente o a su madre, padre, representante o responsable; d) La separación de la niña, niño o adolescente de la actividad laboral; f) La amonestación al padre, madre, representante o responsable; y, g) La declaración de la madre, padre, representante o responsable asumiendo su responsabilidad en relación con la niña, el niño o adolescente” (art. 120 LEPINA).
- 50 Art. 121 LEPINA. En el mismo sentido, se fija que, de tomarse una medida de protección en sede judicial, “el juez competente deberá agotar las posibilidades de las modalidades de acogimiento familiar, prefiriendo en su orden, la colocación familiar, la familia sustituta y excepcionalmente el acogimiento institucional en una entidad de atención” (art. 132 LEPINA).
- 51 Decreto 282/2016, que reemplazó al capítulo del Código de Familia que regulaba anteriormente el régimen de la adopción.
- 52 De hecho, en sus últimas observaciones finales, el Comité celebró la aprobación de esta ley. CRC/C/SLV/CO/5-6, párr. 32.
- 53 Art. 33 LGA.
- 54 Art. 31 LGA.
- 55 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 318.
- 56 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 152.
- 57 Art. 27.A LGA. Adviértase que la LEPINA expresamente contempla que “Las personas que hayan sido responsables de una niña, niño o adolescente en acogimiento familiar, tendrán opción prioritaria para su adopción, siempre que cumplan con los requisitos legales y en respeto del interés superior” (art. 128), pero una interpretación sistemática de dicha norma indica que se refiere exclusivamente a las familias que fueron previamente seleccionadas para realizar el acogimiento y lo llevan a cabo por medio de una orden judicial.
- 58 A/RES/64/142, párr. 46. Allí se agrega que “Los Estados deberían elaborar medidas especiales apropiadas a fin de



- proteger a los niños en acogimiento informal contra el abuso, el descuido, el trabajo infantil y toda forma de explotación, con particular atención al acogimiento informal ejercido por personas sin vínculo familiar, o por familiares no conocidos previamente por el niño o lejos del lugar de residencia habitual del niño.”
- 59 Al respecto, en 2010 se creó la “Comisión Nacional de búsqueda de niñas y niños desaparecidos durante el conflicto armado interno” (Decreto 5/2010).
- 60 Art. 45 LEPINA: “Derecho de reunificación familiar. Los extranjeros que residan legalmente en el país tienen el derecho de solicitar ante la autoridad competente el ingreso de sus hijas e hijos al territorio de la República, para lo cual deberán acreditar el vínculo familiar. Igualmente podrán solicitar la regularización legal de sus hijas e hijos si éstos no residen legalmente en El Salvador. Las niñas, niños y adolescentes extranjeros que residan legalmente en el país, tienen el derecho de solicitar ante la autoridad competente el ingreso de su familia de origen al territorio de la República, para lo cual deberán acreditar el vínculo familiar, igualmente podrán solicitar la regularización legal de sus padres si éstos no residen legalmente en El Salvador. Para los efectos de la reunificación familiar se seguirá el procedimiento administrativo que disponga la Ley. Puede denegarse el derecho de reunificación familiar si ésta contraría el interés superior de la niña, niño o adolescente, o si existe una causa previa y legal para impedir el ingreso del familiar o familiares del niño al país, debidamente fundamentada por la autoridad migratoria. Dicha decisión, en todo caso, podrá ser revisada en sede judicial.”
- 61 Ver también “Ley Especial para la Protección y Desarrollo de la Persona Migrante Salvadoreña y su Familia”, que define entre sus principios rectores al “interés superior de la niñez y adolescencia” y la “protección especial a grupos vulnerables, tales como la niñez y adolescencia” (Decreto 655/2011, art. 2).
- 62 Art. 38 LEPINA. Se agrega que “El Estado garantizará la creación de programas dedicados a la atención y auxilio de aquellas familias que debido a la falta de recursos económicos no pueden cumplir por sí mismas con las obligaciones antes señaladas.”
- 63 Art. 39 LEPINA: “Se prohíbe el uso abusivo y sin la prescripción médica extendida por un profesional de la salud especializado y con autorización suficiente para tales efectos, de cualquier producto químico, psicotrópico y otras sustancias de las familias de las anfetaminas que tengan por efecto la alteración de los estados anímicos de las niñas, niños y adolescentes, con el propósito de garantizar el control y disciplina en los centros de estudios, guarderías, internamientos y lugares de acogida, ya sean, públicos o privados.”
- 64 Art. 40 LEPINA: “Todas las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a no ser privados de su libertad, de forma arbitraria o ilegal sin más límites que los que la Ley determine. Cualquier medida de privación de libertad, internamiento o de institucionalización de niñas, niños o adolescentes, que sean tomadas por las autoridades competentes, tendrán carácter excepcional y deberán estar debidamente fundamentadas y deberán respetar los plazos previstos por la Ley. En ningún caso podrá recluírse a adolescentes en centros de detención policiales o penitenciarios de personas adultas.”
- 65 Decreto 902/1996 y sus reformas.
- 66 Decreto 520/2010 y sus reformas.
- 67 Art. 7.i Decreto 902/1996, incorporado por Decreto 892/2002.
- 68 Si bien la redacción es algo confusa, ello se desprende de la alusión a las víctimas realizada en el art. 15: “Cuando la víctima fuere menor de edad, incapaz o discapacitado, los hechos podrán ser denunciados por sus representantes legales, por la víctima y por las instituciones asistenciales, sociales y educativas, así como cualquier autoridad o persona que tenga conocimiento de los hechos de violencia intrafamiliar.”
- 69 Art. 55 LEPINA: “Todas las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a ser protegidos contra el abuso y explotación sexual. Para efectos de la presente Ley, se entiende por: a) Abuso sexual, toda conducta tipificada en el Código Penal, que atente contra la libertad e integridad sexual de una niña, niño o adolescente para sacar ventaja o provecho de cualquier clase o índole; y, b) Explotación sexual, cualquier forma de abuso sexual mediante retribución en dinero o en especie, con intermediación o sin ella, existiendo o no alguna forma de proxenetismo. La utilización, reclutamiento u oferta de niñas, niños y adolescentes para la prostitución, la producción o actuación pornográfica, deberán considerarse como casos de abuso y explotación sexual. El Estado debe garantizar programas permanentes y gratuitos de prevención y atención integral de las niñas, niños y adolescentes abusados.”
- 70 Art. 41 LEPINA: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser protegidos frente a la trata de personas. Se entenderá por trata, la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de niñas, niños o adolescentes, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder, o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una niña, niño y adolescente o de aquella persona que tenga autoridad sobre éstos, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas de la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. En el marco del desarrollo de las políticas públicas de la niñez y adolescencia, el Estado deberá establecer y desarrollar acciones y medidas que permitan: la atención y protección de las niñas, niños y adolescentes migrantes y el desarrollo de planes de cooperación internacional para el retorno de personas.”
- 71 D.L. 824/2014.
- 72 Convenio nro. 182 OIT, ver art. 3.C.
- 73 Ver art.8.3 de la “Ley modelo contra la trata de personas”: “Si la otra persona mencionada en el apartado a) del párrafo 1 es un niño, la explotación debe incluir también: a) El empleo [la obtención o el ofrecimiento de un niño] para actividades ilícitas o delictivas [incluido el tráfico o la producción de drogas y la mendicidad];”. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Ginebra, 2010.
- 74 Art. 55.A D.L. 824/2014
- 75 Art. 30 D.L. 824/2014: “Además de las medidas dispuestas en la presente Ley y sin perjuicio de lo previsto en otras Leyes

- especiales, las niñas, niños y adolescentes víctimas o testigos, tienen derecho a la siguiente protección especial: a) Recibir cuidados y atención integral especializados, adecuados e individualizados según las necesidades resultantes de su condición de sujetos en pleno desarrollo de la personalidad; b) A que se les escuche empleando medios acordes a su edad y madurez, y que sus opiniones sean tomadas en cuenta. La autoridad deberá informarle sobre todas las acciones que les afectan en cada etapa del proceso; c) Prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado, ante el tribunal competente, en audiencia reservada, y sin presencia de las personas imputadas; así como a utilizar la figura del anticipo de prueba; d) Al momento de practicar las entrevistas, exámenes y otro tipo de diligencias de investigación, podrán ser asistidos por profesionales especializados, bajo su idioma, lenguaje y en presencia de cualquiera de sus padres, sus tutores o delegado de la Procuraduría General de la República cuando carezcan de representante legal o existan intereses contrapuestos; y, e) En los casos de duda en los que no se establezca la edad de la víctima del Delito de Trata de Personas y Delitos Conexos, se presumirá su minoridad en tanto no se pruebe lo contrario”. Ver también art. 37 sobre el estatus migratorio de las víctimas que son NNyA.
- 76 Art. 35 D.L. 824/2014: “Art. 35.- En el caso de niñas, niños o adolescentes víctimas del Delito de Trata de Personas en el extranjero, al retornar al país, el Ministerio de Educación podrá dictar las medidas que correspondan, tendientes a la homologación o regularización de los estudios que hubiesen realizado”.
- 77 El art. 159 del Código Penal tipifica como violación el acceso carnal en personas menores de 15 años y el 161 tipifica las agresiones sexuales diferentes al acceso carnal también sobre los menores de 15 años.
- 78 Art. 166 Código Penal. A su vez penaliza con una sanción inferior al que realiza mediante engaños actos de este tipo con personas mayores de 15 años pero menores de 18.
- 79 Al respecto, el Comité ha advertido que “Los Estados deben evitar que se criminalice a los adolescentes de edades similares por mantener relaciones sexuales objetivamente consensuadas y sin fines de explotación”. Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 40
- 80 Especialmente considerando que en esta figura se ha incluido el “tocamiento”. Art. 165 CP: “El que realice conducta sexual indeseada por quien la recibe, que implique frases, tocamiento, señas u otra conducta inequívoca de naturaleza o contenido sexual y que no constituya por sí sola un delito más grave, será sancionado con prisión de 3 a 5 años. El acoso sexual realizado contra menor de 15 años será sancionado con la pena de 4 a 8 años de prisión. Si el acoso sexual se realizara prevaliéndose de la superioridad originada por cualquier relación, se impondrá además una multa de 100 a 200 días de multa”.
- 81 Art. 164 CP: “El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con persona mayor de 15 años y menor de 18 años de edad, prevaliéndose de la superioridad generada por cualquier relación, será sancionado con prisión de 6 a 12 años”.
- 82 Art. 169.A CP: “El que pague o prometa pagar con dinero u otra ventaja de cualquier naturaleza a una persona menor de 18 años o a una tercera persona para que la persona menor de edad ejecute actos sexuales o eróticos, será sancionado con una pena de 3 a 8 años de prisión”.
- 83 Art. 170 CP: “El que determinare, coactivamente o abusando de una situación de necesidad, a una persona para que ejerciere la prostitución o se mantuviere en ella, será sancionado con prisión de 6 a 10 años. La pena de prisión será de 8 a 12 años cuando la víctima fuere menor de 18 años. Cuando cualquiera de estas modalidades fuere ejecutada prevaliéndose de la superioridad originada por cualquier relación, la pena se agravará hasta en una tercera parte del límite máximo”.
- 84 D.L. 260/2016.
- 85 Implica solventar los gastos de atención médica, psiquiátrica o psicológica, así como una manutención completa por el término de la incapacidad médica de la víctima (art. 174 CP).
- 86 De todos modos, corresponde aclarar que el Código Penal contiene reglas generales de responsabilidad civil por los delitos (ver Título VI, “Consecuencias civiles del hecho punible”).
- 87 Art. 60 LEPINA.
- 88 Además, se aclara que los mayores de 16 que resulten empleados no podrán tener una jornada laboral superior a la fijada en la LEPINA para las demás actividades ni recibir una retribución inferior a la de los adultos, debiendo garantizarse su derecho a la educación (art. 64 LEPINA).
- 89 Art. 58 LEPINA: “... se presumirá el contrato de trabajo a favor de la persona adolescente trabajadora y se presumirán como ciertas las afirmaciones realizadas al respecto por los adolescentes, salvo prueba en contrario”.
- 90 Estas definiciones del Código de Trabajo se encuentran dentro del estándar internacional. El trabajo nocturno es definido como el que sucede entre las 19 hs. de un día y 6 hs. del otro (art. 161) y el peligroso como aquellos “que puedan ocasionar la muerte o dañar de modo inmediato y grave la integridad física del trabajador”, brindándose una lista numerus apertus (art. 106).
- 91 Art. 107 Código de Trabajo.
- 92 Art. 116 Código de Trabajo.
- 93 D.L. 917/1996 y sus reformas.
- 94 De acuerdo a la Ley General de Educación, la educación inicial dura hasta los 4 años, la parvularia de los 4 a 6 años (3 años), la básica desde los 6 o 7 años y dura 9 años y la media se divide en un bachillerato general de 2 años y uno técnico vocacional de 3 años.
- 95 Art. 82 LEPINA.
- 96 Art. 76 LGE, reformado por D. L. 180/2003.
- 97 Art. 113 LGE.
- 98 Art. 76.A LGE (reformado por D.L. 735/2011): “Se prohíbe en los Centros Educativos del país, la adopción de medidas que impidan, limiten o perturben el inicio o continuidad normal de los estudios de las alumnas embarazadas o durante su período de lactancia, las autoridades de dicho Centro determinarán según el caso, las medidas de apoyo a las alumnas embarazadas con el objeto de que continúen con sus estudios. Las autoridades del respectivo Centro Educativo, autorizarán los permisos médicos que en razón del embarazo sean necesarios para garantizar la salud física



- y psíquica de la alumna embarazada, así como el bienestar fetal y la salud del recién nacido y lactante, durante la gestación y el período de lactancia. No obstante lo anterior, para acceder al grado superior, las alumnas embarazadas deberán cumplir con los requisitos de evaluación establecidos por el Ministerio de Educación”. Incumplir esta disposición constituye una falta muy grave (art. 98.H). Asimismo, el art. 90.J establece el derecho de las estudiantes “A recibir un trato no discriminatorio, ni desfavorable por motivos de embarazo o maternidad.”
- 99 Art. 5.A LGE (reformado por D.L. 735/2011): “El Ministerio de Educación impulsará dentro del Sistema Nacional, una Política de Equidad de Género, que deberá incluir, medidas específicas que tendrán como objetivo la eliminación de los obstáculos que dificultan la igualdad efectiva entre los alumnos y las alumnas. No se admitirá en los Centros Educativos del país, las desigualdades entre alumnos y alumnas sustentadas en prejuicios o prácticas discriminatorias basadas en una distribución estereotipada de papeles entre los sexos. El Ministerio de Educación garantizará, el uso no sexista del lenguaje en dichos Centros.”
- 100 Art. 81 LEPINA.
- 101 Art. 62 y 63.2 CREL. Ver primer capítulo.
- 102 CRC/C/SLV/CO/5-6, párr. 47.
- 103 Art. 84 LEPINA: “El Estado garantizará programas integrados o especiales según el caso, para las niñas, niños y adolescentes con discapacidad física o mental, especialmente destinados a asegurarles el acceso efectivo a la educación, la capacitación y las oportunidades de esparcimiento. Los centros educativos públicos y privados deberán adecuar su infraestructura para garantizar el acceso a este derecho”.
- 104 Art. 34 LGE: “La Educación Especial es un proceso de enseñanza-aprendizaje que se ofrece, a través de metodologías dosificadas y específicas, a personas con necesidades educativas especiales. La Educación de personas con necesidades educativas especiales se ofrecerá en instituciones especializadas y en centros educativos regulares, de acuerdo con las necesidades del educando, con la atención de un especialista o maestros capacitados.”
- 105 CRC/C/SLV/CO/5-6, párr. 33.A.
- 106 Art. 90.F LGE.
- 107 Art. 90.C LGE.
- 108 Art. 88 LEPINA.
- 109 Art. 113 y 113.B LGE, incorporado por D.L. 166/2015.
- 110 Adviértase que en 2013 se aprobó la “Ley de Promoción, Protección y Apoyo a la Lactancia Materna” (D.L. 404/2013).
- 111 Art. 32 LEPINA: “Todas las niñas, niños y adolescentes, de acuerdo con su desarrollo físico, psicológico y emocional, tienen el derecho a recibir información y educación en salud sexual y reproductiva, de forma prioritaria por su madre y padre. El Estado en los ramos correspondientes garantizará la existencia y el acceso a los servicios y programas de salud y educación sexual integral para la niñez y adolescencia, con el objeto de fortalecer su realización personal, prevenir infecciones de transmisión sexual, disminuir riesgos de abuso sexual y prepararles para una maternidad y paternidad responsable en la adultez, sana y sin riesgos. Los servicios y programas implementados garantizarán y promoverán el respeto del derecho a la vida desde el instante de la concepción. El Órgano Ejecutivo en el ramo de Educación deberá incluir la educación sexual y reproductiva como parte de sus programas, respetando el desarrollo evolutivo de las niñas, niños y adolescentes”. Ver también art. 24 LEPINA: “... El Estado, con la colaboración de la sociedad, deberá establecer una política pública y programas específicos para la prevención a través de la información, la educación y la atención del embarazo precoz en niñas y adolescentes...”.
- 112 Ver “Avalan que es improcedente iniciativa para adoptar educación sobre sexualidad”, disponible en el sitio web de la Asamblea Nacional, 13/07/2018 ( <https://www.asamblea.gob.sv/node/7461>). Aunque el Ministerio de Educación, con el apoyo de UNICEF, ha trabajado en la elaboración de guías para docentes y estudiantes para la implementación de educación integral de la sexualidad para estudiantes de primera infancia y de secundaria (7° a 9° grado) a nivel nacional, no existe una norma a nivel nacional que aborde este tema.
- 113 D.L. 307/2016.
- 114 Art. 13 D.L. 307/2016: “El paciente o su representante, deberá recibir en forma verbal y escrita, del prestador de servicios de salud, durante su atención, la siguiente información, de manera oportuna, veraz, sencilla y comprensible de acuerdo a su problema...”
- 115 Art. 17 D.L. 307/2016 “El consentimiento informado se otorgará por sustitución en los siguientes supuestos: (...) b) Cuando el paciente sea niña, niño o adolescente, o se trate de un incapacitado legalmente, el derecho corresponde a sus padres o representante legal...”.
- 116 Art. 20 D.L. 307/2016: “Los pacientes tendrán derecho a que se respete el carácter confidencial de su expediente clínico y toda la información relativa al diagnóstico, tratamiento, estancia, pronósticos y datos de su enfermedad o padecimiento, a menos que por autorización escrita del mismo o porque existan razones legales o médicas imperiosas, se deba divulgar tal información”. Si bien aquí no se alude expresamente a la situación de los NNyA, la excepción a la confidencialidad allí prevista parece aludir -entre otras- a su situación, considerando los artículos citados previamente.
- 117 Observación General N° 15, CRC/C/GC/15.
- 118 CRC/C/SLV/CO/5-6, párr. 36.D. Previamente, el Comité remarcó su profunda preocupación por “a) El hecho de que un tercio del total de embarazos sean de niñas de entre 10 y 18 años de edad, y que un gran número de niñas queden embarazadas como resultado de una violación o un estupro; b) La falta de acceso a anticonceptivos y servicios de salud sexual para niñas y niños;” y “La prohibición total del aborto, incluso en los casos en que el embarazo es el resultado de una violación o un incesto, cuando la vida de la madre está en peligro o cuando, el feto es inviable, lo que obliga a las niñas a recurrir a abortos en condiciones de riesgo e ilegales que pueden llevarlas a la cárcel”.
- 119 D.L. 8613/1994 y sus reformas.
- 120 Observación General nro. 10 (2007), CRC/C/GC/10.
- 121 Observación General nro. 10 (2007), “Los derechos del niño en la justicia de menores”, CRC/C/GC/10, párr. 33.
- 122 La regla general es que la pena debe individualizarse reduciendo a la mitad la escala penal -mínimo y máximo- prevista en el Código Penal para el delito de que se trata, no pudiendo exceder de los 7 años. Sin embargo, para los delitos



de homicidio simple, extorsión y secuestro y sus figuras asociativas o agravadas, así como para la violación o agresión sexual agravada y el robo agravado el máximo se extiende hasta 15 años de prisión (art. 15 LPJ).

- 123 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, 2011, OEA/Ser.L/V/II, párr. 369.
- 124 El plazo previsto para la fase de investigación por parte de la Fiscalía General de la República es de 60 días, prorrogables hasta 90 días corridos. En la fase del trámite judicial, la duración máxima de las medidas provisionales es de 30 días corridos. De este modo, el plazo máximo de duración de las medidas provisionales, incluyendo la privación de libertad, es de 120 días corridos
- 125 Art. 52 LPJ.
- 126 “El Comité (...) recomienda al Estado parte que: (...) Vele por que ninguna ley nacional contenga disposiciones que den lugar a un nivel de protección inferior para los niños, como la edad de responsabilidad penal, y revise los artículos 52, 53 y 54 enmendados de la Ley Penal Juvenil, que permiten que la Fiscalía General de la República detenga a los niños con una orden administrativa, con miras a garantizar la obligatoriedad de que medie una decisión judicial para detener a cualquier niño”. CRC/C/SLV/CO/5-6, párr.51.D.
- 127 Convenio 189, OIT.
- 128 D.L. 754/2017.
- 129 Art. 118 Código de Familia: “La unión no matrimonial que regula este Código, es la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un período de tres o más años. Los integrantes de la unión, serán denominados convivientes o compañeros de vida y gozarán de los derechos que se les confiere en este capítulo. Asimismo gozarán de esos derechos las personas que siendo púberes y reuniendo los demás requisitos, en razón de la convivencia hubieren procreado un hijo y alguna de ellas no tuviere la edad requerida para contraer matrimonio o falleciere antes de completar el período de convivencia.”



# GUATEMALA



© UNICEF Guatemala/2008/Versiani

## 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala reconoce la preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno<sup>4</sup>, por lo que la Corte de Constitucionalidad ha interpretado que los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado gozan de jerarquía constitucional. Esto comprende, lógicamente, a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otro lado, la Constitución contiene referencias a los derechos de los NNyA al abordar tanto los derechos individuales como los derechos

Instrumento	
CDN	Jerarquía constitucional.
Reservas	No hizo.
Declaraciones	Hizo una declaración en relación al art. 1, con el propósito de dar una definición legal a su firma de la Convención, indicando el art. 3 de la Constitución Política establece que “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”.
PF 1 <sup>1</sup>	Ratificado en 2002. Efectuó una declaración sobre el art. 3.2 del Protocolo.
PF 2 <sup>2</sup>	Ratificado en 2002.
PF 3 <sup>3</sup>	Sin ratificar.

*La Constitución Política de Guatemala reconoce la preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno, por lo que la Corte de Constitucionalidad ha interpretado que los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado gozan de jerarquía constitucional, incluyendo la Convención sobre los Derechos del Niño.*

sociales y el derecho a la educación y al trabajo.

En el terreno de los derechos sociales, se reconoce el derecho a la protección de la familia<sup>5</sup>, la igualdad entre los hijos<sup>6</sup>, a la protección de los menores de edad<sup>7</sup> y de la adopción<sup>8</sup>. Este último punto llama la atención, pues en el derecho comparado no se observan cláusulas constitucionales relacionadas a la adopción, pero paradójicamente -como se expresa en este informe- la legislación guatemalteca sobre adopción se encuentra entre las más regresivas de la región. También, curiosamente para un texto constitucional, se establece la punibilidad de la negativa a proporcionar alimentos<sup>9</sup>.

En cuanto al derecho a la educación<sup>10</sup>, la Constitución establece sus fines de conformidad con la Convención<sup>11</sup>, pero lamentablemente contempla el derecho de escoger el tipo de educación, incluyendo la educación religiosa, como un derecho de los padres y no de los NNyA<sup>12</sup>. Tal como se ha señalado al analizar otros países con disposiciones similares<sup>13</sup>, esta concepción de la educación religiosa difiere del enfoque que la

Convención establece en su artículo 14 para el derecho a la libertad de religión. En la Convención, este derecho es claramente de los NNyA y no de sus padres. La diferencia no es sutil ni menor. La Convención reclama que sean los NNyA, de acuerdo a su desarrollo progresivo, quienes decidan si desean profesar una religión y ser educados en ella. Esto implica que se escuchen sus opiniones y se contemple la posibilidad de apartarse del deseo de sus padres<sup>14</sup>.

Asimismo, se establece el carácter obligatorio de la educación inicial, preprimaria, primaria y básica, y la gratuidad de la educación estatal y la provisión de becas y créditos educativos<sup>15</sup>.

La Constitución también declara que la alfabetización es “de urgencia nacional”, debiendo ser promovida por el Estado<sup>16</sup>, lo que responde a la alta tasa de analfabetismo registrada a la fecha de la reforma constitucional.

Asimismo, se contempla la enseñanza bilingüe en las zonas donde es predominante la población indígena<sup>17</sup> y se impone la obligación a las



empresas de establecer “escuelas, guarderías y centros culturales para sus trabajadores y población escolar”<sup>18</sup>.

Justamente, en relación a la actividad laboral, es destacable que la Constitución fija como principio general en 14 años la edad mínima de admisión al empleo y prohíbe “ocupar a menores en trabajos incompatibles con su capacidad física o que pongan en peligro su formación moral”<sup>19</sup>.

Por otro lado, se establece la inimputabilidad de los menores de edad y se reconoce el principio de especialidad<sup>20</sup>.

Finalmente, resulta relevante destacar que la Constitución reconoce la nacionalidad guatemalteca a todas las personas nacidas en el territorio de la República<sup>21</sup>, de acuerdo al principio de jus soli, pero también a quienes nacieron en las repúblicas que formaron parte de la Federación de Centroamérica “si adquieren domicilio en Guatemala y manifiestaren ante autoridad competente, su deseo de ser guatemaltecos”<sup>22</sup>.

## 2. La “Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia” y otras leyes relacionadas

En 2003 el Congreso de Guatemala sancionó la “Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia”<sup>23</sup> (conocida como “Ley PINA”) y derogó un “Código de Menores”<sup>24</sup> dictado bajo el paradigma preconvencional. La “Ley PINA” está organizada en tres libros, referidos según su título a disposiciones sustantivas, organizativas y adjetivas. De este modo, se tratan los derechos y deberes de los NNyA, los organismos de protección y los procedimientos para adoptar medidas de protección y la situación de los adolescentes en conflicto con la ley penal. De acuerdo al alcance de este informe, se analizan aquí las disposiciones sustantivas y adjetivas.

### • El principio de interés superior de los NNyA

Como es de estilo, una de las primeras disposiciones sustantivas de la “Ley PINA”, abordada en el capítulo titulado “Disposiciones Generales”, consiste en la definición del alcance del principio de interés superior del niño. Así, en su artículo 5º se indica que este “es

una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez” y se aclara correctamente que “En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta Ley”<sup>25</sup>.

Se trata de una definición suficientemente amplia, que incluye valiosas referencias al respeto por los vínculos familiares, el origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, así como también adecuadamente se indica que debe escucharse la opinión de los NNyA para determinar su interés superior en concreto. Sin embargo, lamentablemente, se ha omitido abordar la faz interpretativa de este principio.

Debe recordarse que el Comité, en su Observación General Nº 14, definió al interés superior del niño como un derecho sustantivo, un principio interpretativo fundamental y una norma de procedimiento para cualquier decisión que se tome en relación a los niños<sup>26</sup>. Más específicamente en relación a su carácter de pauta interpretativa, el Comité afirma que “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”<sup>27</sup>. Este aspecto, precisamente, no se ha abordado en la “Ley PINA”.

Esta omisión tiene cierta mitigación en el siguiente artículo de la “Ley PINA”, donde se indica que “El derecho de la niñez y adolescencia es un derecho tutelar de los niños, niñas y adolescentes, otorgándoles una protección jurídica preferente” y que “Las disposiciones de la presente Ley son de orden público y de carácter irrenunciable”<sup>28</sup>. Más allá de la definición como “derecho tutelar”, justamente opuesta al paradigma de la protección integral, se advierte que por medio de esta cláusula se ha procurado reconocer el carácter preferente de los derechos de los NNyA. En cualquier caso, es recomendable efectuar una reelaboración de este artículo y de la definición de interés superior de acuerdo a estos parámetros.

Este capítulo concluye con un artículo todavía más cuestionable. Bajo el título “Denuncia falsa” se indica que “Si como resultado de un procedimiento judicial o administrativo de los contemplados en esta



Ley, se determina que los hechos denunciados por un adulto en contra de otro adulto con relación a la violación de los derechos de un niño, niña o adolescente son infundados y que de ser ciertos constituirían delito de los que dan persecución penal de oficio, la autoridad competente deberá certificar lo conducente al Ministerio Público por el delito de acusación o denuncia falsa<sup>29</sup>. Este artículo de por sí constituye un fuerte desincentivo para el acceso al sistema de protección y contiene una formulación del concepto de “denuncia falsa” excesivamente amplia. La doctrina penal y el derecho comparado definen la denuncia falsa como aquella que es efectuada con dolo, es decir, a sabiendas de su falsedad. La “Ley PINA”, en cambio, no parece exigir el obrar doloso ni diferencia los casos en los que no puede prosperar la investigación por razones ajenas

al denunciante, haciendo a este responsable de toda acción que no concluya en una condena.

### • El derecho a la identidad

La “Ley PINA” establece que el derecho a la identidad comprende distintos elementos previstos en el artículo 8 de la Convención, como la nacionalidad, el nombre, así como conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, pero también incluye el resguardo por las expresiones culturales y el idioma. De esta manera se amplían los elementos de la identidad enunciados en el artículo 8 de la Convención, de manera plenamente compatible con otros artículos que también deben tomarse en cuenta -como los arts. 20<sup>30</sup> y 30<sup>31</sup>-, a luz del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos.

Pero llamativamente no se ha incluido la inscripción del nacimiento como un derecho específico vinculado a la protección de la identidad. En la “Ley PINA” apenas se dispone la identificación de los recién nacidos como obligación de los establecimientos de salud<sup>32</sup>, sin que existan referencias concretas a la obligación de los padres de inscribir a sus hijos en el Registro Civil o bien al derecho de todos los NNyA a contar con documentos de identidad.

Es en la Ley del Registro Nacional de las Personas<sup>33</sup> donde se aborda esta cuestión. Allí se establece que las inscripciones de nacimientos deben efectuarse en el plazo de 30 días y, en el caso de los que ocurran en hospitales, en plazo de 3 días<sup>34</sup>. Sin embargo, producto de una deficiente técnica legislativa, aquí tampoco se observa que se haya reconocido a la inscripción del nacimiento el carácter de derecho de los NNyA, pues si bien se regula la manera de proceder frente a distintas situaciones no existe una



© UNICEF Guatemala/2008/Chew



enunciación clara y sencilla que afirme el derecho de todos los NNyA a que sus nacimientos sean inscriptos y a tener documentos de identidad<sup>35</sup>.

Otro asunto relacionado con el derecho a la identidad donde se advierte un déficit, en este caso de mayor entidad, se relaciona con la identidad de género. La legislación guatemalteca no reconoce la posibilidad de modificar el nombre y la inscripción registral de las personas de acuerdo a su autopercepción de género<sup>36</sup>. Debe recordarse que la Corte IDH ha afirmado que el derecho a la identidad de género ampara “a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida” y que “debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación”<sup>37</sup>.

En cambio, la inscripción de nombres de origen indígena está contemplada en el “Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas”<sup>38</sup> y no se observa que existan restricción al respecto en la Ley del Registro Nacional de las Personas ni el Código Civil.

## • El derecho a la familia

La “Ley PINA” aborda este derecho fundamental en una sección específica. Así, establece que “Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia”<sup>39</sup>. Este último párrafo resulta preocupante, pues habilita con excesiva amplitud la separación de los NNyA de su familia<sup>40</sup>.

Si bien se ha señalado que “el artículo 33 de la Convención obliga a los Estados a ‘proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes...’, lo que también incluye el deber de protegerlos contra los

efectos del consumo indebido de drogas por parte de los adultos”<sup>41</sup>, debe tenerse presente que la separación de los NNyA de su familia debe ser una medida de último recurso. Aunque la “Ley PINA” contiene algunas disposiciones valiosas en esa dirección, como las que imponen el deber estatal de fomentar la estabilidad de la familia<sup>42</sup>, prohíben la pérdida de la patria potestad a causa de la falta de recursos económicos<sup>43</sup> y establecen que la separación de los padres o responsables requiere de una orden judicial<sup>44</sup>, resulta conveniente establecer con claridad el carácter de ultima ratio de la medida de separación familiar.

En esta misma sección de la “Ley PINA” se reconoce el instituto de la adopción<sup>45</sup> que, como vimos, tiene raigambre constitucional, pero su regulación específica es materia de una ley especial, denominada “Ley de adopciones”<sup>46</sup>. Es en esta ley, junto a su reglamento<sup>47</sup>, donde se fijan los principios que rigen las adopciones, así como las normas de procedimiento administrativo más esenciales. Si bien existen algunas observaciones que hacer a esta normativa, no debe perderse de vista que la “Ley de adopciones” constituyó un gran avance, pues hasta entonces en Guatemala estaba permitida la llamada “adopción notarial”. Con la sanción de esta ley, en 2007, se buscó adecuar el marco normativo de las adopciones al artículo 22 de la Convención y al Convenio Relativo a la Protección y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Convenio de La Haya), estableciendo ciertos principios elementales tales como: “la adopción como medida de última instancia, la identificación de un recurso idóneo a lo interno de la familia biológica o ampliada del niño, la preferencia por la adopción nacional sobre la adopción internacional y la obligación de realizar estudios de compatibilidad entre la familia adoptante y el niño a ser adoptado, en función del interés de este último”<sup>48</sup>.

El sistema de adopciones organizado a partir de esta reforma legislativa pone un fuerte énfasis en la etapa administrativa, donde el Consejo Nacional de Adopciones (CNA) ocupa un rol central. Este organismo solo interviene una vez que existe una declaración judicial de adoptabilidad, excepto los casos en los que la familia biológica acude allí para dar a su hijo en adopción voluntariamente.

En la faz judicial, rigen las garantías procesales previstas en la “Ley PINA” para todo procedimiento vinculado a amenazas o violaciones de derechos. Estas incluyen, entre otras, el derecho de los NNyA a ser escuchados en todas las etapas del proceso, no ser institucionalizados sin agotar todas las demás opciones de colocación y concurrir a las audiencias

*Una reciente encuesta ubica a Guatemala como “el país latinoamericano donde hay una proporción mayor de personas que aprueban el castigo físico para corregir a los niños, niñas y adolescentes”. Por ello, resulta indispensable armonizar la legislación, establecer una clara prohibición de imposición de castigos corporales en todos los ámbitos y generar mecanismos de prevención adecuados.*

con la asistencia de una persona especializada en trabajo social o psicología y que las medidas que se adopten les sean explicadas de una manera comprensible para su edad y madurez. Asimismo, la Ley de Adopciones agrega algunos requisitos adicionales para que proceda la declaración judicial de adoptabilidad, que incluyen el consentimiento de los NNyA -teniendo en cuenta su edad y madurez-, que no puedan ser reinsertados en su familia biológica y la verificación de que no ha mediado ningún pago o compensación económica a los padres biológicos para que presten su consentimiento.

Una vez producida la declaración judicial de adoptabilidad, corresponde al CNA seleccionar a la familia adoptante, otorgando prioridad a las adopciones nacionales por sobre las internacionales y procurando que los hermanos sean adoptados conjuntamente. En esta etapa, tras un primer período de socialización debe solicitarse a los NNyA que ratifiquen su consentimiento para la adopción y luego remitirse el caso nuevamente a la sede judicial para la homologación de la adopción.

En este sentido, si bien el énfasis en la vía administrativa puede ser una manera razonable de garantizar que las adopciones sean resueltas con celeridad, debe recordarse que el artículo 9 de la Convención exige que existan suficientes mecanismos de revisión judicial y, una vez más, amplias posibilidades de intervención en ese proceso para todos los involucrados, incluyendo lógicamente a los NNyA. Debe recordarse que, “de conformidad con la Convención, toda adopción requiere una investigación minuciosa, con informes pormenorizados, realizados por profesionales independientes, y cuyos destinatarios serán las autoridades competentes”<sup>49</sup>. Tanto en la Ley de Adopciones como en su reglamento se ha regulado con

detalle la intervención de este tipo de profesionales, mas no se observa que la revisión judicial consista en otra cosa que una mera homologación de lo realizado en sede administrativa.

De todos modos, debe valorarse que en la Ley de Adopciones se fijaron algunos resguardos para evitar adopciones fraudulentas o que legalizan prácticas de tráfico de niños, conocida en el país como “lavado de niños”. Por ejemplo, se prohíbe que los padres biológicos otorguen el consentimiento para la adopción antes del nacimiento del niño y que tal consentimiento sea otorgado antes de las seis semanas de nacido el niño, que el consentimiento para la adopción sea otorgado por una persona menor de edad -padre o madre- sin autorización judicial, o que las personas que participan en el proceso de adopción tengan relación de cualquier clase con las entidades privadas y organismos acreditados extranjeros que se dedican al cuidado de niños declarados en estado de adoptabilidad. También está expresamente prohibido que los padres biológicos o representantes legales de los NNyA dispongan quién adoptará a su hijo o hija, excepto que “se trate de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente o de una familia sustituta que previamente lo ha albergado”<sup>50</sup>, supuesto en el cual lamentablemente no se ha aclarado que debe tratarse exclusivamente de una familia sustituta designada judicialmente, a fin de no convalidar las guardas de hecho<sup>51</sup>.

En este sentido, se advierte que -al igual que la mayoría de los países de la región- tampoco se han previstos mecanismos de revisión de las adopciones fraudulentas<sup>52</sup>. Al respecto, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas -que lamentablemente aún no ha sido ratificada por Guatemala- exige que se establezcan



procedimientos de revisión, revocación o nulidad de adopciones, contemplando específicamente la desaparición forzada como causal de la anulación<sup>53</sup>. Ello es especialmente importante en un país que en décadas recientes ha sufrido masivas desapariciones forzadas, incluyendo NNyA, muchos de los cuales fueron víctimas del tráfico internacional de niños por medio adopciones fraudulentas.

Resta referirse a algunas regulaciones del Código Civil vinculadas con la protección de las relaciones familiares. En este sentido, cabe advertir que en el Código Civil continúa vigente el instituto de la patria potestad, característico del derecho continental preconvencional<sup>54</sup>. En lo que aquí interesa, algunos de los motivos que autorizan a disponer la pérdida de la patria potestad son excesivamente amplios y abiertos a la discrecionalidad judicial. Así, entre otras causas, “La patria potestad se pierde: Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares” o “Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores”<sup>55</sup>. También es cuestionable que se prevé la pérdida de la patria potestad “Por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito”. En cambio, adecuadamente se ha contemplado la pérdida de la patria potestad “por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos”<sup>56</sup>.

## • El derecho a la protección contra toda forma de violencia

La legislación guatemalteca adolece de algunos déficits en este ámbito. Si bien diversos artículos de la “Ley PINA” se refieren al derecho de los NNyA a que se respete su integridad física y psíquica<sup>57</sup> y a no ser maltratados<sup>58</sup>, así como se impone al personal de instituciones públicas y privadas el deber de denunciar los hechos de maltrato de los que tomen conocimiento<sup>59</sup>, ninguno de ellos contiene una prohibición expresa, clara y contundente de la imposición de castigos físicos en todos los ámbitos. Asimismo, tanto el art. 13 de la “Ley PINA”<sup>60</sup> como el Código Civil<sup>61</sup>, se prestan a ambigüedad al definir que es obligación de los padres “corregir” a sus hijos “empleando medios prudentes de disciplina”.

A ello debe agregarse que, en concordancia con la

Constitución<sup>62</sup>, la “Ley PINA” reconoce el derecho de los NNyA de origen indígena a “vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales, en tanto que éstas no sean contrarias al orden público y el respeto debido a la dignidad humana”. Esto es especialmente relevante en la medida en que en la tradición maya existen sanciones que implican la utilización del látigo o el afeitado de la cabellera. Sin embargo, la legislación no es suficientemente clara sobre estas prácticas.

Aunque estos déficits fueron mitigados al agregarse al Código Penal la tipificación del delito de maltrato contra los NNyA<sup>63</sup>, una reciente encuesta ubica a Guatemala como “el país latinoamericano donde hay una proporción mayor de personas que aprueban el castigo físico para corregir a los niños, niñas y adolescentes”<sup>64</sup>. Por ello, resulta indispensable armonizar la legislación, establecer una clara prohibición de imposición de castigos corporales en todos los ámbitos y generar mecanismos de prevención adecuados<sup>65</sup>.

El marco normativo en relación a la protección contra la violencia se completa con la “Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar”<sup>66</sup>. Esta norma define a la violencia intrafamiliar como “como cualquier acción u omisión que de manera directa o indirecta causare daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, a persona integrante del grupo familiar, por parte de parientes o conviviente o exconviviente, cónyuge o excónyuge o con quien se haya procreado hijos o hijas”<sup>67</sup>, comprendiendo claramente a los NNyA entre los sujetos de protección. Entre sus disposiciones más relevantes sobre los NNyA, se destaca que se los permite efectuar denuncias por su propia cuenta, sin importar su edad<sup>68</sup>, y que entre las medidas de protección que pueden dictar los juzgados competentes se encuentra la separación del agresor del hogar, así como la suspensión provisional de la guarda y custodia de sus hijos e hijas o la suspensión del derecho de visitas, en caso de agresión sexual. Sin embargo, no se han incluido previsiones referidas a evitar la revictimización en el marco del proceso judicial o medidas destinadas a garantizar la continuidad escolar de los NNyA víctimas de violencia intrafamiliar, habitual en la legislación comparada más moderna en esta materia.



- **El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata**

En el ámbito más específico de la protección contra la explotación y los abusos sexuales, es de fundamental importancia la “Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas”<sup>69</sup>, que reconoce al “interés superior del niño o la niña” como uno de sus principios<sup>70</sup>. Esta ley, sancionada en 2009, implicó la adecuación de la legislación de Guatemala al marco normativo internacional en la materia -en particular al “Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños”<sup>71</sup>- basándose en la “Ley modelo contra la trata de personas” propuesta por UNODC<sup>72</sup>.

Con acierto, se ha señalado que esta ley “no se limita a tipificar el delito de trata, sino que abarca una verdadera revolución en materia de regulación de los delitos contra la violencia sexual”<sup>73</sup>, al revisarse los bienes jurídicos tutelados<sup>74</sup>, tipificarse nuevas figuras y derogar otras anacrónicas<sup>75</sup>. Así, entre los delitos tipificados o reformados por esta ley se encuentran la promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución de prostitución agravada, las actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad, la prohibición de conductas relacionadas con la producción de pornografía infantil y con su comercialización, difusión o posesión, y la utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad. Asimismo, se elevó la edad mínima para el consentimiento sexual -antiguamente fijada en 12 años- a los 14 años<sup>76</sup>. Sin embargo, algunas formas modernas de violencia y

explotación sexual de NNyA no fueron tipificadas, tales como el grooming, cyber-bulling y la sextorsion.

Es indispensable destacar que, siguiendo el marco jurídico internacional, esta ley define a la trata de personas con suficiente amplitud, no limitándose a la trata con fines de explotación sexual, sino que también abarca la trata laboral y otras actividades como la adopción irregular, el embarazo forzado, la venta de personas, la extracción de órganos, el reclutamiento de menores para grupos delictivos organizados<sup>77</sup>. Del mismo, de acuerdo a la “Ley modelo” de UNODC, se definió a la trata de personas con independencia de los medios utilizados para lograr la captación de la víctima, pues se establece que carece de validez el consentimiento de la víctima o sus representantes para estas actividades. Así, no se requeriría demostrar que medió un engaño o vicio en la voluntad de la víctima, facilitándose la prueba. Sin embargo, paradójicamente, se ha señalado que esta omisión ha dificultado la aplicación de la ley<sup>78</sup>.

Precisamente, esta ley se complementa con otras normas que inciden en su aplicación efectiva, como la “Ley contra la Delincuencia Organizada” -donde se regulan algunas figuras penales agravadas, así como los métodos especiales de investigación y otras reglas procesales relevantes-, la “Ley contra la corrupción”<sup>79</sup> y, más específicamente, la llamada “Ley Alba Keneth”<sup>80</sup>, por la que se creó un sistema de alerta temprana para la localización y el resguardo inmediato de niños sustraídos o desaparecidos<sup>81</sup>. Es de destacar que esta ley señala como uno de sus principios el “interés superior del niño”, el que es redefinido “como la realización de todas las acciones que permitan la pronta localización y resguardo de un niño que ha sido sustraído o que se encuentra desaparecido”<sup>82</sup>.

La “Ley PINA”, de manera coincidente con la Constitución, establece que el Estado también debe garantizar “el derecho a la educación multicultural y multilingüe, especialmente en las zonas de población mayoritariamente maya, garífuna y xinka”.



## • El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil

La “Ley PINA” se limita a enunciar que los NNyA tienen derecho a gozar de la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil<sup>83</sup>. Es en el Código de Trabajo donde se establecen con mayor especificidad las disposiciones protectorias. Sin embargo, de conformidad con lo previsto en la Constitución<sup>84</sup>, allí se fija la edad mínima de admisión al empleo en 14 años, permitiéndose excepcionalmente el trabajo por debajo de esa edad si media una autorización escrita de las autoridades<sup>85</sup>. Como se ha señalado respecto de otros países con regulaciones similares, si bien la Convención no establece una edad mínima determinada para la admisión al trabajo<sup>86</sup>, el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>87</sup> exige que esa edad no sea inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a los 15 años. El Comité ha interpretado el artículo 30 de la Convención de conformidad con lo dispuesto en ese Convenio, reclamando a varios Estados que armonicen la edad mínima para trabajar con la que rige para la enseñanza obligatoria<sup>88</sup>. En Guatemala, como vimos, la Constitución Política establece el carácter obligatorio de la educación desde el nivel inicial hasta el nivel básico, pero valiosamente la “Ley PINA” extendió la obligatoriedad hasta el nivel diversificado<sup>89</sup>, el que típicamente concluye a los 17 o 18 años<sup>90</sup>. Por ello, la edad mínima de admisión al empleo debería elevarse, eliminándose la autorización excepcional para trabajar sin piso etario.

En cualquier caso, para todos los NNyA, el Código del Trabajo prohíbe el trabajo nocturno y peligroso, aunque su delimitación queda reservada a la reglamentación administrativa<sup>91</sup>. Para el trabajo doméstico, en cambio, se aplica la regla general, por lo que es admisible desde los 14 años<sup>92</sup>. Si esa regla de por sí es cuestionable, resulta mucho más preocupante aún que el Código de Trabajo no reconoce limitaciones horarias ni de jornada<sup>93</sup> ni establece un régimen especial para las personas menores de 18 años que lo desempeñan. Esto es abiertamente incompatible con el “Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos” de la OIT, en tanto allí se dispone que todo Estado miembro “deberá adoptar medidas para asegurar que el trabajo efectuado por los trabajadores domésticos menores de 18 años pero mayores de la edad mínima para el empleo no los prive de la escolaridad obligatoria, ni comprometa sus oportunidades para acceder a la enseñanza superior

o a una formación profesional”<sup>94</sup>. Sin embargo, lamentablemente, Guatemala no ha ratificado este Convenio.

## • El derecho a la educación

En este terreno resulta indispensable profundizar el análisis sobre las normas referidas a la enseñanza de la religión en las instituciones públicas. Tal como se señalara en el primer capítulo, de manera incompatible con la Convención, la Constitución pone el derecho a la educación religiosa en cabeza de los padres, en vez de reconocerlo como un derecho de los NNyA que pueden apartarse de las creencias religiosas de aquellos. En el mismo sentido, la “Ley PINA” -aunque lo enuncia como derecho de los NNyA- indica que el derecho a la educación integral implica “recibir una educación integral de acuerdo a las opciones éticas, religiosas y culturales de su familia” -destacado propio<sup>95</sup>.

Son también cuestionables las disposiciones de la Constitución que autorizan a impartir la educación religiosa en establecimientos oficiales dentro del horario ordinario de clases<sup>96</sup>. Debe recordarse que, de conformidad con el derecho internacional, la prohibición de discriminación por motivos religiosos “comprende la religión o creencia que se elija (o el hecho de no profesar ninguna), individualmente o en una comunidad, que se manifieste pública o privadamente en el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza”<sup>97</sup>. Aunque la “Ley PINA” dispone que la educación estatal debe ser laica<sup>98</sup> -por lo que la asistencia a las clases correspondientes a la educación religiosa no sería obligatoria-, el hecho de que se dicte en horario regular puede implicar una práctica discriminatoria indirecta<sup>99</sup> en la medida en que los estudiantes pueden ser forzados a develar sus creencias religiosas o ser separados del curso en función de éstas.

La “Ley PINA”, de manera coincidente con la Constitución, establece que el Estado también debe garantizar “el derecho a la educación multicultural y multilingüe, especialmente en las zonas de población mayoritariamente maya, garífuna y xinka”<sup>100</sup>, en tanto que la Ley de Educación Nacional fija su carácter preeminente<sup>101</sup>. Esto es de fundamental importancia, pues Guatemala es el segundo país latinoamericano con mayor porcentaje de población indígena<sup>102</sup>.

En esta misma línea, en el año 2002 se aprobó una “Ley de promoción educativa contra la discriminación”<sup>103</sup>, cuyo objeto es promover

“programas tendientes hacia la eliminación de la discriminación étnica o racial, de género y toda forma de discriminación”. Pero aunque la “Ley PINA” contiene una disposición similar<sup>104</sup>, lamentablemente no existe un marco normativo específico que convierta esas definiciones genéricas en derechos concretos.

La legislación, en cambio, es más clara al reconocer el derecho de los NNYA a organizarse en asociaciones estudiantiles y ser escuchados de manera previa a la imposición de sanciones, así como que estas respeten su dignidad<sup>105</sup>. Sin embargo, también sería bueno incorporar algunas cláusulas más específicas, como la prohibición de imposición de sanciones a causa del embarazo adolescente o la exclusión del ciclo escolar, de estilo en la legislación comparada más moderna.

Una mención aparte merece la situación de los niños con discapacidad, abordada en una ley específica<sup>106</sup>, enfocada centralmente en centros educativos exclusivos para estos colectivos. Por ello, en sus últimas observaciones finales al Estado, el Comité ha señalado su profunda preocupación por “La prevalencia de la educación especial segregada para los niños con discapacidad” y reclamó que “la legislación y las políticas de lucha contra la discriminación incluyan medidas para hacer frente a la discriminación múltiple e interseccional contra los niños con discapacidad”<sup>107</sup>.

### • El derecho a la salud

La “Ley PINA” contiene numerosos artículos dirigidos a garantizar el acceso a los servicios médicos para los NNYA. Sin embargo, no se han reconocido sus derechos específicos en este ámbito. Así, no hay ninguna

norma que garantice su derecho a ser informados y a recibir atención autónomamente de sus padres o responsables legales ni a ser oídos o decidir sobre los tratamientos médicos a aplicárseles de acuerdo al principio de autonomía progresiva. Por el contrario, la “Ley PINA” solo exige la autorización de los padres o responsables para la realización de prácticas médicas, salvo en caso de riesgo para la vida o integridad de los NNYA<sup>108</sup>.

Si bien no cabe negar que la cuestión referida a la delimitación de la madurez de los NNYA para brindar su consentimiento para un tratamiento médico es siempre un asunto problemático, el camino elegido por la legislación guatemalteca desatiende por completo los principios de autonomía progresiva y del interés superior del niño, que reclaman que al menos se tenga en cuenta su opinión<sup>109</sup>. Sobre este asunto, recientemente el Comité ha señalado sin ambages que “Las intervenciones y los tratamientos médicos deben contar con el consentimiento voluntario e informado del adolescente, con independencia de que se exija o no también el de un progenitor o representante legal”<sup>110</sup>.

La cuestión referida al acceso a la información en relación a la salud, en cambio, es mucho menos compleja. Bajo el paradigma de la Convención, el derecho de los NNYA a recibir asesoramiento sin el consentimiento de sus padres no tiene relación con la edad en que puede autónomamente decidir sobre un tratamiento médico y no debe tener un límite de edad<sup>111</sup>. Así, se ha remarcado que es un derecho fundamental “cuando sus opiniones y/o intereses difieren de los de sus padres, o incluso se oponen a ellos: por ejemplo, en casos de malos tratos o descuido por parte de los padres u otros miembros de la familia”<sup>112</sup>. En su Observación General nº 15, el Comité indica con



toda claridad que “De conformidad con la evolución de sus capacidades, los niños deben tener acceso a terapia y asesoramiento confidenciales, sin necesidad del consentimiento de sus padres o su custodio legal cuando los profesionales que examinen el caso determinen que ello redundaría en el interés superior del niño”<sup>113</sup>. Por ello, no puede más que reprocharse que ni si quiera se haya hecho esta distinción entre la información y el tratamiento médico. En definitiva, el desacople normativo de la legislación guatemalteca en materia de salud con la Convención -en especial con los artículos 1, 3, 5 y 24 – es notorio.

La situación sobre la salud sexual y reproductiva es parcialmente distinta, pues en el año 2005 se sancionó una ley que impone incluir en los programas de la educación media contenidos sobre “derechos y responsabilidades para la promoción y auto cuidado de la salud, sexualidad y el embarazo precoz y no deseado” y garantizar el acceso de la población -incluyendo específicamente a los adolescentes- a los métodos modernos anticonceptivos<sup>114</sup>. Sin embargo, de acuerdo a las últimas observaciones finales del Comité, estas disposiciones no estarían siendo efectivas<sup>115</sup>.

El Comité también reclamó que el aborto fuera despenalizado en todas las circunstancias -actualmente solo no es punible el aborto terapéutico<sup>116</sup>- y que se “garantice el acceso de las adolescentes a servicios de aborto sin riesgo y de atención posterior al aborto, asegurándose de que la opinión de estas sea escuchada en todo momento y se tenga debidamente en cuenta en el proceso de decisión”<sup>117</sup>.

- **El sistema de responsabilidad penal adolescente**

Finalmente, el último título de la “Ley PINA” regula el procedimiento y las sanciones aplicables a los adolescentes en conflicto con la ley penal. El sistema establece la responsabilidad penal a partir de los 13 años, pero se diferencia en algunas reglas procesales y medidas aplicables entre los que tienen menos de 15 años y lo que superan esa edad. Así, las penas privativas de la libertad para los menores de 15 años no pueden superar los dos años, mientras que el máximo correspondiente a los mayores de esa edad es de 6 años, debiendo estar estos dos grupos etarios separados en los centros de detención.

Este sistema, desde el punto de vista legislativo, en

líneas generales se ajusta a los estándares del derecho internacional. Así, está organizado bajo el principio de especialización, establece varias salidas alternativas del proceso -aunque podrían ampliarse estos mecanismos<sup>118</sup>- y define a la privación de la libertad -a modo preventivo o como sanción- como medida de último recurso. Además, el procedimiento garantiza ampliamente el derecho de defensa los adolescentes sometidos a proceso y dispone la intervención de actores judiciales especializados. Sin embargo, de acuerdo a las últimas observaciones finales del Comité, muchos de estos criterios restrictivos no se estarían aplicando, a la par que se presentan severos problemas de implementación<sup>119</sup>.

Asimismo, debe señalarse que la edad desde la que se reconoce responsabilidad penal se encuentra entre las más bajas de la región. Al respecto, el Comité ha señalado que “La fijación de la mayoría de edad penal a un nivel más alto, por ejemplo 14 o 16 años, contribuye a que el sistema de la justicia de menores, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías legales”<sup>120</sup>.

-----

*En relación al derecho a la identidad, es necesario explicitar en la ley que los NNyA tienen derecho a la inscripción de su nacimiento y a contar con las documentación personal correspondiente.*

-----



### 3. Recomendaciones

La legislación guatemalteca sobre los derechos de los NNYA fue objeto de una importante actualización en la primera década de este siglo. Y si bien se han hecho grandes avances, algunas disposiciones todavía pueden ser sensiblemente mejoradas, en tanto otras, más específicas, deben ser derogadas o modificadas pues son incompatibles con la Convención.

En ese último campo se destaca la autorización del matrimonio adolescente. Una reciente reforma elevó a 18 años la edad para contraer matrimonio<sup>121</sup>. Sin embargo, los adolescentes aún pueden casarse desde los 16 años si cuentan con autorización judicial. La Convención no admite excepciones en este punto, por lo que debería derogarse la facultad judicial de autorizar los matrimonios adolescentes.

La facultad de las autoridades administrativas de otorgar permisos de empleos para NNYA menores de 14 años también es abiertamente incompatible con la Convención. Igualmente, debe modificarse la edad mínima de admisión al empleo que rige como regla general, pues en ningún caso debiera ser inferior a los 15 años o, mejor aún, elevarse hasta la edad típica de conclusión del ciclo diversificado de la educación media. En este terreno, es imprescindible modificar el régimen del trabajo adolescente doméstico y ratificar el Convenio 189 de la OIT.

Un ejemplo claro de las normas que pueden ser mejoradas lo constituye la definición del principio de interés superior incluida en la "Ley PINA". Como vimos, resultaría conveniente que de forma clara se enfatizara que el interés superior debe utilizarse como pauta de interpretación de la ley en cualquier caso que involucre a los NNYA.

En relación al derecho a la identidad, es necesario explicitar en la ley que los NNYA tienen derecho a la inscripción de su nacimiento y a contar con las documentación personal correspondiente. De modo concordante, es conveniente prohibir sin ambages la práctica de imposición de multas económicas ante la inscripción tardía de los nacimientos, dado que la experiencia comparada demuestra que constituye un desincentivo para la debida registración. Asimismo, al igual que la mayoría de los países de la región, resta reconocer en la ley la posibilidad de adecuar el nombre y los documentos personales a la autopercepción de género.

En el campo de la protección de las relaciones familiares y de la regulación de la adopción se han hecho grandes avances. Sin embargo, aún pueden mejorarse las reglas que permiten la separación de los NNYA de su familia, que debe ser claramente definida como una medida de ultima ratio, así como enfatizarse algunas disposiciones dirigidas a evitar el "lavado de niños", por ejemplo reforzando la búsqueda de orígenes de los niños "abandonados" sujetos a la adopción, restringiendo la adopción por parte de familias sustitutas que acogen de modo directo y legislando la acción de nulidad o revocación de la adopción cuando es de carácter fraudulento. Igualmente es indispensable fortalecer los mecanismos alternativos a la institucionalización.

También son muy notorios los progresos normativos sobre la protección contra la violencia, pero aún es necesario sancionar una norma que prohíba con claridad la imposición de los castigos físicos en todos los ámbitos. Del mismo modo, es conveniente ampliar el catálogo de personas facultadas a denunciar la violencia intrafamiliar



así como derogar el artículo 7 de la “Ley PINA” sobre la “denuncia falsa”, a fin de favorecer el acceso al sistema de protección.

En el campo más específico de la protección contra la violencia sexual y económica, la “Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas” puede ser mejorada, tomando en cuenta la valiosa investigación efectuada por la CICIG, para facilitar su aplicación. Así, es conveniente incorporar en la definición de la figura una alusión al engaño o aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de las víctimas. Del mismo modo, resulta necesario tipificar algunas figuras penales modernas, como el grooming, el cyber-bulling y la sextorsion. Algunas reglas procesales que rigen en la investigación y sanción de estos delitos también pueden ser mejoradas, por ejemplo, incorporando una norma específica para evitar repetición de testimonios de los NNyA en las distintas etapas del procedimiento, pues la no revictimización está definida como un principio de la ley, pero no hay medidas concretas que la garanticen.

La edad mínima para el consentimiento sexual, fijada en 14 años, también puede revisarse. Por un lado, dado que los adolescentes son penalmente responsables

desde los 13 años, es conveniente excluir de la punibilidad al menos a aquellos ubicados en la franja etaria inferior del sistema justicia juvenil (13 y 14 años), de forma que las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes de edades similares no sean punibles. Por otro lado, de modo más general, es recomendable diferenciar en la edad mínima para consentir relaciones sexuales entre adolescentes y adultos. Esto puede hacerse reconociendo solo capacidad para consentir relaciones sexuales entre adolescentes o bien fijando una diferencia de edad mínima requerida, como es de estilo en la legislación comparada.

De estrecha relación con esta cuestión, la legislación sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva también debe revisarse. Como vimos, el Comité ha reclamado la despenalización del aborto en todos los casos, actualmente solo contemplado para el aborto terapéutico. Pero también la “Ley de Acceso Universal y Equitativo de Servicios de Planificación Familiar y su Integración en el Programa Nacional de Salud Reproductiva” puede reformularse para incluir disposiciones más taxativas y concretas que garanticen sus objetivos.

En el capítulo de salud, además, es indispensable garantizar los derechos de los NNyA a ser informados y a decidir sobre los tratamientos médicos, de acuerdo al principio de autonomía progresiva. En este campo se advierte que Guatemala incluso carece de una ley que consagre los derechos de los adultos usuarios del sistema de salud público y privado.

En el marco educativo, deben revisarse las disposiciones sobre la educación religiosa, lo que inexorablemente requiere una reforma de la Constitución. Además, es indispensable modificar el marco normativo sobre los NNyA con discapacidad a fin de evitar su segregación. Y también pueden mejorarse las reglas referidas a la imposición de sanciones en el ámbito educativo, por ejemplo prohibiendo la sanción o exclusión de las adolescentes embarazadas.

También es recomendable elevar la edad mínima de responsabilidad penal, ubicada entre las más bajas de la región, y enfatizar las reglas que reconocen carácter excepcional a las medidas privativas de la libertad.

Finalmente, es indispensable crear un sistema de protección integral de los NNyA, que precisamente tenga por función velar por la efectiva aplicación de los derechos que la Convención y las leyes les reconocen<sup>122</sup>.



#### Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 Art. 46 CP: "Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno".
- 5 Art. 47: "Protección a la familia. El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos".
- 6 Art. 50: "Igualdad de los hijos. Todos los hijos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos. Toda discriminación es punible".
- 7 Art. 51: "Protección a menores y ancianos. El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social".
- 8 Art. 54: "Adopción. El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados".
- 9 Art. 55: "Obligación de proporcionar alimentos. Es punible la negativa a proporcionar alimentos en la forma que la ley prescribe."
- 10 Definido en el art. 71 del siguiente modo: "Se garantiza la libertad de enseñanza y de criterio docente. Es obligación del Estado proporcionar y facilitar educación a sus habitantes sin discriminación alguna. Se declara de utilidad y necesidad públicas la fundación y mantenimiento de centros educativos culturales y museos."
- 11 Art. 72: "Fines de la educación. La educación tiene como fin primordial el desarrollo integral de la persona humana, el conocimiento de la realidad y cultura nacional y universal. Se declaran de interés nacional la educación, la instrucción, formación social y la enseñanza sistemática de la Constitución de la República y de los derechos humanos."
- 12 Art. 73: "Libertad de educación y asistencia económica estatal. La familia es fuente de la educación y los padres tienen derecho a escoger la que ha de impartirse a sus hijos menores. El Estado podrá subvencionar a los centros educativos privados gratuitos y la ley regulará lo relativo a esta materia. Los centros educativos privados funcionarán bajo la inspección del Estado. Están obligados a llenar, por lo menos, los planes y programas oficiales de estudio. Como centros de cultura gozarán de la exención de toda clase de impuestos y arbitrios. La enseñanza religiosa es optativa en los establecimientos oficiales y podrá impartirse dentro de los horarios ordinarios, sin discriminación alguna. El Estado contribuirá al sostenimiento de la enseñanza religiosa sin discriminación alguna."
- 13 V.gr. Venezuela.
- 14 Como se explica en el "Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño" de UNICEF, "Es el niño quien ejerce el derecho. Los padres pueden guiarlo, pero de una manera que se corresponda con la evolución de sus facultades y de conformidad con la Convención en su conjunto. El hecho de 'guiar' debe excluir, por ejemplo, toda forma de violencia física o mental (artículo 19). Y deben tenerse en cuenta las opiniones del niño: el artículo 12 protege el derecho de todo niño a formarse un juicio propio y a expresar sus opiniones libremente 'en todos los asuntos que [le] afectan', incluida la religión y la elección de ésta". Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 212/3.
- 15 Art. 74: "Educación obligatoria. Los habitantes tienen el derecho y la obligación de recibir la educación inicial, preprimaria, primaria y básica, dentro de los límites de edad que fije la ley. La educación impartida por el Estado es gratuita. El Estado proveerá y promoverá becas y créditos educativos. La educación científica, la tecnológica y la humanística constituyen objetivos que el Estado deberá orientar y ampliar permanentemente. El Estado promoverá la educación especial, la diversificada y la extraescolar."
- 16 Art. 75: "Alfabetización. La alfabetización se declara de urgencia nacional y es obligación social contribuir a ella. El Estado debe organizarla y promoverla con todos los recursos necesarios."
- 17 Art. 76: "Sistema educativo y enseñanza bilingüe. La administración del sistema educativo deberá ser descentralizado y regionalizado. En las escuelas establecidas en zonas de predominante población indígena, la enseñanza deberá impartirse preferentemente en forma bilingüe."
- 18 Art. 77: "Obligaciones de los propietarios de empresas. Los propietarios de las empresas industriales, agrícolas, pecuarias y comerciales están obligados a establecer y mantener, de acuerdo con la ley, escuelas, guarderías y centros culturales para sus trabajadores y población escolar".
- 19 Art. 102.L "Los menores de catorce años no podrán ser ocupados en ninguna clase de trabajo, salvo las excepciones establecidas en la ley. Es prohibido ocupar a menores en trabajos incompatibles con su capacidad física o que pongan en peligro su formación moral."
- 20 Art. 20 "Menores de edad. Los menores de edad que transgredan la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud. Los menores, cuya conducta viole la ley penal, serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por ningún motivo pueden ser reclusos en centros penales o de detención destinados para adultos. Una ley específica regulará esta materia."
- 21 Art. 144.
- 22 Art. 145. La Federación de Centroamérica comprendía a Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y parte del sur de México.



- 23 Decreto 27/2003.
- 24 Decreto 78/79.
- 25 Art. 5 “Ley PINA”.
- 26 Comité de los derechos del niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).
- 27 Ibid.
- 28 Art. 6 “Ley PINA”.
- 29 Art. 7 “Ley PINA”.
- 30 En tanto dispone que “Se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.
- 31 Este artículo establece que no se negará a los niños que pertenecen a minorías étnicas o a pueblos indígenas el derecho “a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.
- 32 Art. 27 “Ley PINA”: “Los hospitales, establecimientos y personal de atención a la salud de embarazadas, públicos y particulares están obligados a: a) Identificar al recién nacido mediante el registro de su impresión plantar y digital y de la identificación digital de la madre, sin perjuicio de otras formas normadas por la autoridad administrativa competente; será el Registro Civil de cada municipalidad el que vele porque esta norma sea cumplida al momento de la inscripción del niño o la niña”.
- 33 Decreto 90/2005.
- 34 En este último caso, de omitirse la inscripción dentro de ese plazo, se contempla una multa para el infractor (art. 74 Decreto 90/2005). No resulta claro si la multa recae sobre el centro hospitalario o sobre los progenitores que no efectuaron la inscripción. Debe tenerse presente que el Comité ha considerado que la imposición de multas u otro tipo de sanciones similares a los padres que omiten registrar a sus hijos es una medida contraproducente, pues puede convertirse en un disuasivo para la efectiva registración de aquellos NNyA que no fueron inscriptos oportunamente (ver en este sentido Implementation handbook for the Convention on the rights of the child, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, 3ed., revisada, 2007, pag. 100).
- 35 Por un lado, el art. 50 establece que: “...Todos los guatemaltecos y los extranjeros domiciliados mayores de dieciocho (18) años, Inscritos en el RENAP, tienen el derecho y la obligación de solicitar obtener el Documento Personal de Identificación...”, por lo que el derecho a este documento queda sujeto a la inscripción en el RENAP. Por otro, el art. 73 dispone que “la solicitud de inscripción de nacimiento de menores de edad, deberá efectuarse por ambos padres; a falta de uno de ellos o tratándose de madre soltera, la inscripción se efectuará por éste” y que “En caso de orfandad, desconocimiento de los padres o abandono, la inscripción de nacimiento la podrán solicitar los ascendientes del menor, sus hermanos mayores de edad o el Procurador General de la Nación”. Adviértase que esta redacción indica que el PGN puede solicitar la inscripción, pero no se impone un deber específico de hacerlo.
- 36 El art. 6 del Código Civil dispone que las personas pueden cambiar su nombre con autorización judicial, pero no se contempla el cambio de género.
- 37 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 25 de noviembre de 2017, párr. 154. En el mismo sentido, el Comité ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente” (Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34). Ver también Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, “Principios de Yogyakarta”, en cuyo preámbulo se afirma que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”.
- 38 Este acuerdo fue suscripto en 1995 como parte del proceso de pacificación del país. Allí se establece que “El Gobierno reafirma el pleno derecho al registro de nombres, apellidos y toponimias indígenas” (punto III.B).
- 39 Art. 18 “Ley PINA”.
- 40 De manera similar, el Código Civil dispone que la patria potestad puede suspenderse “por ebriedad consuetudinaria” y “Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes” (Código Civil, art. 273).
- 41 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 538. Los autores agregan que “Los padres toxicómanos pueden, por ejemplo, tener hijos con discapacidades físicas o intelectuales, o con adicción a las drogas desde que nacen. En este sentido, tanto la Declaración de los Derechos del Niño como el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establecen que ‘el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento’. El consumo de drogas por parte de los padres o de otros miembros de la familia también puede acarrear negligencia o malos tratos.”
- 42 Art. 19 “Ley PINA”: “El Estado deberá fomentar por todos los medios, la estabilidad y bienestar de la familia, como base de la sociedad; creando las condiciones para asegurarle al niño, niña y adolescente la convivencia familiar y comunitaria en un ambiente sano y propicio para su desarrollo integral.”
- 43 Art. 21 “Ley PINA”: “La falta o carencia de recursos materiales de los padres o de la familia no constituye motivo suficiente para la pérdida o la suspensión de la patria potestad. Si no existe otro motivo que por sí solo autorice que se decrete la medida, los niños, niñas o adolescentes serán mantenidos en su familia de origen. El Estado prestará la asistencia apropiada a los padres, familiares y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza



- y cuidado del niño, promoviendo y facilitando para ello la creación de instituciones, instalaciones y servicios de apoyo que promuevan la unidad familiar.”
- 44 Art. 116 “Ley PINA”: “La niñez y la adolescencia amenazadas o violadas en sus derechos gozarán de las siguientes garantías procesales: (...) J) A no ser separado de sus padres o responsables contra la voluntad de estos, excepto cuando el juez determine, previa investigación de los antecedentes, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, en caso en que éste sea objeto de maltrato o descuido.”
- 45 Art. 22 “Ley PINA”: “El Estado reconoce la institución de la adopción de los niños, niñas y adolescentes debiendo garantizar que en el ejercicio de ésta se atienda primordialmente a su interés superior y conforme a los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en esta materia aceptados y ratificados por Guatemala.”
- 46 Decreto 77/2007.
- 47 Acuerdo Gubernativo 182/2010.
- 48 “Informe sobre actores involucrados en el proceso de adopciones irregulares en Guatemala a partir de la entrada en vigor de la Ley de Adopciones”, Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), 2010, pág. 7.
- 49 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 318.
- 50 Art. 10.b Ley de Adopciones.
- 51 La CICIG ha señalado que la figura de la familia sustituta “ha sido utilizada para ocultar prácticas irregulares de adopción. La nueva ley prevé que la familia sustituta sea aquella que acoge temporalmente a un niño hasta tanto se resuelva su situación definitiva. Sin embargo, se identificaron casos en donde los Jueces de la Niñez y Adolescencia utilizan la figura de la familia sustituta para entregar provisoriamente y sin mayores requisitos a un niño a familias extranjeras que no tienen residencia en Guatemala, o a familias sustitutas, nacionales o extranjeras, que no están acreditadas ante la Secretaría de Bienestar Social”. Así, la CICIG concluyó que “Al utilizar la figura de la familia sustituta para adoptar a niños, se crea un procedimiento paralelo y se corre el riesgo de incentivar la comisión del delito de trata de personas y tráfico ilegal de niños”. “Informe sobre actores involucrados en el proceso de adopciones irregulares en Guatemala a partir de la entrada en vigor de la Ley de Adopciones”, Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), 2010, págs. 9 y 77.
- 52 No debe confundirse con la revocación de la adopción prevista en Código Civil (art. 247), referida exclusivamente a causas vinculadas con la conducta del adoptado en relación al adoptante.
- 53 Art. 25.4 Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.
- 54 El Código sigue el tradicional sistema de incapacidad absoluta para los menores de 14 años y relativa para los mayores de esa edad (art. 8 Código Civil), sin recoger el principio de autonomía progresiva.
- 55 Código Civil, art. 274.
- 56 Código Civil, art. 274.
- 57 Art. 15 “Ley PINA”: “El derecho al respeto consiste en la inviolabilidad de la integridad física, psíquica, moral y espiritual del niño, niña y adolescente.” Art. 16: “Es obligación del Estado y de la sociedad en su conjunto, velar por la dignidad de los niños, niñas y adolescentes, como individuos y miembros de una familia, poniéndolos a salvo de cualquier tratamiento inhumano, violento, aterrador, humillante o constrictivo”.
- 58 Art. 53 “Ley PINA”: “Todo niño, niña o adolescente tiene el derecho de no ser objeto de cualquier forma de negligencia, discriminación, marginación, explotación, violencia, crueldad y opresión, punibles por la ley, ya sea por acción u omisión a sus derechos fundamentales. Asimismo, tienen derecho a ser protegidos contra toda forma de maltrato. El Estado estimulará la creación de instituciones y programas preventivos o psico-sociales necesarios, para dar apoyo y orientación a la familia y a la comunidad. Deberá proporcionar la asistencia necesaria, tratamiento y rehabilitación a las víctimas, a quienes cuidan de ellas y al victimario.”
- 59 Art. 55 “Ley PINA” “El personal de las instituciones públicas y privadas, centros educativos, servicios de salud y otros de atención a los niños, niñas y adolescentes, tienen la obligación de denunciar los casos de maltrato que se detecten o atiendan en sus instituciones”. Art. 44: “Las autoridades de los establecimientos de enseñanza pública o privada comunicarán a la autoridad competente los casos de: a) Abuso físico, mental o sexual que involucre a sus alumnos. b) Reiteradas faltas injustificadas y de evasión escolar, cuando sean agotados los medios administrativos escolares.”
- 60 Art. 13 “Ley PINA”: “El Estado respetará los derechos y deberes de los padres y en su caso de los representantes legales, de guiar, educar y corregir al niño, niña o adolescente, empleando medios prudentes de disciplina que no vulneren su dignidad e integridad personal como individuos o miembros de una familia siendo responsables penal y civilmente de los excesos, que como resultado de sus acciones y omisiones, incurrieren en el ejercicio de la patria potestad o tutela.”
- 61 Art. 253 Código Civil: “El padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral y materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad.”
- 62 Art. 66 Constitución Política: “Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos”.
- 63 Art. 150 bis del Código Penal agregado por Decreto 9/2009. Este artículo dispone que “quien mediante cualquier acción u omisión provoque a una persona menor de edad o con incapacidad volitiva o cognitiva, daño físico, psicológico, enfermedad o coloque al niño en grave riesgo de padecerlos, será sancionado con prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de las sanciones aplicables por otros delitos”.



- 64 “¡Mírame! Soy indígena y también soy Guatemala”, UNICEF Oficina de Guatemala, 2017, pág. 32, con cita a un informe del “Barómetro de las Américas”.
- 65 En este sentido, en sus últimas Observaciones Finales sobre Guatemala, el Comité reclamó que el Estado “aplique el Decreto núm. 9/2009, en el que se tipifica como delito el maltrato hacia los niños, y ajuste la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y el Código Civil a la definición de ese delito” y lo instó “a que acelere la aprobación del proyecto de ley núm. 5184 contra el castigo físico u otras formas de castigos crueles como método de corrección o disciplina hacia la niñez y adolescencia, a fin de tipificar como delito los castigos corporales en todos los entornos, incluido el hogar”.
- 66 Decreto 97/1996.
- 67 Art.1 Decreto 97/1996.
- 68 El universo de personas autorizadas a denunciar es limitado, aunque se admiten las denuncias procedentes de organizaciones no gubernamentales o sociales, en tanto que los miembros de servicios de salud o educativos que por razones laborales toman contacto con la persona agraviada están obligados a efectuar la denuncia.
- 69 Decreto 9/2009.
- 70 El interés superior es definido en el art. 2.D de la ley del siguiente modo: “En todas las acciones que se adopten en relación con personas menores de edad, el interés superior del niño o la niña debe ser la principal consideración, garantizando su correcta reintegración en la sociedad, a través del ejercicio, disfrute y restitución de los derechos lesionados, reconociendo a la persona menor de edad como titular de derechos y favoreciéndola en las decisiones que se tomen para ella.”
- 71 Protocolo complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- 72 “Ley modelo contra la trata de personas”, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Ginebra, 2010.
- 73 “Trata de personas con fines de explotación sexual en Guatemala”, Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) y UNICEF, Guatemala de la Asunción, 2016, pág. 24.
- 74 Se eliminó el bien jurídico pudor, cambiando el título III del Código Penal a los “delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas”
- 75 Tales como la rufianería, el proxenetismo y la corrupción de menores, que son reemplazadas por figuras más modernas.
- 76 Los arts. 173 y 173 bis del Código Penal definen como violación o agresión sexual -según el caso- los actos sexuales realizados con personas menores de 14 años.
- 77 En total se contemplan dieciséis finalidades de trata de personas.
- 78 Así, en el ya mencionado informe de CICIG y UNICEF, donde se ha realizado un extenso trabajo de campo sobre la persecución penal de la trata de personas, se indica que “cuando no se señalan los medios prohibidos (básicamente las situaciones de engaño, fraude, abuso de situación de vulnerabilidad o la concesión de pagos o beneficios a las personas que tienen poder de disposición sobre otra, como padres, tutores, etc.), estos no han sido tomados en consideración por los jueces para aplicar el delito de trata”.
- “Trata de personas con fines de explotación sexual en Guatemala”, Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) y UNICEF, Guatemala de la Asunción, 2016, pág. 24.
- 79 Decreto 31/2012.
- 80 Decreto 28/2010. La ley debe su nombre a dos niños víctimas de trata de personas.
- 81 De acuerdo al informe de CICIG y UNICEF, “Este sistema ha sido enormemente efectivo en la prevención de secuestros de niños con fines de explotación sexual”. Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) y UNICEF, Guatemala de la Asunción, 2016, pág. 43.
- 82 Art. 2 Decreto 28/2010 (reformado por Decreto 5/2012).
- 83 Art. 51 “Ley PINA”: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra la explotación económica, el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso para su salud física y mental o que impida su acceso a la educación.”
- 84 Art. 102.L Constitución Política. Ver punto 1 de este capítulo.
- 85 ART. 150 Código del Trabajo: “La Inspección General de Trabajo puede extender, en casos de excepción calificada, autorizaciones escritas para permitir el trabajo ordinario diurno de los menores de catorce años, o, en su caso, para reducir, total o parcialmente, las rebajas de la jornada ordinaria diurna que impone el artículo anterior. Con este objeto, los interesados en que se extiendan las respectivas autorizaciones deben probar: a) Que el menor de edad va a trabajar en vía de aprendizaje o que tiene necesidad de cooperar en la economía familiar, por extrema pobreza de sus padres o de los que tienen a su cargo el cuidado de él. b) Que se trata de trabajos livianos por su duración e intensidad, compatibles con la salud física, mental y moral del menor; y c) Que en alguna forma se cumple con el requisito de la obligatoriedad de su educación. En cada una de las expresadas autorizaciones se deben consignar con claridad las condiciones de protección mínima en que deben trabajar los menores de edad.” Ver también arts. 31 y 32.
- 86 Ver art. 30 de la CDN.
- 87 Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138). Ver también la Recomendación (núm. 146) que lo complementa.
- 88 Ver por caso sus observaciones finales sobre Nicaragua: “También se propone al Gobierno que estudie la ampliación de la enseñanza obligatoria a nueve años de escolarización, a la vez que se procura que la edad de terminación de la enseñanza obligatoria se armonice con la edad mínima para trabajar...” (Nicaragua CRC/C/15/Add.36, párrafo 38). En el mismo sentido, al examinar a Túnez señaló que “la discrepancia legislativa entre la edad para terminar la enseñanza obligatoria y la edad mínima para la admisión al empleo pueda alentar a los adolescentes a abandonar el sistema escolar” (Túnez CRC/C/15/Add.39, párrafo 9).
- 89 Art. 37 “Ley PINA”.
- 90 El sistema educativo se divide en cuatro niveles: inicial (menores de 4 años), preprimario (menores de 7 años), primario (de 7 a 12 años) y medio (13 a 17 o 18 años, con ciclo básico y diversificado. Ver art. 29 Ley de Educación Nacional (Decreto 12/1991).

- 91 También se prohíbe como el trabajo en cantinas u otros establecimientos análogos en que se expendan bebidas alcohólicas destinadas al consumo inmediato.
- 92 Sin embargo, un informe de OIT efectuado hace una década señalaba que en Guatemala había alrededor de 38.000 niñas y niños de entre 5 y 7 que realizaban trabajo doméstico. Ver <http://www.ilo.org/ipecc/areas/Childdomesticlabour/lang--en/index.htm>.
- 93 Art. 164 Código de Trabajo: “El trabajo doméstico no está sujeto a horario ni a las limitaciones de la jornada de trabajo y tampoco le son aplicables los artículos 126 y 127. Sin embargo, los trabajadores domésticos gozan de los siguientes derechos: a) Deben disfrutar de un descanso absoluto mínimo y obligatorio de diez horas diarias, de las cuales por lo menos ocho han de ser nocturnas y continuas, y dos deben destinarse a las comidas; y b) Durante los días domingos y feriados que este Código indica deben forzosamente disfrutar de un descanso adicional de seis horas remuneradas.”
- 94 Art. 4 Convenio 189 OIT.
- 95 Art. 36 “Ley PINA”: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir una educación integral de acuerdo a las opciones éticas, religiosas y culturales de su familia.”
- 96 Art. 73 Constitución Política: “La enseñanza religiosa es optativa en los establecimientos oficiales y podrá impartirse dentro de los horarios ordinarios, sin discriminación alguna”. La Ley de Educación Nacional repite esta cláusula textualmente en su art. 103.
- 97 Observación General nro. 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 20 (E/C.12/GC/22).
- 98 Art. 37 “Ley PINA”: “La educación pública deberá ser gratuita, laica y obligatoria hasta el último grado de diversificado.”
- 99 “La discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación”<sup>99</sup>. Observación General nro. 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 12 (E/C.12/GC/22).
- 100 Art. 38 “Ley PINA”. Ver art. 76 de la Constitución, ya citado.
- 101 Art. 58 Ley de Educación Nacional: “La educación en las lenguas vernáculas de las zonas de población indígena, será preeminente en cualesquiera de los niveles y áreas de estudio”.
- 102 “¡Mírame! Soy indígena y también soy Guatemala”, Oficina de UNICEF en Guatemala, 2017, UNICEF, pág. 9.
- 103 Decreto 81/2002.
- 104 De acuerdo al 41.D de la “Ley PINA” la educación debe asegurar “El fomento y la preservación de los valores culturales, artísticos, étnicos, lingüísticos, de género y aprendizaje, costumbres y tradiciones propias del contexto social eliminando todas las formas de discriminación y exclusión por razones de género, etnia, religión o condición económica.”
- 105 Ver art. 39 Ley de Educación Nacional y art. 43 “Ley PINA”.
- 106 Ley de Educación Especial para las Personas con Capacidades Especiales (Decreto 58/2007).
- 107 CRC/C/GTM/CO/5-6, párr. 30 y 31.
- 108 Art. 32 “Ley PINA”: “Los centros de atención médica, públicos o privados, deben requerir autorización de los padres de familia, tutores o encargados para poder hospitalizar o aplicar los tratamientos que requieran los niños, niñas y adolescentes, salvo en casos de emergencia en los cuales la vida o integridad de estos se encuentre en riesgo. Cuando por razones de índole cultural o religiosa, los padres, tutores o encargados negaren su consentimiento para la hospitalización de sus hijos o hijas que tutela esta Ley, el médico tratante queda facultado para adoptar las acciones inmediatas a efecto de proteger la vida o la integridad física de éstos”.
- 109 En cualquier caso, debe advertirse que en las Orientaciones generales para los informes periódicos, el Comité indica a los Estados que deben proveer información sobre la edad mínima para el tratamiento médico o las intervenciones quirúrgicas sin el consentimiento de los padres (párrafo 24).
- 110 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 39.
- 111 Véase, por todos, la Observación General nro. 12 del Comité, sobre derecho del niño a ser oído, donde con toda contundencia se afirma que el “El derecho al asesoramiento y consejo es distinto del derecho a otorgar consentimiento médico y no se debe someter a ninguna limitación de edad”. CRC/C/GC/12, párr. 101.
- 112 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 8.
- 113 Observación General N° 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, CRC/C/GC/15, párr. 31.
- 114 Ley de Acceso Universal y Equitativo de Servicios de Planificación Familiar y su Integración en el Programa Nacional de Salud Reproductiva (Decreto 87/2005). Ver en especial arts. 3, 4, 9 y 10
- 115 El Comité reclamó que el Estado “garantice que la educación sobre salud sexual y reproductiva forme parte del plan de estudios escolar obligatorio, y que para su desarrollo se cuente con la participación de adolescentes de ambos sexos y se preste particular atención a la prevención de los embarazos precoces y las infecciones de transmisión sexual” y que “se asegure de que los adolescentes dispongan de información sobre los métodos de planificación familiar y los anticonceptivos modernos en formatos accesibles y en las lenguas indígenas”. CRC/C/GTM/CO/5-6, párr. 33.
- 116 Ver art. 137 del Código Penal.
- 117 CRC/C/GTM/CO/5-6, párr. 33.
- 118 Se contemplan las siguientes salidas alternativas: remisión, en los casos de delitos con penas inferiores a los tres años; conciliación, en los casos en que no haya violencia grave contra las personas; aplicación de principio de oportunidad, para hechos insignificantes o en los que la contribución del adolescente como partícipe fuera exigua y no se afecte el interés público.
- 119 El Comité recomendó al Estado que “revise su enfoque en relación con los niños en conflicto con la ley y:  
a) Vele por que la privación de libertad, en particular la



prisión preventiva, se evite en la medida de lo posible, eleve la edad mínima de dicha privación de libertad y la utilice como medida de último recurso y durante el período más breve posible, y la examine periódicamente con miras a retirarla; b) Establezca tribunales penales juveniles especializados en todo el país, en particular en las zonas alejadas y rurales; c) Lleve a cabo un examen de la legislación y los procedimientos relativos a la justicia juvenil a fin de evitar que los niños en conflicto con la ley sean trasladados por largos períodos desde las zonas alejadas hasta la ciudad de Guatemala antes de la celebración del juicio; d) Promueva medidas no judiciales para los casos de niños acusados de infracciones penales, como la mediación, la derivación o la imposición de sanciones no privativas de libertad, entre ellas la libertad vigilada, el apoyo psicosocial o los servicios a la comunidad, y redoble sus esfuerzos para aplicar medidas alternativas a la imposición de penas; e) Redoble sus esfuerzos para reducir el hacinamiento, facilitar programas socioeducativos y recreativos a los niños internados en centros de privación de libertad y promover la reintegración de esos niños en la sociedad.” CRC/C/GTM/CO/5-6, párr. 46.

120 Observación General nro. 10 (2007), “Los derechos del niño en la justicia de menores”, CRC/C/GC/10, párr. 33.

121 Decreto 8/2015.

122 Al cierre de este informe, se encontraba en trámite en el Congreso de la República la Iniciativa de “Ley del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia” (nro. 5285-17), que busca desarrollar un mecanismo de coordinación dirigido por una máxima autoridad nacional, y contempla la prestación de servicios en diferentes niveles territoriales, sujetándose a estándares internacionales. Esta iniciativa fue elaborada con el apoyo técnico de UNICEF.



# HONDURAS



© UNICEF/UN0217748/Bindra

## 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República de Honduras

La pirámide jurídica que se desprende de la Constitución Política de Honduras ubica a ésta en la cúspide, seguida de los tratados internacionales<sup>4</sup>, los que a su vez prevalecen sobre la ley interna<sup>5</sup>. Sin embargo, la Constitución también contiene una cláusula abierta de interpretación pro persona<sup>6</sup>, conducto por el cual se cuelan los tratados de derechos humanos, y una específica referencia al derecho de los NNyA a gozar “de la protección prevista en los acuerdos internacionales”<sup>7</sup>. Aunque este artículo se encuentra en el texto constitucional desde 1982, por lo que no puede asumirse que se refiera



Instrumento	
CDN	Jerarquía supralegal.
Reservas	No hizo.
Declaraciones	No hizo.
PF 1 <sup>1</sup>	Ratificado en 2002. Hizo una declaración en relación al art. 3 del Protocolo, señalando que de acuerdo a su legislación interna la edad mínima para el reclutamiento voluntario es de 18 años.
PF 2 <sup>2</sup>	Ratificado en 2002.
PF 3 <sup>3</sup>	No lo firmó.

*La Constitución hondureña dedica un capítulo específico a los derechos de los NNyA, lo que la destaca en el marco regional, especialmente considerando que en Centroamérica pocos países otorgan jerarquía constitucional a la Convención.*

específicamente a la Convención sobre los Derechos del Niño, igualmente ubica a ese tratado en un lugar privilegiado.

Además, la Constitución dedica un capítulo específico a los derechos de los NNyA, precisamente inaugurado por el artículo 119. Aunque con una terminología preconvenional, allí se reconocen muchos de los derechos que también están previstos en la Convención, como el derecho a la protección especial<sup>8</sup>, alimentación, educación y asistencia parental<sup>9</sup>, a la justicia especializada<sup>10</sup>, a la seguridad social, salud y recreación<sup>11</sup>, a la protección contra el abandono, la explotación y la trata<sup>12</sup>, a la cooperación de los medios de comunicación en su formación y educación<sup>13</sup> y a la prioridad en el auxilio o socorro<sup>14</sup>. Esta sección especial, indudablemente, destaca a la Constitución hondureña en el marco regional, especialmente considerando que en Centroamérica pocos países otorgan jerarquía constitucional a la Convención. A ello se agregan varios artículos que se refieren a los derechos de los NNyA en otras secciones.

Un lugar central ocupa el derecho a la educación, definida como función esencial del Estado, laica y fundada en los principios de la democracia<sup>15</sup>, y de carácter gratuito y obligatorio para un año de nivel pre-básico y en todos los niveles básico y medio<sup>16</sup>. Además, se dispone que “El Estado sostendrá y fomentará la educación de los minusválidos”<sup>17</sup> y se obliga a los propietarios de centros de producción en áreas rurales a sostener escuelas de educación básica para los hijos de los trabajadores<sup>18</sup>.

En materia laboral, también debe destacarse la protección constitucional para las mujeres embarazadas y puérperas -contemplándose

tácitamente el derecho a la lactancia materna<sup>19</sup>- y la expresa prohibición del empleo por debajo de los 16 años o para quienes sigan en la etapa de escolarización obligatoria, así como la prohibición del trabajo nocturno y la limitación de la jornada laboral para los menores de 17 años<sup>20</sup>.

En este mismo sentido, un artículo independiente dispone la protección por parte del Estado de “la familia, el matrimonio, la maternidad y la infancia”<sup>21</sup>. En el ámbito de la protección de las relaciones de familia, se consagra la igualdad entre los hijos<sup>22</sup>, “se autoriza la investigación de la paternidad”<sup>23</sup> y “se reconoce el derecho de adopción a las personas unidas por el matrimonio o la unión de hecho”<sup>24</sup>. Además, también relacionado con el derecho a la identidad, se establece que “Todo hondureño deberá ser inscrito en el Registro Nacional de las Personas”<sup>25</sup>.

En cuanto al derecho a la nacionalidad, la constitución sigue el principio de jus soli, reconociéndola a todos los nacidos en el territorio hondureño<sup>26</sup>, pero también contempla numerosas vías de adquisición de la nacionalidad por naturalización<sup>27</sup>. En definitiva, este derecho fundamental tiene un amplio reconocimiento en la Constitución. Sin embargo, no puede decirse lo mismo de la ciudadanía, que es concebida de un modo muy restringido, vinculada a los derechos políticos, excluyendo así a las personas menores de 18 años<sup>28</sup>.

Finalmente, vale la pena destacar que la Constitución contempla expresamente el nombramiento de procuradores que velen por la defensa de los NNyA<sup>29</sup>.

## 2. El Código de la Niñez y la Adolescencia. Leyes relacionadas.

Honduras sancionó el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) en 1996, en la primera oleada codificadora de la región. Si bien ha tenido una reforma sustantiva en 2013<sup>30</sup>, su núcleo se mantiene inalterado. El Código está organizado en tres libros: i. Los derechos y libertades de los NNyA; ii. Las medidas de protección, donde se incluye un extenso capítulo sobre el procedimiento penal para los adolescentes en conflicto con la ley; iii. Los aspectos institucionales y disposiciones transitorias.

### • El principio de interés superior de los NNyA

Entre sus disposiciones generales, el CNA reconoce el principio de interés superior, adecuadamente definido, con alcance para todas las medidas que tomen instituciones públicas o privadas. En cuanto a su faz procedimental, el CNA reclama que los NNyA sean oídos y que su opinión sea tenida en cuenta para determinar el interés superior en concreto. La faz interpretativa, en tanto, también es reconocida y complementada con una cláusula que define el carácter prevalente de los derechos de los NNyA en caso de conflicto con los derechos de terceros<sup>31</sup>. En igual sentido, un artículo independiente impone a las autoridades administrativas o judiciales resolver con preferencia los asuntos que involucren a los NNyA<sup>32</sup>.

Estas disposiciones se complementan con un tácito reconocimiento a la diversidad cultural, que contiene elementos de procedimiento e interpretación del interés superior,

pues se indica que “Los jueces y los funcionarios administrativos que conozcan de asuntos relacionados con uno o más niños tendrán en cuenta, al apreciar los hechos, los usos y costumbres prevalecientes en el medio social y cultural de que aquellos provengan” y que “En su caso, consultarán, además, a las autoridades tradicionales de la comunidad, cuyas recomendaciones tendrán en cuenta siempre que no sean contrarias a la ley y que no atenten contra el interés de los niños”<sup>33</sup>.

### • El derecho a la identidad

El derecho a la identidad es definido de una manera similar al artículo 8 de la Convención. Así, el CNA enuncia que “Todo niño tiene derecho a una nacionalidad, a su identidad personal, a poseer un nombre y apellido y a saber quiénes son sus padres”<sup>34</sup>. Además, se establece que “es obligación del padre, de la madre o de los representantes legales, inscribir al recién nacido en el Registro Nacional de las Personas”<sup>35</sup>, aunque lamentablemente no se garantiza la gratuidad de la inscripción ni se la define como un derecho de los NNyA<sup>36</sup>.

La reforma del año 2013, a su vez, introdujo un artículo específico que alude a la preservación de la identidad cultural de los NNyA que pertenecen a pueblos indígenas<sup>37</sup>.

La identidad de género, en cambio, no tiene ningún tipo de reconocimiento en la legislación hondureña, por lo que no se permite adecuar el nombre y la inscripción registral –ni de NNyA ni de adultos- a la autopercepción de género. Como se ha señalado al analizar la legislación similar en la mayoría de los países de la región, debe recordarse que la Corte IDH ha afirmado que el derecho a la identidad

*El CNA contempla la separación de los NNyA de sus familias como medida de protección cuando estos son “vulnerables al incumplimiento y violación de sus derechos”, por encontrarse en estado de abandono, carecer de atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básica, sean objeto de maltratos o corrupción, entre otras.*





de género ampara?" a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida" y que "debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación"<sup>38</sup>.

En este mismo sentido, aunque la Convención no alude directamente a la identidad cultural o a la identidad de género en sus artículos 8 y 9, el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos exige integrar esas definiciones con otras disposiciones de la Convención -como los arts. 2, 20 y 30-

## • El derecho a la familia

El CNA define como principio general que "Los niños no podrán ser separados de su familia natural sino sólo en las circunstancias especiales que determine la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos"<sup>39</sup>. Esas circunstancias se regulan en el propio Código en el capítulo referido a las medidas de protección, mientras que en el Código de Familia se ubican otras medidas que también implican la separación familiar, como las referidas a la pérdida de la patria potestad y a la adopción. Sobre este último asunto, recientemente se aprobó la "Ley Especial de Adopciones" (LEA), que modificó sustantivamente el marco normativo aplicable<sup>40</sup>.

El CNA contempla la separación de los NNyA de sus familias como medida de protección cuando estos son "vulnerables al incumplimiento y violación de sus derechos", por encontrarse en estado de abandono, carecer de atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas, sean objeto de maltratos o corrupción, entre otras<sup>41</sup>. Estas situaciones son definidas en el Código, lo que restringe su aplicación discrecional.

Además, adecuadamente, no solo se refrenda el carácter excepcional y provisional de las medidas que implican la separación familiar, sino también

se establece que deben aplicarse preferentemente medidas como la amonestación a los padres o representantes legales, atribución del cuidado a un pariente, el ingreso en una familia sustituta, quedando como última alternativa la institucionalización<sup>42</sup>.

Esto es regulado con más detalle en la nueva Ley Especial de Adopciones (LEA). Entre otros aspectos, esta ley modificó los artículos del CNA referidos a la declaración administrativa de abandono. Si bien con esta reforma se ampliaron las garantías de procedimiento, aún algunos derechos -como la asistencia letrada- deben preverse expresamente. En este sentido, se destaca que la autoridad administrativa dentro de los cinco días de haberse iniciado el procedimiento, se debe citar a una audiencia a los padres o responsables legales o en su defecto a cualquier persona a cuyo cuidado haya estado el NNyA. La asistencia a esta audiencia es obligatoria y la resolución que se tome con posterioridad es recurrible en sede administrativa.

Una vez firme la resolución que declara el abandono, debe ser elevada a la autoridad judicial juez competente para su revisión, en una audiencia a realizarse en un plazo máximo de tres días, en la que se debe dar intervención a los padres o representantes legales y garantizar el derecho de los NNyA a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta, considerando su edad y madurez<sup>43</sup>.

Sin embargo, se advierte que el CNA no prevé la asistencia letrada ni el derecho al recurso en sede judicial de los padres o representantes legales, así como tampoco se prevén medidas de verificación independientes a las dispuestas en sede administrativa. Debe tenerse presente que la revisión judicial a la que alude el artículo 9.1 de la Convención<sup>44</sup> no debe ser concebida como una mera formalidad destinada de ante mano a convalidar las actuaciones administrativas. Asimismo, interpretando esta disposición de la Convención, en las "Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños" expresamente se indica que "Toda decisión sobre la remoción de la guarda de un niño contra la voluntad de sus padres debe ser adoptada por la autoridad competente, de conformidad con las leyes y procedimientos aplicables y estar sujeta a revisión judicial, **garantizándose a los padres el derecho de recurso y el acceso a asistencia letrada adecuada**"<sup>45</sup>.

Como ya anticipamos, estas disposiciones deben ser analizadas en conjunto con las reglas que se fijan en el Código de Familia sobre la patria potestad y en la nueva Ley Especial de Adopciones.





© UNICEF Honduras/2012

Más allá de que el concepto mismo de patria potestad es cuestionable bajo el prisma de la Convención, por el alcance de este informe interesa reseñar los motivos que habilitan la suspensión o su pérdida. A diferencia de las medidas de protección previstas en el CNA, el Código de Familia regula esta cuestión con demasiada amplitud, dejando un margen muy grande para la discrecionalidad judicial. Así, entre otros motivos, se establece la pérdida de la patria potestad “Por las costumbres depravadas o escandalosas de ambos padres o de uno de ellos, severidad excesiva e irrazonable en el trato de los hijos, o abandono de éstos”<sup>46</sup>. Mientras el abandono, como vimos, está definido en el CNA, los demás elementos quedan abiertos a la discrecionalidad del intérprete.

También son cuestionables los incisos que establecen la pérdida de la patria potestad por la comisión de

dos delitos con penas superiores a tres años, por el “trastorno mental de los padres o de uno de ellos”<sup>47</sup> y por el divorcio y la nulidad del matrimonio. Estas disposiciones violan, según el caso, los derechos de las personas privadas de la libertad, de las personas con discapacidad<sup>48</sup> y de las personas divorciadas, así como lógicamente de los NNyA que se ven privados de su cuidado arbitrariamente. En cambio, adecuadamente, también se ha previsto la pérdida de la patria potestad “Por delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de cualquiera de sus hijos, cuando hubiere condena judicial”<sup>49</sup>.

Los artículos del Código de Familia referidos a la adopción, en tanto, fueron derogados por la Ley Especial de Adopciones, que ahora rige este tema de manera independiente<sup>50</sup>. Esta Ley mejoró notoriamente la adecuación normativa a la Convención y a las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”<sup>51</sup>. Entre otros aspectos, esta nueva Ley Especial de Adopciones:

- Organiza el sistema bajo el principio de subsidiariedad, según el cual “toda niña o niño debe ser criado por su familia de origen o su familia extendida” y “si esto no fuere posible o fuere contrario a su interés superior, procede en orden de prevalencia la adopción nacional e internacional”<sup>52</sup>.
- Define la institucionalización como última opción, debiendo priorizarse la integración con otro familiar o con una familia de protección temporal en caso de falta de cuidados parentales o que sea necesario disponer la separación familiar.
- Derogó las disposiciones que aún permitían fundar la adopción en la falta de recursos materiales de los padres.



- Prevé expresamente el deber de la autoridad administrativa (Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia) de informar las consecuencias sociales, psicológicas y legales de la adopción a aquellos padres o responsables legales que manifiesten su voluntad de dar un NNoA en adopción y la realización de una audiencia en sede judicial para verificar el carácter libre y voluntario del consentimiento.
- Prohíbe la adopción predeterminada<sup>53</sup>.
- Prevé expresamente el derecho de los NNoA a estar informados, ser oídos y participar durante todo el proceso adoptivo, tanto en sede judicial como administrativa y los reconoce formalmente como parte.
- Garantiza el derecho de los NNoA a “Conocer su historia de vida, conforme a su edad, grado de madurez y con el acompañamiento psicosocial adecuado”<sup>54</sup>.
- Centraliza la asignación de adopciones en la autoridad administrativa, debiendo respetarse los criterios de prevalencia definidos en la ley<sup>55</sup> y “la no separación de grupos de hermanas o hermanos y el origen étnico, salvo el interés superior del niño”<sup>56</sup>.
- A diferencia de la mayoría de los países de la región, adecuadamente se ha previsto la nulidad de las adopciones que no reúnan los requisitos legales o adolezcan de error, coacción o dolo, aunque se prevé un plazo de prescripción de la acción muy exiguo -de apenas 4 años-.

## • El derecho a la protección contra toda forma de violencia

La prohibición absoluta de castigos corporales en todos los ámbitos quedó incorporada al ordenamiento jurídico hondureño con la ya apuntada reforma del 2013, a través de la modificación del artículo 191 del Código de Familia<sup>57</sup>. Sin embargo, cabe apuntar que en sus últimas observaciones finales al Estado, el Comité manifestó su preocupación “por el elevado número de casos de maltrato denunciados en las familias, las escuelas y las instituciones, preocupación que se ve agravada por la falta de información consolidada, detallada y desglosada, en particular en lo que respecta a las niñas y los niños en situaciones

vulnerables”<sup>58</sup>. Por ello, es crucial también revisar el marco normativo que complementa esta prohibición del Código de Familia y que se relaciona directamente con su efectividad.

En este sentido, se advierte un vacío notorio en “Ley contra la Violencia Doméstica”<sup>59</sup>. A pesar de su nombre, en rigor, esta ley solo aborda la violencia ejercida contra las mujeres en el marco de una relación de pareja. Así, solo contempla algunas medidas referidas a los NNoA en el caso de que su madre sea víctima de violencia de género<sup>60</sup>, pero no contiene previsiones para los casos en los que aquellos son víctimas directas de violencia intrafamiliar.

Esta omisión tuvo una enmienda parcial al legislarse un procedimiento específico para la declaración testimonial de los NNoA en el proceso penal, a través de una reforma al Código Procesal Penal efectuada en 2015<sup>61</sup>. Allí no solo se definió que cuando sean convocados como testigos o víctimas de delitos contra la libertad e integridad física, psicológica y sexual o de hechos violentos deben declarar a través de una Cámara Gesell y con la facilitación de un profesional de la psicología, sino también que no deben ser convocados a nuevas declaraciones, siempre que se hayan respetado todas las garantías del procedimiento<sup>62</sup>.

En otro orden, en el 2008 Honduras aprobó la “Ley del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes” cuyo mandato comprende el examen periódico del trato dispensado a todas las personas privadas de la libertad y sometidas a cualquier clase de custodia. Por ende, se desprende que abarca tanto a los NNoA sometidos a institucionalización y como a los que son objeto de medidas privativas de la libertad en el marco del sistema de responsabilidad penal juvenil<sup>63</sup>. Asimismo, en su decreto reglamentario, se dispone que el Comité contra la Tortura<sup>64</sup> -creado en la misma ley-, durante su visita a los centros de privación de la libertad, debe verificar la existencia de niños en el lugar -entre otros grupos vulnerables-, a fin de identificar los riesgos específicos<sup>65</sup>.

Finalmente, corresponde apuntar que en la reforma efectuada en 2013, se incorporó al CNA la sanción de multa -de hasta dos salarios mínimos- para quien cause un maltrato a un NNoA, si no constituye un delito o una falta prevista en el Código Penal<sup>66</sup>.

- **El derecho a la protección contra la explotación y los abusos sexuales**

En este campo, el CNA no contiene mayores previsiones. Apenas se establece que el Estado debe proveer “atención médica, psicológica y/o psiquiátrica” a “todo niño o niña que resultare víctima de abuso sexual, explotación sexual en espectáculos pornográficos, turismo sexual, trata de personas, u otras prácticas sexuales ilegales”<sup>67</sup>.

Con relación a las normas penales, cabe señalar que de ella se desprende que la edad mínima para el consentimiento sexual es de 14 años<sup>68</sup>. Asimismo, un tipo penal independiente penaliza a quien mantiene relaciones sexuales consentidas con una persona mayor de 14 y menor de 18, si se vale de “confianza, jerarquía o autoridad”<sup>69</sup>, lo que presupone un vicio en el consentimiento. Este tipo penal puede cuestionarse por ser excesivamente abierto y no contemplar específicamente la diferencia de edad como un medio de aprovechamiento.

En segundo lugar, se advierte que hay muchas figuras penales superpuestas en relación a los delitos contra los NNyA, lo que no solo conspira contra el principio de legalidad de la ley penal sino que puede implicar la imposición de penas más leves por conductas muy gravosas. Un ejemplo claro lo constituye la figura del incesto agravado, que penaliza con 4 a 6 años de prisión el “acceso carnal con ascendientes o descendientes, entre hermanos, o en relación entre adoptante y adoptado, con madrastra o padrastro” cuando la víctima tenga entre 14 y 18 años<sup>70</sup>. Este tipo de conductas podrían ser abarcadas en el estupro, que contempla una pena de 6 a 8 años de prisión, o incluso con la violación agravada (con penas de 15 a 20 años), en tanto esta última

figura no exige que medie violencia o amenaza “cuando el sujeto activo esté encargado de la guarda o custodia de la víctima y se valga de su condición de autoridad para tener acceso a la misma”<sup>71</sup>.

Por otro lado, otros tipos penales adolecen de una deficiente técnica legislativa. Así, se advierte que se incorporó la figura de “hostigamiento sexual”, comprendiendo a quien “valiéndose de una situación de superioridad cause en la víctima represalias por rechazo de actos indecorosos realizados por medio de insinuaciones o solicitud de favores de carácter sexual para sí o para un tercero”, contemplándose una penalidad agravada cuando las víctimas sean niños y niñas<sup>72</sup>. Sin perjuicio de que se trata de una figura muy difícil de definir -y de que en el caso de NNyA este tipo de conductas podrían quedar desplazadas en la tentativa de figuras penales más graves como la violación-, el hecho típico lo constituye la represalia, en vez del hostigamiento propiamente dicho. Esto es especialmente preocupante en tanto en otro artículo se penaliza el “hostigamiento sexual utilizando medios electrónicos, de telecomunicación o tecnologías de la información”<sup>73</sup>, provocando que en rigor el grooming no esté adecuadamente tipificado, pues lo que se sanciona es la represalia y no el contacto electrónico con fines de abuso sexual infantil.

La “Ley contra la Trata de Personas”<sup>74</sup> requiere un análisis independiente. En primer lugar, es menester aclarar que -como corresponde a esta figura- su alcance no se limita a la protección contra la explotación sexual, sino que aborda también otras formas de explotación en general, como la laboral o económica y distintas prácticas que atentan contra la dignidad humana. De hecho, en la ley hondureña se transcribió la definición de trata de persona del contenida en

*El CNA prohíbe el trabajo insalubre o peligroso, definido en la misma norma, el “trabajo que afecte su moralidad” y el trabajo nocturno y establece jornadas laborales máximas diferenciadas según las edades. Asimismo, en el propio CNA se tipifica el delito de “explotación económica”. Sin embargo, el Código del Trabajo no se encuentra en total armonía con esta disposición.*



el artículo 3.a del Protocolo de Palermo.

En cuanto a los NNyA, se destaca que la ley reconoce entre sus principios generales al de interés superior y que especifica que éstos deben ser escuchados en todas las etapas del proceso<sup>75</sup>. En igual sentido, al definirse los derechos de las víctimas, se agrega que en el caso de los NNyA “se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades específicas resultantes de su condición de sujetos en pleno desarrollo de la personalidad” y “se procurará la reintegración a su núcleo familiar o comunidad, si así lo determina el interés superior y las circunstancias del caso”<sup>76</sup>. La ley también contempla la situación de las “personas dependientes y/o relacionadas con la víctima”, lo que abarca a los NNyA cuando sus padres son las víctimas directas de la trata<sup>77</sup>.

Otras definiciones relevantes de la ley en relación a los NNyA son las referidas a las distintas modalidades de la trata. Así, se ha comprendido a formas de trata como la adopción irregular<sup>78</sup> y el reclutamiento de NNyA para actividades criminales<sup>79</sup>. Vale la pena destacar este último elemento, pues en la legislación comparada de la región usualmente no integra la definición de la trata de personas, a pesar de estar previsto en Convenio sobre las peores formas del trabajo infantil<sup>80</sup> y la expresa recomendación de la Ley Modelo contra la Trata de Personas de UNODC<sup>81</sup>. En definitiva, se trata de una ley donde los derechos específicos de los NNyA están adecuadamente contemplados.

- **El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil**

A diferencia de la escasa atención que el CNA presta a la explotación sexual, el derecho a la protección contra la explotación económica es materia de una extensa sección que se inicia con la asunción del deber estatal de “formular políticas y elaborar, promover y ejecutar programas tendentes a la gradual abolición del trabajo de los niños”<sup>82</sup>.

Debe recordarse que la Constitución fija en 16 años la edad mínima de admisión al empleo, aunque permite que excepcionalmente se autorice el trabajo por debajo de esa edad cuando fuera indispensable para la subsistencia de los NNyA, de sus padres o de sus hermanos y siempre que ello no les impida cumplir con la educación obligatoria<sup>83</sup>. En el CNA se fija en 14

años la edad mínima para que se otorgue ese permiso excepcional<sup>84</sup>.

Además, como regla general, todo trabajo de los adolescentes -independientemente de su edad y actividad- requiere de un permiso emitido por las autoridades, “a solicitud de los padres, hermanos o del representante legal”<sup>85</sup>. Para conceder el permiso, las autoridades deben realizar “un estudio socio-económico y del estado físico y mental de los niños de que se trate” y verificar que “el niño no sufrirá perjuicio aparente, físico, moral o educativo por el ejercicio de la actividad”<sup>86</sup>. En este sentido, se advierte que el CNA no indica que el adolescente deba ser oído antes de que se otorgue el permiso, aunque ello se desprende de la regla general del principio de interés superior, reconocido ampliamente en el Código.

El CNA también prohíbe el trabajo insalubre o peligroso, definido en la misma norma<sup>87</sup>, el “trabajo que afecte su moralidad”<sup>88</sup> y el trabajo nocturno y establece jornadas laborales máximas diferenciadas según las edades<sup>89</sup>. Asimismo, en el propio CNA se tipifica el delito de “explotación económica”<sup>90</sup>.

Sin embargo, el Código del Trabajo no se encuentra en total armonía con estas disposiciones. De hecho, como regla general, allí se admite el empleo desde los 14 años<sup>91</sup>. A su vez, el Código del Trabajo exceptúa al trabajo doméstico de los descansos y las limitaciones horarias que rigen para las demás actividades<sup>92</sup>, lo que es especialmente preocupante en tanto no existe ninguna prohibición sobre el trabajo de los adolescentes en estas actividades y podría interpretarse que la obligación de escolarización se satisface permitiendo la asistencia a una escuela nocturna<sup>93</sup>. Esto es abiertamente incompatible con el “Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos” de la OIT, en tanto allí se dispone que todo Estado miembro “deberá adoptar medidas para asegurar que el trabajo efectuado por los trabajadores domésticos menores de 18 años pero mayores de la edad mínima para el empleo no los prive de la escolaridad obligatoria, ni comprometa sus oportunidades para acceder a la enseñanza superior o a una formación profesional”<sup>94</sup>. Sin embargo, lamentablemente, Honduras no ha ratificado este Convenio.

Otros artículos del Código de Trabajo que deben ser revisados son los que permiten el empleo de adolescentes de género masculino desde los 16 años en actividades relacionadas con la distribución de pornografía<sup>95</sup>, el empleo desde los 16 años -independientemente del género- a bordo de barcos<sup>96</sup>,



así como una confusa regla sobre el trabajo agrícola que podría implicar la legalización del empleo de NNyA, independientemente de su edad<sup>97</sup>.

En este sentido, en sus últimas observaciones finales, el Comité manifestó su preocupación “por la falta de armonización del Código de Trabajo con las normas internacionales, en particular el Convenio sobre la Edad Mínima, 1973 (núm. 138), de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la persistencia de las altas tasas de trabajo infantil y la incapacidad de la inspección del trabajo para detectar los casos de trabajo infantil”<sup>98</sup>. Asimismo, el Comité remarcó que la situación era especialmente grave “entre los niños indígenas y los niños de ascendencia africana”<sup>99</sup>.

### • El derecho a la educación

En virtud de una reforma efectuada en 2011<sup>100</sup>, la Constitución establece el carácter gratuito y obligatorio de la educación para un año de nivel pre-básico y en todos los niveles básicos y medios<sup>101</sup>. La “Ley Fundamental de Educación”<sup>102</sup>, sancionada en paralelo con aquella reforma, repite esa definición. Sin embargo, el CNA ha quedado desactualizado, pues allí aún se limita la obligatoriedad a la enseñanza primaria<sup>103</sup>.

Paradójicamente, solamente en el CNA se incluyen algunos derechos específicos de los NNyA -como el derecho a formar organizaciones estudiantiles o impugnar las evaluaciones<sup>104</sup>-, mientras que en la “Ley Fundamental de Educación” apenas se afirma de modo genérico que el Estado garantizará a los educandos “espacios de participación e iniciativa en su progresivo desarrollo académico” y a la comunidad educativa “el derecho a participar en la toma de decisiones que coadyuven

a la mejora continua del servicio de educación y a conocer los resultados del proceso educativo”<sup>105</sup>. Sin embargo, no se advierte que en la norma se hayan previsto mecanismos para garantizar en la práctica el derecho a participar de la gestión educativa.

Algo similar sucede con la educación multicultural e intercultural, que es reconocida dentro de los principios generales de la ley. Si bien se indica en la norma que una de las modalidades educativas es la educación para pueblos indígenas y afro-hondureños, organizada “en base al reconocimiento del carácter multilingüe y pluricultural de la Nación”<sup>106</sup>, no existen mayores precisiones sobre su ejecución ni se afirma expresamente como derecho de los NNyA pertenecientes a pueblos indígenas o afro-hondureños.

Del mismo modo, la ley reconoce como una de las modalidades educativas a la “educación para personas con capacidades diferentes o excepcionales”<sup>107</sup>, pero tampoco contiene disposiciones para garantizar el derecho de los NNyA con discapacidad a ser incluidos en el proceso educativo general. De hecho, el Comité ha señalado que “le preocupa que casi la mitad de los niños con discapacidad se vean privados de educación”<sup>108</sup>.

### • El derecho a la salud

En cuanto al derecho a la salud, el desarrollo legislativo es aún menor.

El CNA contiene numerosos artículos dirigidos a garantizar el acceso a los servicios médicos para los NNyA. Sin embargo, no se han reconocido sus derechos específicos en este ámbito. Así, no hay ninguna norma que garantice su derecho a ser informados y a recibir atención autónomamente



de sus padres o responsables legales ni a ser oídos o decidir sobre los tratamientos médicos a aplicárseles de acuerdo al principio de autonomía progresiva.

Por el contrario, por ejemplo, el CNA indica que el Estado debe adoptar “las medidas necesarias para que los alumnos de las escuelas y colegios públicos y privados sean sometidos a exámenes médicos y odontológicos preventivos”, cuyo resultado “sólo podrán ser conocidos por el profesional que los practicó, el director del centro educativo y por los padres o el representante legal”<sup>109</sup>. Sin pretender caer en una interpretación excesivamente literal de la norma y más allá de los loables objetivos de los exámenes preventivos, el artículo citado es ilustrativo del escaso respeto por los derechos de los NNyA, en tanto no se les ha reconocido el derecho a brindar –o no- su consentimiento para estas prácticas ni a ser informados sobre sus resultados.

En el mismo sentido, otro artículo indica que “Los centros de atención de la salud y los hospitales públicos están obligados a prestarle atención inmediata a los niños que la requieran en caso de emergencia, aún sin el consentimiento de sus padres o representantes legales”<sup>110</sup>. Una interpretación a contrariu sensu nos lleva a concluir que, fuera de este caso excepcional, no se reconoce el derecho de los NNyA a requerir atención médica de manera autónoma, sin el permiso de sus padres o representantes legales.

Este enfoque se ratifica al revisar el Código de Salud, donde no existe un abordaje específico de los derechos de los NNyA y, en rigor, tampoco se reconocen con amplitud los derechos de las personas adultas en el sistema de salud.

Como se ha señalado al revisar la legislación similar de otros países de la región<sup>111</sup>, aunque la cuestión referida a la delimitación de la madurez de los NNyA para brindar su consentimiento para un tratamiento médico es siempre un asunto problemático, el camino elegido por la legislación hondureña desatiende por completo los principios de autonomía progresiva y del interés superior del niño, que reclaman que al menos se tenga en cuenta su opinión<sup>112</sup>. Sobre este asunto, recientemente el Comité ha señalado sin ambages que “Las intervenciones y los tratamientos médicos deben contar con el consentimiento voluntario e informado del adolescente, con independencia de que se exija o no también el de un progenitor o representante legal”<sup>113</sup>.

La cuestión referida al acceso a la información en

relación a la salud, en cambio, es mucho menos compleja. Bajo el paradigma de la Convención, el derecho de los NNyA a recibir asesoramiento sin el consentimiento de sus padres no tiene relación con la edad en que puede autónomamente decidir sobre un tratamiento médico y no debe tener un límite de edad<sup>114</sup>. Así, se ha remarcado que es un derecho fundamental “cuando sus opiniones y/o intereses difieren de los de sus padres, o incluso se oponen a ellos: por ejemplo, en casos de malos tratos o descuido por parte de los padres u otros miembros de la familia”<sup>115</sup>. En su Observación General nº 15, el Comité indica con toda claridad que “De conformidad con la evolución de sus capacidades, los niños deben tener acceso a terapia y asesoramiento confidenciales, sin necesidad del consentimiento de sus padres o su custodio legal cuando los profesionales que examinen el caso determinen que ello redundaría en el interés superior del niño”<sup>116</sup>. Por ello, no puede más que reprocharse que ni si quiera se haya hecho esta distinción entre la información y el tratamiento médico. En definitiva, el desacople normativo de la legislación hondureña en materia de salud con la Convención -en especial con los artículos 1, 3, 5 y 24- es notorio.

Una mención especial debe realizarse sobre la salud sexual y reproductiva. Como lo ha hecho notar el Comité en sus últimas observaciones finales, en los planes de estudios de la enseñanza básica se ha omitido fijar contenidos sobre ésta. El CNA tampoco contiene ninguna referencia al derecho de los NNyA a acceder a información de este tipo.

En este sentido, el Comité también manifestó su preocupación por los altos niveles de embarazo adolescente y “por el hecho de que en ningún caso las niñas puedan tener acceso a los servicios de aborto, incluso en casos de violación o incesto y cuando su salud o su vida corren peligro, lo cual las coloca en la grave situación de recurrir al aborto clandestino a riesgo de perder la vida y de que se las penalice”<sup>117</sup>.

## • El sistema de responsabilidad penal adolescente

El último título del CNA se dedica a “La niñez infractora de la ley”<sup>118</sup>. Tal como lo sugiere su denominación, la edad mínima desde la que se establece la responsabilidad penal es de apenas 12 años, una de las más baja de la región. Aunque el sistema diferencia en tres grupos etarios -entre 12 y 13 años, entre 14

y 15 años y entre 16 y hasta los 18 años no cumplidos-, en todos ellos se admiten las medidas privativas de la libertad. Al respecto, el Comité ha señalado que “La fijación de la mayoría de edad penal a un nivel más alto, por ejemplo 14 o 16 años, contribuye a que el sistema de la justicia de menores, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías legales”<sup>119</sup>.

En segundo lugar, cabe advertir que si bien el sistema prevé diversas medidas alternativas a la institucionalización, su alcance es muy limitado. Por ejemplo, la prisión domiciliaria no puede exceder de 9 meses, la semi-libertad no puede disponerse por un plazo mayor a 8 meses y la ejecución condicional de la sanción privativa de la libertad solo procede cuando esta sea inferior a 2 años -entre otros requisitos-<sup>120</sup>.

Esto es especialmente preocupante considerando que las penas privativas de la libertad pueden prolongarse por hasta 8 años -en el caso de los mayores de 16 años-<sup>121</sup>. Este plazo es excesivamente prolongado y se ubica entre los más altos de la región, resultando incompatible con la brevedad que debiera tener este tipo de medidas, tal como lo ha hecho notar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>122</sup>. En el mismo sentido, el Comité ha reclamado que el Estado “promueva medidas sustitutivas de la privación de libertad, siempre que sea posible, y vele por que la privación de la libertad sea la medida de último recurso, tenga la duración más corta posible y efectivamente se revise con carácter periódico con miras a eliminarla”<sup>123</sup>.

En efecto, aunque el CNA afirma que “La Privación de Libertad en

un Centro estatal Especializado o certificado por el Instituto Hondureño de la Niñez y la Familia (IHNFA) es de carácter excepcional” y admite su aplicación solo cuando se trate de delitos dolosos graves con una pena mínima superior a 8 años y a su vez “se trate de una conducta realizada mediante grave amenaza o violencia hacia las personas, la vida, la libertad individual, la libertad sexual, robo agravado y tráfico de estupefacientes”<sup>124</sup>, las elevadas penas previstas en el Código Penal -especialmente para los dos últimos grupos de delitos señalados- implican que en los hechos se transforme en una medida habitual.

En este sentido, debe destacarse que el Código Penal contiene un tipo penal de “asociación ilícita” excesivamente abierto<sup>125</sup>, con penas mínimas de 20 años de prisión, en virtud del cual numerosos adolescentes pretendidamente vinculados a las “maras” son privados de la libertad. Distintos organismos del Sistema Interamericano y Universal de Derechos Humanos han reclamado la revisión de esta norma por más de una década<sup>126</sup>, sin que hasta la fecha se hayan concretado cambios.

Por otro lado, aunque el CNA prevé garantías durante la ejecución de las sanciones -como la prohibición absoluta de la incomunicación, medidas de aislamiento o castigo físico<sup>127</sup>- se advierte que se ha omitido indicar que los adolescentes que cumplen medidas cautelares privativas de la libertad deban estar separados de aquellos que cumplen una sanción<sup>128</sup>. Del mismo modo, tampoco se impone taxativamente la separación según grupos etarios<sup>129</sup>.







### 3. Recomendaciones

Honduras fue uno de los primeros países de la región en adoptar un Código con los derechos de los NNyA. Como es característico de los Códigos adoptados durante la primera década de la vigencia de la Convención, algunas de sus disposiciones parecen insuficientes en relación a los criterios que el Comité ha fijado en las últimas dos décadas en sus Observaciones Generales. Sin embargo, en el año 2013, la llamada “Reforma integral en Familia y Niñez”<sup>130</sup> actualizó muchas disposiciones del CNA, del Código de Familia y del Código Penal, entre otras normas, produciendo un buen balance en su adecuación a la Convención. El último hito en ese recorrido lo constituye, sin dudas, la prohibición absoluta del matrimonio para las personas menores de 18 años<sup>131</sup>. Así las cosas, en líneas generales, son pocas las normas incompatibles con la Convención, aunque en todos los campos pueden hacerse mejoras sustantivas.

En el terreno del derecho a la identidad, como vimos, el CNA establece que la inscripción del nacimiento es una obligación de los padres. Esto debe complementarse con otros artículos que prevean mecanismos sencillos y ágiles para efectuar el registro y contemple específicamente la situación de los NNyA que no son oportunamente inscriptos. Por eso, es importante que la ley afirme con claridad que –además de una obligación de los padres– la inscripción del nacimiento y la obtención de los documentos pertinentes es un derecho de los NNyA. Además, resulta conveniente incorporar la gratuidad de la inscripción en el CNA –hoy prevista exclusivamente en la Ley del Registro Nacional de las Personas–, garantizando que no se impongan multas por las inscripciones tardías. Asimismo, al igual que la

mayoría de los países de la región, resulta necesario revisar este marco normativo para permitir a los NNyA adecuar su nombre y sus documentos a su identidad de género autopercibida, conforme al principio de autonomía progresiva.

A pesar del gran avance que constituye la nueva Ley Especial de Adopciones, algunas cuestiones vinculadas a esta medida aún pueden mejorarse, especialmente en el Código de Familia. En primer lugar debe restringirse fuertemente los artículos que se refieren a la pérdida de la patria potestad. Algunos de los supuestos actualmente previstos son incompatibles con la Convención: no puede admitirse que los NNyA sean separados de sus padres exclusivamente por su condición de salud mental o por ser condenados a penas de prisión por delitos que no perjudiquen a NNyA. Otros supuestos, como vimos, son excesivamente amplios y abiertos a la discrecionalidad judicial. En todos los casos, debe garantizarse con claridad que los padres o representantes legales que son separados de los NNyA cuenten con asistencia letrada y con el derecho al recurso en sede judicial, así como que la autoridad judicial realice una verificación independiente de la efectuada por la autoridad administrativa sobre los motivos que justifican la separación familiar.

En segundo lugar, en relación a la nueva Ley Especial de Adopciones, es conveniente que se fortalezca el carácter subsidiario de las medidas que impliquen la institucionalización durante el proceso pre-adoptivo. En especial es recomendable disponer la revisión periódica de este tipo de medidas y fijar un plazo máximo de duración. Además, si bien la ley prevé el derecho de los NNyA a ser oídos, es recomendable exigir su consentimiento para todo tipo de medidas conforme al principio de

---

*El campo más específico de la protección contra la violencia sexual exige la revisión de los tipos penales referidos a los NNyA. Mientras algunas figuras penales se superponen, otras prácticas de carácter sexual contra NNyA no están adecuadamente tipificadas, como el grooming.*

---



autonomía progresiva. Del mismo modo, el derecho de los NNyA adoptados a conocer su origen debe fortalecerse disponiéndose expresamente el deber de conservar todos los expedientes administrativos y judiciales vinculados a la adopción, sin plazo.

El marco normativo de protección contra la violencia también reclama un mayor desarrollo. Si bien los castigos corporales están prohibidos en todos los ámbitos, resulta necesario prever medidas para proteger los derechos de los NNyA cuando son víctimas de estos o sufren otras formas de violencia. En ese sentido, es indispensable ampliar el ámbito de aplicación de la “Ley contra la Violencia Doméstica” y atender específicamente a la violencia ejercida de manera directa contra los NNyA. La legislación sobre educación y sobre salud también puede ser revisada desde esta perspectiva, garantizando la continuidad escolar de los NNyA víctimas de violencia intrafamiliar y a su vez facultándolos legalmente a recibir asistencia médica de manera confidencial, entre otras medidas.

El campo más específico de la protección contra la violencia sexual exige la revisión de los tipos penales referidos a los NNyA. Mientras algunas figuras penales se superponen, otras prácticas de carácter sexual contra NNyA no están adecuadamente tipificadas, como el grooming. En este terreno también es necesario que la ley penal diferencie las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes de similar edad y aquellas que involucran adultos. Actualmente -en virtud de la baja edad de responsabilidad penal- los adolescentes de 14 años que tengan relaciones con otros de apenas unos meses menos -por ejemplo de 13 años- se exponen a una condena por violación, mientras que los adultos que tengan relaciones con adolescentes mayores de 14 años solo serían autores del delito de estupro en la medida en que se hubieran aprovechado de su “confianza, jerarquía o autoridad”<sup>132</sup>. Por ello, es recomendable revisar estos tipos penales excluyendo la punibilidad de los adolescentes de similar edad y a la vez penalizar las relaciones sexuales de adultos con adolescentes cuando la diferencia de edad fuera apreciable.

La protección contra la explotación económica, en tanto, reclama que el Código del Trabajo se armonice con el CNA, donde las medidas sobre los NNyA son más protectorias. Además, conforme se expuso en el apartado anterior, los artículos 134, 199 y 239 del Código del Trabajo son incompatibles con la Convención y deben ser revisados o derogados.

También es necesario que Honduras ratifique el Convenio 189 de la OIT referido al empleo doméstico.

Por el contrario, en el campo del derecho a la educación, es el CNA el que debe ser armonizado con la legislación específica del sector -Ley Fundamental de Educación-, especialmente en relación a la escolarización obligatoria. Además, en las dos normas es conveniente prever mecanismos específicos para garantizar algunos derechos que se afirman de modo genérico, como el derecho a la participación en la gestión educativa y a la educación multicultural. También es necesario garantizar legalmente el derecho a la educación sexual integral.

Precisamente en el campo del derecho a la salud, como vimos, también se requiere una amplia revisión del marco normativo para que los NNyA puedan acceder a información y consultas médicas de manera independiente de sus padres o responsables legales, así como que puedan decidir sobre las prácticas médicas de acuerdo al principio de autonomía progresiva. Entre estas últimas, tal como ha reclamado el Comité, es necesario revisar la penalización absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo, que implica la criminalización de niñas y adolescentes -aún aquellas víctimas de violación- y las priva de asistencia médica adecuada.

En cuanto al sistema de responsabilidad penal adolescente, es indispensable revisar las normas que impactan directamente en la privación de la libertad de numerosos adolescentes. En este sentido, es necesario elevar la edad mínima de responsabilidad penal, a la vez que reducir las penas máximas de prisión y ampliar las medidas alternativas a la privación de la libertad y las salidas diversas del proceso. Igualmente, resulta impostergable modificar el artículo 332 del Código Penal referido al delito de “asociación ilícita”, en virtud del cual son criminalizados con penas excesivamente graves los adolescentes presuntamente vinculados a las “maras”.

Finalmente, es recomendable que Honduras ratifique el Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones de la Convención y que le otorgue a esta jerarquía constitucional.

### Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 Los tratados internacionales que afecten una disposición constitucional deben ser aprobados por el procedimiento que rige la reforma de la Constitución, modificando simultáneamente en el mismo sentido el precepto constitucional afectado (art. 17).
- 5 Art. 18 CPH: "En caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley, prevalecerá el primero."
- 6 Art. 63 CPH: "Los derechos y garantías que establece la Constitución, no se entenderán como negación de otros derechos y garantías que nacen de la dignidad del hombre".
- 7 Art. 119 CPH: "El Estado tiene la obligación de proteger a la infancia. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Las leyes de protección a la infancia son de orden público y los establecimientos oficiales destinados a dicho fin tienen carácter de centros de asistencia social."
- 8 A la referencia al deber estatal de protección de la infancia contenida en el art. 119 ya citado, se agrega en el art. 120: "Los menores de edad, deficientes física o mentalmente, los de conducta irregular, los huérfanos y los abandonados, están sometidos a una legislación especial de rehabilitación, vigilancia y protección según el caso."
- 9 Art. 121 CPH: "Los padres están obligados a alimentar, asistir y educar a sus hijos durante su minoría de edad, y en los demás casos en que legalmente proceda. El Estado brindará especial protección a los menores cuyos padres o tutores estén imposibilitados económicamente para proveer a su crianza y educación. Estos padres o tutores gozarán de preferencia, para el desempeño de cargos públicos en iguales circunstancias de idoneidad."
- 10 Art.122 CPH: "La Ley establecerá la jurisdicción y los tribunales especiales que conocerán de los asuntos de familia y de menores. No se permitirá el ingreso de un menor de dieciocho (18) años a una cárcel o presidio."
- 11 Art. 123 CPH: "Todo niño deberá gozar de los beneficios de la seguridad social y la educación. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, para lo cual deberá proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales desde el período prenatal, teniendo derecho de disfrutar de alimentación, vivienda, educación, recreo, deportes y servicios médicos adecuados."
- 12 Art.124 CPH: "Todo niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá trabajar antes de una edad mínima adecuada, ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud, educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral. Se prohíbe la utilización de los menores por sus padres y otras personas, para actos de mendicidad. La ley señalará las penas aplicables a quienes incurran en la violación de este precepto."
- 13 Art. 125 CPH: "Los medios de comunicación deberán cooperar en la formación y educación del niño." En el mismo sentido, el art. 75 dispone: "La Ley que regule la emisión del pensamiento, podrá establecer censura previa, para proteger los valores éticos y culturales de la sociedad, así como los derechos de las personas, especialmente de la infancia, de la adolescencia y de la juventud". Adviértase que esta admisión de la censura previa tiene una formulación mucho más amplia que la que autoriza la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13.4).
- 14 Art. 126 CPH: "Todo niño debe en cualquier circunstancia, figurar entre los primeros que reciban auxilio, protección y socorro."
- 15 Art. 151 CPH: "La educación es función esencial del Estado para la conservación, el fomento y difusión de la cultura, la cual deberá proyectar sus beneficios a la sociedad sin discriminación de ninguna naturaleza. La educación nacional será laica y se fundamentará en los principios esenciales de la democracia, inculcará y fomentará en los educandos profundos sentimientos hondureños y deberá vincularse directamente con el proceso de desarrollo económico y social del país."
- 16 Art. 171 CPH: "La educación impartida será gratuita y obligatoria. Por una un año en el nivel pre- básico y en su totalidad en los niveles básico y medio, totalmente costeados por el Estado, quien establecerá los mecanismos de compulsión para hacer efectiva esta disposición". Reformado por Decreto 273-2011, Ratificado por Decreto 232-2012.
- 17 Art. 169 CPH.
- 18 Art. 167 CPH: "Los propietarios de fincas, fábricas y demás centros de producción en áreas rurales, están obligados a establecer y sostener escuelas de educación básica, en beneficio de los hijos de sus trabajadores permanentes, siempre que el número de niños de edad escolar exceda de treinta (30) y en las zonas fronterizas exceda de (20) veinte."
- 19 Art. 128.11 CPH: "La mujer tiene derecho a descanso antes y después del parto, sin pérdida de su trabajo ni de su salario. En el período de lactancia tendrá derecho a un descanso por día para amamantar a sus hijos. El patrono no podrá dar por terminado el contrato de trabajo de la mujer grávida ni después del parto, sin comprobar previamente una causa justa ante juez competente, en los casos y condiciones que señale la ley."
- 20 Art. 128.7 CPH: "Los menores de (16) diez y seis años y los que hayan cumplido esa edad y sigan sometidos a la enseñanza en virtud de la legislación nacional, no podrán ser ocupados en trabajo alguno. No obstante, las autoridades de trabajo podrán autorizar su ocupación cuando lo consideren indispensable para la subsistencia de los mismos, de sus padres o de sus hermanos y siempre que ello no impida cumplir con la educación obligatoria; Para los menores de (17) diecisiete años la jornada de trabajo que deberá ser diurna, no podrá exceder de (6) seis horas diarias ni de (30) treinta a la semana, en cualquier clase de trabajo."
- 21 Art. 111 CPH.
- 22 Art. 114 CPH: "Todos los hijos tienen los mismos derechos y



- deberes. No se reconocen calificaciones sobre la naturaleza de la filiación. En ningún registro o documento referente a la filiación se consignará declaración alguna diferenciando los nacimientos ni señalando el estado civil de los padres.”
- 23 Art. 115 CPH.
- 24 Art. 116 CPH. Este artículo también prohíbe “dar en adopción niños o niñas a matrimonios o uniones de hecho conformados por personas del mismo sexo”. Esta prohibición merece cuestionarse desde el enfoque del derecho internacional de los derechos humanos, pues confronta claramente con el derecho a formar una familia y la prohibición de discriminación, pero su análisis más detallado excede el alcance de este informe.
- 25 Art. 39 CPH.
- 26 Art. 22 y 23 CPH.
- 27 Art. 24 CPH.
- 28 Art. 35 CPH: “Son ciudadanos todos los hondureños mayores de (18) dieciocho años.”
- 29 Art. 83 CPH: “Corresponde al Estado nombrar procuradores para la defensa de los pobres y para que velen por las personas e intereses de los menores e incapaces. Darán a ellos asistencia legal y los representarán judicialmente en la defensa de su libertad individual y demás derechos.”
- 30 Decreto 35-2013. En esa oportunidad también se modificaron disposiciones relevantes sobre asuntos concernientes a los NNyA del Código de Familia, Código Civil, Código Penal y de la Ley contra la Violencia Doméstica.
- 31 Art. 5 CNA in fine: “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños y niñas frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.
- 32 Art. 10 CNA: “La autoridades administrativas y judiciales resolverán con preferencia a cualesquiera otros los asuntos relacionados con la niñez, excepto, en el caso de las segundas, los que tengan que ver con la acción de exhibición personal o habeas corpus.”
- 33 Art. 7 CNA.
- 34 Art. 29 CNA. De modo muy valioso, se agrega que “Estos derechos son imprescriptibles”.
- 35 Art. 30 CNA.
- 36 De todos modos, la Ley del Registro Nacional de las Personas dispone la gratuidad de todas las inscripciones (arts. 13 y 37, Decreto 62/2004).
- 37 Art.31-B6 CNA. “Quedan garantizados los derechos de los (las) niños (as) que pertenecen a pueblos étnicos o indígenas, miembros de pueblos indígenas o afrohondureños o a minorías religiosas o lingüísticas, entre otros a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propia lengua, en armonía con su entorno cultural, con los demás preceptos y principios establecidos en el presente código, la Constitución de la República y en la Convención sobre los Derechos del Niño.”
- 38 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 25 de noviembre de 2017, párr. 154. “En el mismo sentido, el Comité ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente” (Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34). Ver también “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género,” “Principios de Yogyakarta”, en cuyo preámbulo se afirma que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”.
- 39 Art. 57 CNA.
- 40 Decreto 102/2018.
- 41 Art. 139 CNA.
- 42 Art. 150 CNA.
- 43 Arts. 147.B y 147.C.
- 44 Art. 9.1 CDN “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”.
- 45 A/RES/64/142, párr. 46. El destacado es propio.
- 46 Art. 200.1 Código de Familia. En similar sentido, el art. 201 establece la suspensión de la patria potestad por “Ebriedad habitual o uso indebido de drogas heroicas y estupefacientes”.
- 47 Art. 200.4 Código de Familia.
- 48 Cfr. Art. 23 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En el mismo sentido, en las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños” se indica que “Debería ponerse especial empeño en la lucha contra la discriminación basada en cualquier condición del niño o de los padres, en particular (...) la discapacidad mental o física, el VIH/SIDA u otras enfermedades graves, tanto físicas como mentales, (...) y todas las demás condiciones y circunstancias que pueden dar lugar a la renuncia a la patria potestad, al abandono del niño y/o a la remoción de su guarda” A/RES/64/142, párr. 9.
- 49 Art. 200.2 Código de Familia.
- 50 Debe apuntarse que en el año 2013 se había hecho una importante reforma a los artículos del Código de Familia sobre adopciones, pero aún persistían normas dispersas e incompatibles con la Convención (Decreto 35-2013).
- 51 A/RES/64/142, párr. 14.
- 52 Art. 5 LEA.
- 53 Art. 5 LEA: “Adopción Predeterminada: Es aquella adopción en la cual se predetermina, anticipa o favorece con actos directos o indirectos, preparatorios o definitivos, la asignación en adopción de una niña o niño, la cual no es permitida en Honduras.”
- 54 Art. 7.2 LEA.
- 55 De acuerdo al art. 5, la adopción prioritaria “Es aquella adopción de niñas o niños que por aspectos especiales



- relacionados a condiciones médicas específicas, físicas o mentales debidamente acreditadas, pertenencia a grupos de hermanos o etarios u origen étnico, les colocan en condiciones de prevalencia de adopción para el Estado de Honduras, en función de su interés superior.” A su vez, “tienen prioridad para adoptar, las o los solicitantes que tengan coincidencia con las niñas o niños, de origen étnico; los adoptantes nacionales sobre los extranjeros; la o el solicitante hondureño casado con una o un solicitante extranjero sobre la designación de una o un solicitante extranjero; y, la o el solicitante extranjero que reside en Honduras sobre la designación de una o un solicitante extranjero que reside fuera del país.” (Art. 5 LEA).
- 56 Art. 33.2 LEA.
- 57 Art. 191 Código de Familia: “Los padres en el ejercicio de la patria potestad tienen el derecho de ejercer la orientación, cuidado y corrección de sus hijos, e impartirles en consonancia con la evolución de sus facultades físicas y mentales, la dirección y orientación que sea apropiada para su desarrollo integral. Queda prohibido a los padres y a toda persona encargada del cuidado personal, crianza, educación, tratamiento y vigilancia, sean éstas de manera temporal o definitiva, utilizar el castigo físico o cualquier tipo de trato humillante, degradante, cruel e inhumano, como forma de corrección o disciplina de niños, niñas o adolescentes. El Estado, a través de sus instituciones competentes, garantizará: a) La ejecución de programas de sensibilización y educación dirigidos a los padres, así como a toda persona encargada del cuidado, tratamiento, educación o vigilancia de los niños, niñas y adolescentes, tanto a nivel nacional como local; y, b) La promoción de formas de disciplina positivas, participativas y no violentas que sean alternativas al castigo físico y otras formas de trato humillante.”
- 58 CRC/C/HND/CO/4-5, párr. 41.
- 59 Decreto No. 132/97, reformado por Decreto 250-2005 y Decreto 35-2013.
- 60 Por ejemplo, en la definición de “violencia psicológica” se incluye a título ejemplificativo que esta comprende conductas como “explotar o amenazar con el alejamiento de los (as) hijos(as)” (art. 5), y como medidas de seguridad y cautelares se dispone que el Instituto Nacional de la Mujer debe “establecer albergues temporales y casas refugio, a fin de brindar protección inmediata a las mujeres afectadas por violencia doméstica y a sus hijos e hijas dependientes” y los juzgados intervinientes deben “Establecer la guarda y cuidado provisional, de los hijos e hijas menores de edad a cargo de la afectada” (art. 6).
- 61 Decreto 22/2015.
- 62 Art. 237.A, 277 y 311 Código Procesal Penal (t.o. Decreto 22-2015).
- 63 Decreto 136/2008.
- 64 Comité Nacional de Prevención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (CONAPREV).
- 65 Art. 14 Acuerdo MNP CONAPREV O1. Publicado en “La Gaceta” el 19/10/2011.
- 66 Art. 173 CNA.
- 67 Art. 173 CNA.
- 68 Art. 140 y 141 CP.
- 69 Art. 142 CP. Se trata del delito de estupro.
- 70 Art. 143 CP.
- 71 Art. 140.4 CP.
- 72 Art. 147.A CP.
- 73 Art. 147.C.
- 74 Decreto 59/2012.
- 75 Art. 3 Decreto 59/2012: “7) Principio de participación y de información: Las opiniones y las necesidades específicas de las personas víctimas deben ser tomadas en consideración cuando se tome cualquier tipo de decisión que concierna a sus intereses. En el caso de los niños, niñas y adolescentes el derecho de expresión debe ser garantizado en todas las etapas del proceso, atendiendo siempre a su interés superior; 8) Interés superior del niño y la niña: En todas las acciones que se adopten en relación con los Niños y las Niñas, el interés superior del niño o la niña debe ser la principal consideración, garantizando su correcta reintegración en la sociedad, a través del ejercicio, disfrute y restitución de los derechos lesionados, reconociendo a la persona menor de dieciocho (18) años como titular de derechos y favoreciéndola en las decisiones que se tomen...”
- 76 Art. 25 Decreto 59/2012.
- 77 Art. 6.13 Decreto 59/2012.
- 78 Art. 6.11 Decreto 59/2012: “Adopción irregular: Se produce cuando la adopción es equiparable a una venta, es decir el caso en que los niños, niñas o adolescentes hayan sido sustraídos, secuestrados o entregados en adopción con o sin el consentimiento de sus padres, tutores o familiares.”
- 79 Art. 6.12 Decreto 59/2012: “Reclutamiento de personas menores de 18 años para actividades criminales: Es el uso de niños(as) en las actividades del Crimen Organizado, según lo define el convenio de Palermo.”
- 80 Convenio nro. 182 OIT, ver art. 3.C.
- 81 Ver art.8.3 de la “Ley modelo contra la trata de personas”: “Si la otra persona mencionada en el apartado a) del párrafo 1 es un niño, la explotación debe incluir también: a) El empleo [la obtención o el ofrecimiento de un niño] para actividades ilícitas o delictivas [incluido el tráfico o la producción de drogas y la mendicidad];”. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Ginebra, 2010.
- 82 Art. 114 CNA.
- 83 Art. 128.7 CRH.
- 84 Art. 120 CNA.
- 85 Art. 119 CNA.
- 86 Art. 119 CNA.
- 87 Art. 122 CNA.
- 88 Art. 123 CNA “Queda prohibido a los niños menores de dieciocho (18) años todo trabajo que afecte su moralidad. En especial les está prohibido el trabajo en casas de lenocinio y demás lugares de diversión donde se consuman bebidas alcohólicas. Es también prohibida su contratación para la reproducción de escenas pornográficas.”
- 89 Art. 125 CNA: “La duración máxima de la jornada de trabajo de los niños estará sujeta a las reglas siguientes: a) El mayor de catorce (14) años y menor de dieciséis (16) sólo podrá realizar trabajos en jornadas que no excedan de cuatro (4) horas diarias. b) El mayor de (16) años y menor de dieciocho (18) sólo podrá trabajar en jornadas que no excedan de seis (6) horas diarias; y, c) Queda prohibido el trabajo nocturno para los niños trabajadores. No obstante, los mayores de dieciséis (16) años y menores de diez y ocho (18) podrán ser autorizados



- para trabajar hasta las ocho (8) de la noche siempre que con ello no se afecte su asistencia regular a un centro docente ni se cause perjuicio a su salud física y moral.”
- 90 Art. 134 CNA: “Incurrirán en el delito de explotación económica y serán sancionados con reclusión de tres (3) a cinco (5) años: a) Quien haga trabajar a un niño durante jornadas extraordinarias o durante jornadas nocturnas. b) Quien obligue a un niño a trabajar por un salario inferior al mínimo. c) Quien promueva, incite o haga que un niño realice actividades deshonestas tales como la prostitución, la pornografía, la obscenidad y la inmoralidad.”
- 91 Art. 32 Código del Trabajo: “Los menores de catorce (14) años y los que habiendo cumplido esa edad, sigan sometidos a la enseñanza en virtud de la legislación nacional, no podrán ser ocupados en ninguna clase de trabajo. Las autoridades encargadas de vigilar el trabajo de estos menores podrán autorizar su ocupación cuando lo consideren indispensable para la subsistencia de los mismos, o de sus padres o hermanos, y siempre que ello no impida cumplir con el mínimo de instrucción obligatoria.”
- 92 Art. 154 Código del Trabajo: “Al trabajo de los domésticos no se aplicarán las disposiciones sobre días de descanso, feriados o de fiesta nacional, pero gozarán de un descanso absoluto de diez (10) horas diarias, de las cuales por lo menos ocho (8) han de ser nocturnas y continuas, y dos (2) deben destinarse a las comidas. Durante los días feriados o de fiesta nacional que este Código indica deben forzosamente disfrutar de un descanso adicional de seis (6) horas y tendrán derecho a un (1) día de descanso remunerado por cada seis (6) de trabajo.”
- 93 Art. 155 Código del Trabajo: “El trabajador doméstico tiene derecho a que su patrono le dé oportunidad para asistir a la escuela nocturna.”
- 94 Art. 4 Convenio 189 OIT.
- 95 Art. 134 Código del Trabajo: “Se prohíbe ocupar a los varones menores de dieciséis (16) años y a las mujeres menores de edad, en la redacción, reparto o venta de impresos, reclamos, dibujos, grabados, pinturas, emblemas o imágenes, que puedan estimarse contrarios a la moral o a las buenas costumbres.”
- 96 Art. 239 Código del Trabajo: “Los menores de dieciséis (16) años de edad no podrán prestar servicios a bordo de ningún barco. Se exceptúan los alumnos de los buques escuelas aprobados y vigilados por la Secretaría de Educación Pública.”
- 97 Art. 199 Código del Trabajo: “Todo trabajo agrícola o ganadero desempeñado por mujeres o menores de edad con anuencia del patrono da el carácter a aquéllas o a éstos de trabajadores agrícolas, aunque a dicho trabajo se le atribuya la calidad de coadyuvante o complementario de las labores que ejecute el trabajador agrícola jefe de la familia. En consecuencia, estos trabajadores agrícolas se consideran vinculados al expresado patrono por un contrato de trabajo.”
- 98 CRC/C/HND/CO/4-5, párr. 79.
- 99 CRC/C/HND/CO/4-5, párr. 77.
- 100 Art. 171 CRH, reformado por Decreto 273/2011, ratificado por Decreto 232/2012.
- 101 El nivel medio abarca como edades de referencia de los 15 a los 17 años.
- 102 Decreto 262/2011.
- 103 Art. 36 CNA.
- 104 Art. 35 CNA.
- 105 Art. 11 Ley Fundamental de Educación.
- 106 Art. 27 Ley Fundamental de Educación.
- 107 Art. 27 Ley Fundamental de Educación.
- 108 CRC/C/HND/CO/4-5, párr. 58.
- 109 Art. 19.E CNA. Ver en similar sentido art. 13 del Código de Salud (Decreto 65/91).
- 110 Art. 22 CNA.
- 111 V.gr. Chile, Guatemala, El Salvador, Paraguay, entre otros.
- 112 En cualquier caso, debe advertirse que en las Orientaciones generales para los informes periódicos, el Comité indica a los Estados que deben proveer información sobre la edad mínima para el tratamiento médico o las intervenciones quirúrgicas sin el consentimiento de los padres (párrafo 24).
- 113 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 39.
- 114 Véase, por todos, la Observación General nro. 12 del Comité, sobre derecho del niño a ser oído, donde con toda contundencia se afirma que el “El derecho al asesoramiento y consejo es distinto del derecho a otorgar consentimiento médico y no se debe someter a ninguna limitación de edad”. CRC/C/GC/12, párr. 101.
- 115 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 8.
- 116 Observación General N° 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, CRC/C/GC/15, párr. 31.
- 117 CRC/C/HND/CO/4-5, párr. 64.
- 118 Título III CNA.
- 119 Observación General nro. 10 (2007), “Los derechos del niño en la justicia de menores”, CRC/C/GC/10, párr. 33.
- 120 Ver arts. 202, 203 y 206 CNA.
- 121 Artículo 205 CNA: “La privación de libertad en un centro estatal especificado o certificado por el Instituto Hondureño de la Niñez y la Familia (IHNFA), se ajustará a las reglas especiales siguientes: a) Cuando la edad del infractor oscile entre dieciséis (16) y los dieciocho (18) años no cumplidos, la privación de libertad no podrá ser inferior a seis (6) meses ni exceder los ocho (8) años; b) Cuando la edad del infractor oscile entre catorce (14) y quince (15) años, la privación de libertad no podrá ser inferior a cuatro (4) meses ni exceder los cinco (5) años; y, c) Cuando la edad del infractor oscile entre doce (12) y trece (13) años, la privación de libertad no podrá ser inferior a un (1) mes ni superior a tres (3) años.”
- 122 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, 2011, OEA/Ser.L/V/II, párr. 369.
- 123 CRC/C/HND/CO/4-5, párr. 84.B.
- 124 Art. 204 CNA (t.o. Decreto 35-2013).
- 125 Art. 332 CP: “Asociación Ilícita. Se sancionará con la pena de veinte (20) a treinta (30) años de reclusión y multa de Cien Mil (L. 100, 000.00) a Trescientos Mil (L. 300,000.00) lempiras, a los integrantes o personas vinculadas a los grupos estructurados de dos (2) o más personas, que se asocien o actúen concertadamente con el propósito de poner en peligro o lesionar cualquier bien jurídicamente protegido en la

Constitución de la República y el Código Penal.” El artículo continúa con diversas formas agravadas.

126 Consejo de Derechos Humanos, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada “Consejo de Derechos Humanos”. Misión a Honduras (23 a 31 de mayo de 2006); Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria, A/HRC/4/40/Add.4, párr. 47; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos CCPR/C/HND/CO/1, párr. 13; Observaciones finales del Comité contra la Tortura, CAT/C/HND/CO/1, párr. 19; Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño CRC/C/HND/CO/3 párrs. 41 y 80 y CRC/C/HND/CO/4-5, párr. 83; CIDH, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, 2011, OEA/Ser.L/V/II, párr. 131.

127 Art. 244.P CNA.

128 Al respecto, la CIDH indicó que “recibió preocupante información según la cual en Honduras los niños bajo prisión preventiva no son separados de los niños condenados por el sistema de justicia juvenil”. CIDH, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, 2011, OEA/Ser.L/V/II, párr. 304.

129 Art. 244 CNA: “Son Garantías y Derechos aplicables a la Ejecución, los siguientes: j) Estar separado de los mayores de dieciocho (18) años de edad que se encuentren privados de libertad y preferiblemente estar con quienes formen parte de su mismo grupo etario.”

130 Decreto 35/2013.

131 Por medio del Decreto 44/2017 se derogó el último párrafo del art. 17 del Código de Familia, que convalidaba los matrimonios a partir de los 16 años.

132 Art. 142 CP.



# MÉXICO



© UNICEF/UNI178927/Ramos

## 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

México firmó y ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1991. En cuanto a su jerarquía normativa en el orden jurídico mexicano, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte<sup>4</sup>. Se agrega a ello una regla de interpretación pro persona, que afirma que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”<sup>5</sup>. De allí se



Instrumento	
CDN	Jerarquía constitucional, salvo restricción constitucional expresa al ejercicio de los derechos humanos (SCJ – Contradicción de tesis 293/2011).
Reservas	Sin reservas.
Declaraciones	Sin declaraciones.
PF 1 <sup>1</sup>	Ratificado en 2001.
PF 2 <sup>2</sup>	Ratificado en 2001.
PF 3 <sup>3</sup>	Aún sin firmar.

*La Constitución prohíbe expresamente el trabajo de menores de quince años, y establece que los mayores de 15 y menores de 16 tendrán como jornada máxima la de seis horas.*

deriva que la Convención goza de jerarquía constitucional, de acuerdo a la interpretación que ha hecho la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>6</sup>.

Además, la Constitución contiene numerosas disposiciones sobre los derechos de los NNyA a lo largo de su extenso articulado. Entre dichas disposiciones, se puede mencionar el reconocimiento general del derecho de los niños y las niñas “a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral”<sup>7</sup>. Asimismo, la Constitución reconoce el principio de “interés superior de la niñez”, el cual, además de engendrar obligaciones para los padres y madres, tutores y custodios, se dirige a la actuación del Estado, que deberá incorporarlo en todas sus decisiones y utilizarlo para guiar el diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas<sup>8</sup>. Además, el Estado deberá, por mandato constitucional, otorgar “facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”<sup>9</sup>.

La Constitución también reconoce el derecho de toda persona a la identidad y a ser registrada de manera gratuita e inmediata al nacer<sup>10</sup>. También reconoce el derecho de las víctimas menores de edad al resguardo de su identidad y datos personales<sup>11</sup>.

El principio de especialidad en el juzgamiento de los delitos cometidos por adolescentes también tiene reconocimiento constitucional. La propia Constitución fija en 12 años la edad mínima de responsabilidad penal y en 14 años la edad mínima para ser sujeto de una medida privativa de la libertad, la que solo puede aplicarse “como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda”<sup>12</sup>. Se agrega que este sistema de justicia estará a cargo de personal especializado, que deberán observarse las formas alternativas de justicia, y que se podrán aplicar medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso<sup>13</sup>. Se especifica que el sistema penal será oral y acusatorio, observándose la garantía de debido proceso legal y la independencia de las autoridades que impongan las medidas<sup>14</sup>. Respecto de estas medidas, se establece que deberán ser “proporcionales al hecho realizado y tendrán como fin la reinserción y la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades”<sup>15</sup>.

En cuanto a la educación, la Constitución establece sus fines en sintonía con la Convención<sup>16</sup> y afirma el carácter obligatorio, gratuito y laico de la educación básica (preescolar, primaria y secundaria) y la media superior<sup>17</sup>. Además, en



relación con las personas que pertenecen a pueblos y comunidades indígenas, afirma que el Estado debe “garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior”<sup>18</sup>, incluyendo el otorgamiento de beca para los estudiantes indígenas en todos los niveles y la elaboración de programas educativos en consulta con las comunidades indígenas.

Además, entre otras disposiciones referidas a los pueblos indígenas, la Constitución afirma que el Estado debe establecer políticas sociales ellos, especialmente para atender a la educación y la nutrición de los niños y niñas de familias migrantes de comunidades indígenas<sup>19</sup>.

En relación con el trabajo infantil, la Constitución prohíbe expresamente el trabajo de menores de quince años, y establece que los mayores de 15 y menores de 16 tendrán como jornada máxima la de seis horas<sup>20</sup>. Asimismo, se prevé que los menores de 16 años no podrán realizar horas extra<sup>21</sup>.

Cabe destacar finalmente que, al regular la facultad presidencial de restricción de derechos en casos de invasión, perturbación de la paz pública o que pongan en peligro a la sociedad, la Constitución establece que “no podrán suspenderse ni restringirse el ejercicio de (...) los derechos de la niñez”, entre otros<sup>22</sup>.

## 2. La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Leyes relacionadas

En el año 2000, México aprobó la “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, ubicándose entre los primeros países de la región en sancionar una norma de este tipo. Como es característico de esa primera etapa de adecuación normativa, se trataba de una ley breve, centralmente enfocada en la enunciación de derechos generales de los NNyA.

En el 2014 esta ley fue abrogada y sustituida por la “Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” (en adelante LGDNNyA)<sup>23</sup>. Se trata de un cuerpo normativo más extenso, organizado en seis títulos<sup>24</sup>, la mitad de los cuales abordan la organización del sistema de protección. Este informe se enfoca especialmente los primeros tres títulos.

Antes de ingresar a su análisis, considerando el

carácter federal del país, es indispensable señalar que esta ley se define de cómo “de orden público, interés social y observancia general en el territorio nacional”<sup>25</sup>. A su vez, diversos artículos hacen referencia a la distribución de competencias y obligaciones entre las autoridades de la Federación, las entidades federativas y los municipios. De allí se deriva que, más allá de la organización de los sistemas de protección en cada entidad federativa y municipal –que deben respetar las bases fijadas en esta ley–, los derechos reconocidos en la ley amparan a todos los NNyA, independientemente de las legislaciones locales.

- **El principio de interés superior de los NNyA**

En 2011 México incorporó expresamente el principio de interés superior a su Constitución, aunque allí no se indica su alcance. Es en los principios generales de la LGDNNyA donde se lo define, afirmando que “el interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes”, que “cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector” y que “cuando se tome una decisión que afecte a niñas, niños o adolescentes, en lo individual o colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales”<sup>26</sup>. De esta manera, se aprecia que se lo ha reconocido tanto como derecho sustantivo, principio interpretativo y como norma procedimental, siguiendo el estándar fijado por el Comité en su Observación General sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial<sup>27</sup>.

Sin embargo, en sus últimas observaciones finales Comité exhortó al Estado que “intensifique sus esfuerzos para que se integre adecuadamente ese derecho y se aplique sistemáticamente en todos los procedimientos y decisiones de índole legislativa, administrativa y judicial, así como en todas las políticas, programas y proyectos que sean relevantes para los niños e incidan en ellos...” y recomendó “elaborar procedimientos y criterios que sirvan de referencia a todas las personas competentes para determinar el interés superior del niño en todos los ámbitos y dar a ese interés el peso debido como consideración primordial”<sup>28</sup>.

## • El derecho a la identidad

El derecho a la identidad y al registro inmediato del nacimiento también está expresamente previsto en la Constitución<sup>29</sup>. En atención al carácter federal del país, allí se prevé que es facultad del Congreso de la Unión “expedir leyes generales que armonicen y homologuen la organización y el funcionamiento de los registros civiles...”<sup>30</sup>.

La LGDNNA dedica un capítulo específico a este derecho fundamental, donde es definido de un modo más amplio que en el texto constitucional, incorporando además el derecho de los NNyA a la nacionalidad, a conocer su filiación y su origen y a preservar su pertenencia cultural<sup>31</sup>. A su vez, al abordarse las obligaciones de quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia, se indica que deben registrar sus nacimientos “dentro de los primeros sesenta días de vida”<sup>32</sup>.

Allí se agregan algunas provisiones que destacan a este articulado en comparación con los demás países de la región. Así, se establece que “La falta de documentación para acreditar la identidad de niñas, niños y adolescentes no será obstáculo para garantizar sus derechos”<sup>33</sup>, en tanto que en relación a los NNyA migrantes, se dispone que “tienen derecho a comprobar su identidad con los documentos emitidos por la autoridad competente u otros medios previstos en la Ley de Migración y demás disposiciones aplicables” y que en caso de que “cumplan con los requisitos para obtener la nacionalidad mexicana, se les brindarán todas las facilidades a efecto de darles un trato prioritario”<sup>34</sup>. Sin embargo, en sus últimas Observaciones Finales, el Comité expresó su preocupación por que “el número de niños indígenas, afromexicanos y migrantes y de zonas alejadas inscritos al nacer siga siendo reducido” y, en consecuencia

recomendó redoblar esfuerzos para garantizar la inscripción universal de los nacimientos, “acometiendo las reformas legales necesarias”<sup>35</sup>.

Por otro lado, tras una reforma efectuada en 2017, se impone el deber del Estado federal de “colaborar en la búsqueda, localización y obtención de la información necesaria para acreditar o restablecer la identidad de niñas, niños y adolescentes”<sup>36</sup>, en virtud de las masivas desapariciones de personas que acontecieron en México en la última década.

En relación a la filiación, la LGDNNA dispone que “Ante la negativa de la prueba de paternidad o maternidad, la autoridad competente, salvo prueba en contrario, presumirá que es el padre o la madre respectivamente”<sup>37</sup>. Si bien el sistema de presunciones no es incompatible con la Convención, es necesario que la autoridad judicial esté facultada para realizar análisis de ADN de manera compulsiva, priorizando el derecho a la identidad de los NNyA por sobre los intereses de los padres o madres alegadas.

En relación con esta cuestión, la LGDNNA prevé que “Cuando haya procesos o procedimientos que deriven en cambio de apellidos de niñas, niños y adolescentes, éstos tendrán el derecho a opinar y a ser tomados en cuenta, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez”<sup>38</sup>.

Sin embargo, nada se ha previsto en relación al cambio de nombre y de hecho no existe ninguna norma, a nivel nacional, que permita a los NNyA solicitar su modificación –junto con sus documentos registrales- para que se adecúen a su autopercepción de género<sup>39</sup>. Como se ha señalado al analizar la legislación similar en la mayoría de los países de la región, debe recordarse que la Corte IDH ha afirmado que el derecho a la identidad de género ampara “a los niños y niñas que deseen presentar

*El derecho a la familia también es materia de un capítulo específico en la LGDNNA. Allí, el derecho básico a vivir en familia es dotado de contenido y acompañado de diversas disposiciones dirigidas a prevenir la separación familiar, preservar los derechos familiares cuando la separación sucede de hecho y proteger derechos fundamentales durante los procesos de adopción.*



solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida” y que “debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención?[Americana sobre Derechos Humanos], las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía?progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación”<sup>40</sup>.

## • El derecho a la familia

Este derecho también es materia de un capítulo específico en la LGDNNA. Allí, el derecho básico a vivir en familia es dotado de contenido y acompañado de diversas disposiciones dirigidas a prevenir la separación familiar, preservar los derechos familiares cuando la separación sucede de hecho y proteger derechos fundamentales durante los procesos de adopción.

En el primer campo, se prohíbe expresamente disponer la separación familiar o la pérdida de la patria potestad con fundamento en la falta de recursos. Además, se agrega una cláusula muy valiosa –que no se ha advertido en la legislación de los demás países de la región- por la que también se prohíbe calificar como abandono aquellos casos en que quien tiene la patria potestad deba trasladarse del lugar de residencia para poder ganarse el sustento, siempre que los NNyA queden “al cuidado de otras personas, libres de violencia y provean su subsistencia”<sup>41</sup>.

A su vez, como regla general se establece que los NNyA “no podrán ser separados de las personas que ejerzan la patria potestad o de sus tutores y (...) de las personas que los tengan bajo su guarda y custodia, salvo que medie orden de autoridad competente, en la que se determine la procedencia de la separación, en cumplimiento a la preservación del interés superior de la niñez, de conformidad con las causas previstas en las leyes y mediante el debido proceso en el que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas”. A ello se agrega que “En todos los casos, se tendrá en cuenta la opinión de niñas, niños y adolescentes conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez”<sup>42</sup>.

Aunque a primera vista parece ser una fórmula suficientemente completa, donde se hace referencia tanto al derecho a ser oídos de los NNyA como de todas las partes involucradas, debe objetarse que no se ha previsto expresamente la necesidad de que exista una revisión judicial de la medida que disponga o implique la separación familiar, tal como lo reclama el artículo 9 de la Convención<sup>43</sup>. Se advierte que al aludirse a la “autoridad competente”, la LGDNNA abre la puerta a que la separación familiar sea dispuesta por la autoridad administrativa, según cada norma local. Si bien la disposición de la separación familiar en sede administrativa no es necesariamente incompatible con la Convención, en todos los casos debe existir un mecanismo de revisión judicial suficiente, donde todos los involucrados gocen de amplias facultades de intervención.

Como contracara, otro artículo del mismo capítulo dispone una serie de medidas de especiales de protección que deben tomarse cuando los NNyA hayan sido separados de su familia de origen por resolución judicial. En estos casos, la “autoridad competente” debe asegurar que los NNyA sean ubicados con su familia extensa o ampliada o, subsidiariamente, sean recibidos por una familia de acogida o en acogimiento pre-adoptivo –si ya se ha declarado la condición de adoptabilidad- y solo como último recurso sean colocados en acogimiento residencial “por el menor tiempo posible”<sup>44</sup>, priorizándose la preservación del entorno familiar por sobre la institucionalización.

La LGDNNA también contiene un artículo que busca resguardar los derechos de los NNyA cuando exista una separación familiar de hecho. Así, dispone que los NNyA “cuyas familias estén separadas, tendrán derecho a convivir o mantener relaciones personales y contacto directo con sus familiares de modo regular”, aclarándose que se exceptúan “los casos en que el órgano jurisdiccional competente determine que ello es contrario al interés superior de la niñez, sin perjuicio de las medidas cautelares y de protección que se dicten por las autoridades competentes en los procedimientos respectivos, en los que se deberá garantizar el derecho de audiencia de todas las partes involucradas, en especial de niñas, niños y adolescentes”<sup>45</sup>.

En esta misa tónica, se agrega que los NNyA “tienen derecho a convivir con sus familiares cuando éstos se encuentren privados de su libertad”<sup>46</sup>. Este artículo debe interpretarse en conjunto con la Ley Nacional de Ejecución Penal, aprobada en 2016<sup>47</sup>. Esta ley contiene derechos específicos para las mujeres privadas de su libertad en un centro penitenciario, entre los que se



destaca el derecho a la maternidad y la lactancia y a “Conservar la guardia y custodia de su hija o hijo menor de tres años a fin de que pueda permanecer con la madre en el Centro Penitenciario”<sup>48</sup>. A su vez, otro artículo faculta al Juez de Ejecución a sustituir la pena privativa de la libertad por alguna otra pena o medida no privativa de la libertad cuando “se busque la protección de las hijas e hijos de personas privadas de la libertad, siempre que éstos sean menores de 12 años de edad o tengan una condición de discapacidad que no les permita valerse por sí mismos”, aunque se limita esta facultad a aquellos casos en que la persona privada de la libertad sea la cuidadora principal o única cuidadora del niño o niña<sup>49</sup>. Asimismo, un artículo del Código Nacional de Procedimiento Penal faculta al juez a disponer la prisión preventiva domiciliaria en caso de mujeres embarazadas o con hijos lactantes<sup>50</sup>.

Si bien todo este marco normativo es perfectible y podría ser ampliado, en líneas generales se ajusta al estándar que ha fijado el Comité sobre este tema<sup>51</sup> y a los distintos principios e instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>52</sup>. Sin embargo, la LNEP aún no ha entrado en vigor en todos los estados y se siguen aplicando leyes estatales más restrictivas.

Algo similar sucede en materia de adopción, asunto que cada estado regula con su propia ley de fondo y de procedimiento<sup>53</sup>. Sin embargo, en la LGDNNA se incluyen una serie de disposiciones mínimas que las leyes estatales y federales deben respetar, entre las que se destacan:

- que los NNyA sean oídos y se tome en cuenta su opinión.
- no separar a hermanas y hermanos y, en caso de que no fuera posible, garantizar que puedan mantener vínculos de contacto.





- priorizar en la asignación de familias el grado de parentesco, la relación de afinidad y de afectividad, así como el origen, la comunidad y las condiciones culturales en que se desarrollen los NNyA.
- priorizar a su vez la adopción nacional por sobre la internacional. ?
- verificar que no haya beneficios económicos para quienes participan de la adopción y que se les preste asesoramiento jurídico.
- garantizar la especialización de los profesionales que intervienen en el proceso adoptivo.
- A su vez, se limita fuertemente el acogimiento informal, pues se dispone que

Todas estas disposiciones mínimas responden a derechos y principios previstos en la Convención. A su vez, recientemente una reforma legal modificó varias disposiciones de la LGDNNA en relación a la adopción<sup>54</sup>, incorporando especialmente previsiones para prevenir la adopción ilegal, incluyendo una fuerte restricción del acogimiento informal imponiendo el deber de presentar ante las autoridades a toda niña o niño hallado en situación de desamparo familiar<sup>55</sup> y la prohibición expresa de las adopciones privadas<sup>56</sup>. Sin embargo, la ley sigue fijando el carácter irrevocable de la adopción<sup>57</sup> y solo se prevé que en caso de que una vez finalizado el proceso se comprobare que este se realizó en violación de las disposiciones legales, se tomarán “las medidas necesarias para asegurar el bienestar integral de niñas, niños y adolescentes en los términos que disponga la ley para los hijos consanguíneos”<sup>58</sup>.

A su vez, aún es necesario reconocer algunos derechos básicos de los NNyA adoptados, como el derecho a conocer sus orígenes, que fue limitado en esta reforma al exigirse el consentimiento de los adoptantes<sup>59</sup>. Del mismo modo, la LGDNNA tampoco reconoce a los NNyA formalmente como parte en el proceso adoptivo –lo que implica no solo garantizar que sean oídos sino también otorgarles facultades más amplias de intervención en el proceso-.

- **El derecho a la protección contra toda forma de violencia**

La LGDNNA trata este tema en un breve capítulo titulado “Derecho de Acceso a una Vida Libre de Violencia y a la Integridad Personal”. Allí se afirma que

los NNyA “tienen derecho a vivir una vida libre de toda forma de violencia y a que se resguarde su integridad personal, a fin de lograr las mejores condiciones de bienestar y el libre desarrollo de su personalidad”<sup>60</sup> y se impone a las entidades federativas el deber de tomar medidas para prevenir, atender y sancionar distintas formas de violencia contra los NNyA y actuar con perspectiva de género.

A la vez, al definirse las obligaciones de quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia de NNyA, se impone el deber de “abstenerse de cualquier atentado contra su integridad física, psicológica o actos que menoscaben su desarrollo integral” y se aclara que “el ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes no podrá ser justificación para incumplir la obligación prevista en la presente fracción”<sup>61</sup>. Asimismo, otro artículo establece que las leyes federales y de las entidades federativas deben prever “que quienes tengan trato con niñas, niños y adolescentes se abstengan de ejercer cualquier tipo de violencia en su contra, en particular el castigo corporal”<sup>62</sup>.

Como puede apreciarse, ambos artículos imponen un “deber de abstención” en lugar de lisa y llanamente prohibir la imposición de castigos corporales, de tratos humillantes o degradantes y de otras formas de violencia. No se trata de una cuestión meramente retórica, sino que puede guardar relación con el hecho de que muchos códigos civiles estatales, o el propio Código Civil Federal, aún facultan a los padres a “corregir” a sus hijos<sup>63</sup>.

A ello se agregan obligaciones para las entidades educativas<sup>64</sup> y de salud<sup>65</sup>, cuyo incumplimiento es definido como una infracción administrativa<sup>66</sup>.

Por otro lado, es ineludible destacar la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia<sup>67</sup> (LMVLV). Esta ley “tiene por objeto establecer la coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres...”<sup>68</sup>. Su alcance comprende todo tipo de violencia -incluyendo la que ocurre en el ámbito familiar- sobre mujeres de cualquier edad, por lo que indiscutiblemente tutela a niñas y adolescentes.

Además, la ley también contiene varias disposiciones aplicables a los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia. Así, establece que las distintas autoridades estatales deberán “Favorecer la instalación y el mantenimiento de refugios para las víctimas y sus hijas e hijos”<sup>69</sup> y establecer la violencia familiar como

*En cuanto a las normas penales, de acuerdo a la organización federal del país, cada entidad federativa emite su propio Código Penal, aunque el Congreso de la Unión tiene facultad para expedir leyes penales específicamente sobre algunos delitos, entre los que se destaca la trata de personas.*

causal “de pérdida de patria potestad y de restricción para el régimen de visitas, así como impedimento para la guarda y custodia de niñas y niños” y “Disponer que cuando la pérdida de la patria potestad sea por causa de violencia familiar y/o incumplimiento de obligaciones alimentarias o de crianza, no podrá recuperarse”<sup>70</sup>.

A ello se agregan numerosas medidas de protección, que incluyen el desalojo inmediato del hogar por parte del agresor y la prohibición de acercamiento, la obligación de entregar los objetos de uso personal y documentos de identidad de la víctima y sus hijas e hijos, y la suspensión temporal del régimen de visita y convivencia con ellos<sup>71</sup>.

Una de las medidas más interesantes de esta ley es que faculta a las personas mayores de 12 años a “solicitar a las autoridades competentes que los representen en sus solicitudes y acciones, a efecto de que las autoridades puedan de manera oficiosa dar el otorgamiento de las órdenes”<sup>72</sup>.

También debe destacarse que se ha previsto, a través de la Secretaría de Educación Pública, otorgar becas y subvenciones para garantizar el derecho de las niñas y mujeres a la educación<sup>73</sup>. Este objetivo podría reforzarse eximiendo de sanciones o faltas a las víctimas de violencia que no pudieran cumplir con sus compromisos escolares a raíz de estos hechos, entre otras medidas destinadas a garantizar la continuidad educativa.

Sin embargo, en atención a la organización federal del país, esta ley no implica que todos los estados tengan normas acordes. Por ello, en sus últimas Observaciones Finales, el Comité instó al CDN a aprobar “en el plano federal y estatal leyes y políticas integrales para prevenir y sancionar todas las formas de violencia y proteger y asistir a los niños que

sean víctimas”<sup>74</sup>. En particular, dijo que el Estado debe: “a) armonizar la definición del delito de tortura en todos los estados, de conformidad con las normas internacionales, y velar por que en los protocolos relacionados con la investigación y el enjuiciamiento de los casos de tortura se tengan en cuenta los derechos del niño; b) lograr que queden expresamente prohibidos los castigos corporales en todos los entornos, tanto a nivel federal como estatal, y que se derogue el derecho a corregir de los códigos civiles, federal y estatales”<sup>75</sup>.

- **El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata**

Dentro del capítulo sobre el “Derecho de Acceso a una Vida Libre de Violencia y a la Integridad Personal”, la LGDNNA establece que “las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México (...) están obligadas a tomar las medidas necesarias para prevenir, atender y sancionar los casos en que [NNyA] se vean afectados por: I. El (...) abuso físico, psicológico o sexual; II. La corrupción de personas menores de dieciocho años de edad; III. Trata de personas menores de 18 años de edad, abuso sexual infantil, explotación sexual infantil con o sin fines comerciales, o cualquier otro tipo de explotación, y demás conductas punibles establecidas en las disposiciones aplicables”<sup>76</sup>.

A su vez, al abordar el derecho a la salud, se indica que las mismas autoridades deben “establecer las medidas para que en los servicios



de salud se detecten y atiendan de manera especial los casos de víctimas de delitos o violaciones a sus derechos, o sujetos de violencia sexual y familiar<sup>77</sup>.

En cuanto a las normas penales, de acuerdo a la organización federal del país, cada entidad federativa emite su propio Código Penal, aunque el Congreso de la Unión tiene facultad para expedir leyes penales específicamente sobre algunos delitos, entre los que se destaca la trata de personas<sup>78</sup>. Por ello, a título ejemplificativo, a continuación se analizan las disposiciones más relevantes del Código Penal Federal (CPF) vinculadas a la violencia sexual contra NNyA<sup>79</sup>.

Preliminarmente, debe destacarse que este Código establece que “en caso de delitos cometidos en contra de niñas, niños y adolescentes siempre se procurará el interés superior de la infancia que debe prevalecer en toda aplicación de ley<sup>80</sup>”.

La edad mínima para consentir relaciones sexuales se fija en 15 años<sup>81</sup>. A su vez, se penalizan los actos sexuales con personas mayores de 15 y menores de 18 años, si medió engaño para obtener el consentimiento de la víctima<sup>82</sup>. En este caso, la acción penal debe ser impulsada por la víctima o sus representantes<sup>83</sup>.

Ambos supuestos no se encuentran con armonía con la edad mínima de responsabilidad penal. Como se detalla más abajo, la “Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes<sup>84</sup>” establece la responsabilidad penal a partir de los 12 años, aunque las medidas privativas de la libertad solo son aplicables desde los 14 años. Por ello, sería conveniente que esta última norma excluyera la punibilidad de los adolescentes que mantienen relaciones sexuales consentidas<sup>85</sup>.

Por otro lado, es de destacar que se califican como violación las relaciones sexuales de ascendientes con sus descendientes si la víctima es menor de edad<sup>86</sup>. Del mismo modo, el delito de pederastia penaliza “a quien se aproveche de la confianza, subordinación o superioridad que tiene sobre un menor de dieciocho años, derivada de su parentesco en cualquier grado, tutela, curatela, guarda o custodia, relación docente, religiosa, laboral, médica, cultural, doméstica o de cualquier índole y ejecute, obligue, induzca o convenza a ejecutar cualquier acto sexual, con o sin su consentimiento<sup>87</sup>”.

Más allá de cierta superposición entre estos dos tipos penales –el aprovechamiento de la relación de superioridad o confianza solo es un elemento típico del delito de pederastia, mientras que incesto no requiere prueba de que medió engaño u aprovechamiento

de la relación de parentesco-, lo destacable es que ambas figuras tienen por sujeto pasivo a todas las personas menores de edad, elevando así el piso de los 15 años para el consentimiento sexual en este tipo de relaciones.

Otra tipificación que no es común en la región es la del “hostigamiento sexual”, que penaliza a quien asedie reiteradamente con fines lascivos a otra persona, valiéndose de una relación jerárquica<sup>88</sup>. Sin embargo, se advierte que no se ha establecido como agravante que las víctimas sean personas menores de edad.

A su vez, otro tipo penaliza a quien contacte a través de los medios de transmisión de datos a una persona menor de 18 años de edad y “le requiera imágenes, audio o video de actividades sexuales explícitas, actos de connotación sexual, o le solicite un encuentro sexual<sup>89</sup> (grooming). Sin embargo, la conducta es definida de un modo muy estrecho y no logra captar en todo su alcance la práctica de contactar a NNyA con fines de abuso sexual, pues quedan afuera de la tipificación los contactos que no implican una solicitud directa de un encuentro sexual, sino que engañosamente buscan concertar un encuentro con otros fines, para luego cometer actos de abuso sexual.

Un título específico aborda una serie de conductas que solo son tipificadas cuando las víctimas son personas menores de edad, bajo el nombre de “Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad<sup>90</sup>”. Se trata de los delitos de corrupción, pornografía, turismo sexual y lenocinio y trata de personas menores de edad o que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o capacidad para resistirlo<sup>91</sup>.

En general, la descripción de las conductas típicas es suficientemente completa. En el caso de la pornografía, de todos modos, puede cuestionarse que entre los verbos típicos no se haya incluido a la mera posesión<sup>92</sup>, así como la denominación de la figura. Debe recordarse que la pornografía presupone una actividad consentida, por lo que es recomendable referirse a estas imágenes como “material relacionado con el abuso sexual de niños<sup>93</sup>”.

En igual sentido, también es cuestionable la denominación del delito de “corrupción de menores<sup>94</sup>”, tributaria del enfoque preconventional. En el derecho comparado, esta denominación ha provocado la indagación sobre la experiencia sexual previa de las víctimas y la atipicidad de las conductas cometidas contra quienes ya tenían iniciación sexual.

Un problema de mayor envergadura se presenta con la relación entre el delito de lenocinio y la trata de



personas. El tipo penal básico de lenocinio –o proxenetismo- penaliza a quien explota la prostitución ajena, cuando se considera que ésta es voluntaria. En cambio, la trata de personas criminaliza la explotación sexual ajena –entre otras formas de explotación- cuando se realiza valiéndose de engaño, violencia, abuso de poder, aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad o amenazas. En el caso de la trata de personas menores de edad, adecuadamente, la ley mexicana no requiere la comprobación de la utilización de esos medios, presumiéndose *iuris et de iure* que no existe consentimiento por parte de la víctima. Sin embargo, en el CPF se penaliza el lenocinio de personas menores de 18 años de edad<sup>95</sup>, lo que presupone que la explotación sexual puede ser consentida o voluntaria. Además, este delito prevé una pena muy inferior que la que corresponde para la trata de personas<sup>96</sup>.

Respecto de este último delito, a nivel federal, rige la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y Para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos<sup>97</sup>. Esta ley no solo penaliza la trata con fines de explotación sexual, sino que también comprende a la esclavitud, la servidumbre, la explotación laboral, el trabajo o servicios forzados, la mendicidad forzadas, la utilización de personas menores de 18 años en actividades delictivas, la adopción ilegal, el matrimonio forzado, el tráfico de órganos y la experimentación biomédica ilícita en seres humanos. En líneas generales, se trata de una ley adecuada al Protocolo de Palermo, respecto de la cual se ha dicho que “uno de sus avances más notables (...) ha sido establecer las bases de coordinación entre los tres órdenes de gobierno -gracias a su carácter general- para la investigación del delito”<sup>98</sup>.

Además, es destacable que esta ley reconoce expresamente al principio de interés superior como uno de los que deben regir su interpretación, así como el diseño e implementación de las acciones de prevención, investigación, persecución y sanción de la trata de personas. Del mismo modo, caracteriza a los NNyA como un grupo especialmente vulnerable y compromete a las autoridades a adoptar medidas específicas de atención cuando sean víctimas<sup>99</sup>. Sin embargo, estas obligaciones son excesivamente genéricas y no se prevé ningún derecho específico a los NNyA.

Finalmente, en relación al matrimonio infantil, corresponde resaltar que la LGDNNA dispone que “Las leyes federales y de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán como edad mínima para contraer matrimonio los 18 años”<sup>100</sup>. En junio de 2019 el Código Civil Federal fue modificado en ese sentido y a la fecha de finalización de este capítulo solamente el Estado de Baja California admite excepciones a la prohibición de matrimonio por debajo de los 18 años. Esto significa un gran avance, dado que en sus últimas Observaciones Finales el Comité había expresado su preocupación por la aplicación efectiva de la LGDNNA en el ámbito de los estados y remarcó “la elevada prevalencia del matrimonio infantil y las denuncias de matrimonio forzado, especialmente de niñas pertenecientes a comunidades indígenas”<sup>101</sup>.

- **El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil**

Como ya se indicó, la Constitución fija en 15 años la edad mínima de admisión al empleo, a la vez que



establece una jornada limitada a un máximo de 6 horas diarias para los mayores de esa edad y menores de 16<sup>102</sup>. En consecuencia, la LGDNNA reitera el límite constitucional y agrega, como obligación para cada estado, que deben velar porque los mayores de 15 años no realicen trabajos “que pueda perjudicar su salud, su educación o impedir su desarrollo físico o mental, explotación laboral, las peores formas de trabajo infantil, así como el trabajo forzoso”<sup>103</sup>.

Pero más importante aún, también rige una Ley Federal del Trabajo (LFT) que -al igual que la LGDNNA- “es de observancia general en toda la República” y “de orden público”<sup>104</sup>. En esta ley se agregan algunos requisitos y prohibiciones.

En primer lugar, se prohíbe el trabajo de mayores de 15 años y menores de 18 “que no hayan terminado su educación básica obligatoria, salvo los casos que apruebe la autoridad laboral correspondiente en que a su juicio haya compatibilidad entre los estudios y el trabajo”<sup>105</sup>. De este modo, la legislación mexicana se amolda mejor al criterio del Comité, aunque no debiera haber excepciones al requisito de culminación de estudios. Si bien la Convención no establece una edad mínima determinada para la admisión al empleo<sup>106</sup>, el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>107</sup> exige que esa edad no sea inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a los 15 años. El Comité ha interpretado el artículo 30 de la Convención de conformidad con lo dispuesto en ese Convenio, reclamando a varios Estados que armonicen la edad mínima para trabajar con la que rige para la enseñanza obligatoria<sup>108</sup>.

La LFT agrega más requisitos relevantes en una sección específica<sup>109</sup>. En el caso de mayores de 15 y menores de 16 años:

- necesitan una autorización de sus padres o representantes legales para trabajar o, a falta de ellos, de autoridades sindicales o estatales<sup>110</sup>.
- no pueden trabajar después de las 22 horas.
- la jornada de trabajo no puede exceder de 6 horas diarias y debe dividirse en períodos máximos de 3 horas, con un descanso mínimo de una hora.

En tanto que otros requisitos y prohibiciones rigen para todas las personas menores de 18 años:

- no se puede imponer horas extraordinarias de trabajo, o en días domingo o de descanso obligatorio.

- deberán obtener un certificado médico que acredite su aptitud para el trabajo.
- se prohíbe el trabajo no industrial después de las 22 horas.
- se prohíbe el trabajo en labores peligrosas o insalubres, así como en cantinas o en el expendio de bebidas alcohólicas, incluso dentro del círculo familiar.

Respecto de este último punto, el Comité ha reclamado al Estado que “[r]evisé su legislación para que se ajuste a las normas internacionales, como el Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, 1999 (núm. 182) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), vele por que el trabajo doméstico y el trabajo en la agricultura y las fábricas de ladrillos, entre otros, estén contemplados de manera expresa como forma peligrosa de trabajo y prohibidos para los niños menores de 18 años, así como que adopte medidas para eliminarlos”<sup>111</sup>.

De hecho, México aún no ha ratificado el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos (núm. 189) de la OIT. Debe recordarse que allí se dispone que todo Estado miembro “deberá adoptar medidas para asegurar que el trabajo efectuado por los trabajadores domésticos menores de 18 años pero mayores de la edad mínima para el empleo no los prive de la escolaridad obligatoria, ni comprometa sus oportunidades para acceder a la enseñanza superior o a una formación profesional”<sup>112</sup>.

También es cuestionable la regulación del trabajo familiar, respecto del cual se flexibilizan los requisitos generales del empleo de adolescentes<sup>113</sup>.

## • El derecho a la educación

Como se destacó en la primera sección, la Constitución otorga un desarrollo amplio al derecho a la educación. Allí no solo se establece la gratuidad, obligatoriedad y el carácter laico de la educación básica<sup>114</sup> y media superior –la que típicamente concluye a los 17 o 18 años–, sino que también se establecen sus fines en sintonía con el artículo 9 de la Convención y se favorece la educación la educación bilingüe e intercultural para los pueblos y comunidades indígenas.

Asimismo, en virtud del carácter federal país, la Constitución encomienda al Congreso de la Unión

“el fin de unificar y coordinar la educación en toda la República”<sup>115</sup>, para lo que se lo faculta a dictar las leyes necesarias. En cumplimiento de ese mandato se expidió Ley General de Educación (LGE)<sup>116</sup>.

Como principales avances de esta norma sobre el piso constitucional, se destaca que se refuerza el carácter gratuito al prohibir expresamente “el pago de cualquier contraprestación que impida o condicione la prestación del servicio educativo a los educandos”<sup>117</sup>. Establece asimismo que “en ningún caso se podrá condicionar la inscripción, el acceso a la escuela, la aplicación de evaluaciones o exámenes, la entrega de documentación a los educandos o afectar en cualquier sentido la igualdad en el trato a los alumnos, al pago de contraprestación alguna”<sup>118</sup>.

Más aún, la LGE contiene un capítulo destinado a “la equidad en la educación”<sup>119</sup>. Este capítulo regula las actividades que las autoridades deberán llevar a cabo en miras a permitir el derecho a la educación de “quienes pertenezcan a grupos y regiones de mayor rezago educativo, dispersos o que enfrentan situaciones de vulnerabilidad por circunstancias específicas de carácter socioeconómico, física, mental, de identidad cultural, origen étnico o nacional, situación migratoria o bien, relacionadas con aspectos de género, preferencia sexual, creencias religiosas o prácticas culturales”<sup>120</sup>. Luego indica ciertas previsiones específicas sobre inclusión de alumnos con discapacidad, como el desarrollo “bajo el principio de inclusión, [de] programas de capacitación, asesoría y apoyo a los maestros que atiendan alumnos con discapacidad y con aptitudes sobresalientes”<sup>121</sup> y establece que se “fortalecerá la educación especial y la educación inicial, incluyendo a las personas con discapacidad”<sup>122</sup>.

Los derechos de los estudiantes con discapacidad se desarrollan con mayor detalle en otros artículos. Así, se establece que “[l]a educación especial tiene como propósito identificar, prevenir y eliminar las barreras que limitan el aprendizaje y la participación plena y efectiva en la sociedad de las personas con discapacidad, con dificultades severas de aprendizaje, de conducta o de comunicación, así? como de aquellas con aptitudes sobresalientes” y que “atenderá? a los educandos de manera adecuada a sus propias condiciones, estilos y ritmos de aprendizaje, en un contexto educativo incluyente, que se debe basar en los principios de respeto, equidad, no discriminación, igualdad sustantiva y perspectiva de género”<sup>123</sup>.

A su vez, la LGDNNA dispone respecto de la educación de NNyA con discapacidad, que no se podrá negar o restringir su inclusión, su derecho a la educación ni su participación en actividades recreativas, deportivas, lúdica o culturales en instituciones públicas, privadas y sociales<sup>124</sup>.

Quizás el aspecto más cuestionable de la LGE es que no prevé expresamente ningún derecho de asociación ni de participación de los NNyA en la gestión educativa. Si bien la ley contiene un extenso capítulo sobre “la participación social en la educación”, allí se alude exclusivamente a la intervención de los padres de familia y a los consejos de participación social, que no cuentan con representantes estudiantiles<sup>125</sup>. Esta omisión es apenas mitigada por la LGDNNA, donde se establece que las autoridades deben “establecer mecanismos para la expresión y participación de niñas, niños y adolescentes, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez que permita atender y tomar en cuenta sus intereses y preocupaciones en materia



educativa”, sin mayores precisiones ni cláusulas operativas<sup>126</sup>. ?

En lo relativo a pueblos indígenas, al delimitar los fines de educación, la LGE indica que uno de ellos es “promover mediante la enseñanza el conocimiento de la pluralidad lingüística de la Nación y el respeto a los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas” y especifica que “los hablantes de lenguas indígenas tendrán acceso a la educación obligatoria en su propia lengua y español”<sup>127</sup>. A su vez, otro artículo agrega que “[l]a educación básica, en sus tres niveles, tendrá? las adaptaciones requeridas para responder a las características lingüísticas y culturales de cada uno de los diversos grupos indígenas del país, así? como de la población rural dispersa y grupos migratorios”<sup>128</sup>.

## • El derecho a la salud

La LGDNNA consagra el derecho de los NNyA a “disfrutar del más alto nivel posible de salud, así como a recibir la prestación de servicios de atención médica gratuita y de calidad de conformidad con la legislación aplicable, con el fin de prevenir, proteger y restaurar su salud”<sup>129</sup>.

Como derechos específicos de los NNyA, la LGDNNA afirma que “los Sistemas Nacional y estatales de Salud deberán garantizar el pleno cumplimiento del derecho a la salud atendiendo al derecho de prioridad, al interés superior de la niñez, la igualdad sustantiva y la no discriminación, así? como establecer acciones afirmativas a favor de niñas, niños y adolescentes”<sup>130</sup>.

Sin embargo, esta ley no contiene ninguna previsión en relación al acceso a la información y al consentimiento informado en relación a los tratamientos médicos. Apenas enuncia que “en todos los casos se respetará el derecho a la intimidad de niñas, niños y adolescentes”<sup>131</sup>, sin especificar si ello abarca la confidencialidad de las consultas respecto de sus padres o representantes legales.

Esta omisión tampoco es resuelta por la Ley General de Salud<sup>132</sup> (LGS). Si bien esta ley contiene un apartado sobre los derechos de los usuarios del sistema de salud –donde se incluyen el derecho a la confidencialidad y a brindar el consentimiento informado<sup>133</sup>–, no contiene ninguna previsión específica sobre las personas menores de edad.

Una interpretación sistemática de la ley no permite

*La LGDNNA consagra el derecho de los NNyA a “disfrutar del más alto nivel posible de salud, así como a recibir la prestación de servicios de atención médica gratuita y de calidad de conformidad con la legislación aplicable, con el fin de prevenir, proteger y restaurar su salud”.*

responder si los NNyA también están alcanzados por esos derechos. Por un lado, algunos artículos prevén específicamente que los NNyA no tienen capacidad para brindar su consentimiento informado si enfrentan una enfermedad terminal<sup>134</sup> ni para realizarse tatuajes o perforaciones<sup>135</sup>, por lo que cabría interpretar que se trata de excepciones a la regla general. En caso contrario, no habría sido necesario que el legislador regulara especialmente estas situaciones. Pero, por otro lado, en otras oportunidades la LGS hace referencia al consentimiento o intervención del “representante legal”, ya sea frente a supuestos de incapacidad o sin especificar, lo que parecería indicar que se refiera a personas incapacitadas legalmente de obrar por sí mismos<sup>136</sup>.

Como se ha señalado al revisar la legislación similar de otros países de la región<sup>137</sup>, la cuestión referida a la delimitación de la madurez de los NNyA para brindar su consentimiento para un tratamiento médico es siempre un asunto problemático, pero debe guiarse por los principios de autonomía progresiva y del interés superior del niño, que reclaman que al menos se tenga en cuenta su opinión<sup>138</sup>. Al respecto, recientemente el Comité ha señalado sin ambages que “Las intervenciones y los tratamientos médicos deben contar con el consentimiento voluntario e informado del adolescente, con independencia de que se exija o no también el de un progenitor o representante legal”<sup>139</sup>.



## La adecuación normativa a la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina

Avances y deudas con la niñez



© UNICEF/UNI208760/Carrillo

La cuestión referida al derecho a ser escuchados y al acceso a la información en relación a la salud, en cambio, es mucho menos compleja. Bajo el paradigma de la Convención, el derecho de los NNyA a ser oídos y a recibir asesoramiento sin el consentimiento de sus padres no tiene relación con la edad en que puede autónomamente decidir sobre un tratamiento médico y no debe tener un límite de edad<sup>140</sup>. Así, se ha remarcado que es un derecho fundamental “cuando sus opiniones y/o intereses difieren de los de sus padres, o incluso se oponen a ellos: por ejemplo, en casos de malos tratos o descuido por parte de los padres u otros miembros de la familia”<sup>141</sup>. En su Observación General nº 15, el Comité indica con toda claridad que “De conformidad con la evolución de sus capacidades, los niños deben tener acceso a terapia y asesoramiento confidenciales, sin necesidad del consentimiento de sus padres o su custodio legal cuando los profesionales que examinen el caso determinen que ello redunde en el interés superior del niño”<sup>142</sup>.

La ley mexicana no ofrece claridad sobre este punto y parece seguir el sistema de la incapacidad legal, por lo que no puede afirmarse que esté alineada con la Convención -en especial con los artículos 1, 3, 5 y 24 –.

Un párrafo aparte merece el acceso a la salud sexual y reproductiva. La LGDNNA, dentro del catálogo de fines y objetivos que deberán orientar las acciones de las autoridades competentes en materia de salud, establece el deber de “desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a quienes ejerzan la patria potestad o guarda y custodia de [NNyA], y la educación y servicios en materia de salud sexual y reproductiva”, “establecer las medidas tendientes a prevenir embarazos de las niñas y las adolescentes”, “asegurar la prestación



de servicios de atención médica respetuosa, efectiva e integral durante el embarazo, parto y puerperio, así como para sus hijas e hijos, y promover la lactancia materna exclusiva dentro de los primeros seis meses y complementaria hasta los dos años, así como garantizar el acceso a métodos anticonceptivos”, “proporcionar asesoría y orientación sobre salud sexual y reproductiva” y “prohibir, sancionar y erradicar la esterilización forzada de NNyA y cualquier forma de violencia obstétrica”<sup>143</sup>.

Se trata de obligaciones excesivamente genéricas y que no reconocen explícitamente el derecho de los NNyA a acceder a educación sexual y reproductiva. Tampoco existe un abordaje independiente sobre sus derechos a acceder a consultas médicas de manera confidencial y sin la conformidad de sus padres o representantes legales.

A ello se agrega que la interrupción voluntaria del embarazo está penalizada tanto en el Código Penal Federal<sup>144</sup> como en los códigos estatales, con la única excepción de la Ciudad de México<sup>145</sup>.

Sobre este asunto, en sus últimas Observaciones Finales el Comité CDN reconoció con satisfacción la adopción de la Estrategia Nacional para la prevención del Embarazo adolescente<sup>146</sup>, aunque recomendó que se haga un seguimiento efectivo de su ejecución<sup>147</sup>. También recomendó al Estado que “revise y armonice la legislación federal y estatal con miras a despenalizar el aborto y permitir el aborto legal al menos en casos de violación, incesto y peligro para la vida y la salud de la niña, así como que el aborto legal no requiera autorización especial de un juez o un fiscal” y que se facilite “el acceso a la atención posterior al aborto, con independencia de la legalidad del aborto en sí”<sup>148</sup>.

## • El sistema de responsabilidad penal adolescente

La Constitución otorga al Congreso de la Unión la facultad de legislar en este tema<sup>149</sup>. En cumplimiento de ese mandato, en 2016 se aprobó la “Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes”<sup>150</sup> (LNJPA), organizado bajo el principio de especialidad y respetando a su vez los principios del proceso acusatorio.

De conformidad con el texto constitucional, la edad mínima de responsabilidad penal es de 12 años. Si bien se trata de una de las edades más bajas de la

región, se advierte que las medidas privativas de la libertad solo proceden desde los 14 años cumplidos. A su vez, la ley también distingue entre adolescentes que tienen menos de 16 años y aquellos que ya cumplieron esa edad, fijando topes distintos para las medidas privativas de la libertad: mientras para el primer grupo etario no pueden superar los 3 años, para el segundo grupo el límite es de 5 años<sup>151</sup>. En cualquier caso, estas medidas solo proceden frente a delitos graves<sup>152</sup> y pueden consistir en internamiento en unidades destinadas exclusivamente a adolescentes, el semi-internamiento y la prisión domiciliaria.

Para los demás delitos, la ley prevé sanciones no privativas de la libertad<sup>153</sup> y mecanismos alternativos de solución de controversias (la mediación y los procesos restaurativos) y salidas alternativas del proceso (acuerdos reparatorios<sup>154</sup> y la suspensión condicional del proceso<sup>155</sup>), las que deben aplicarse prioritariamente<sup>156</sup>.

En cuanto a las medidas cautelares privativas de la libertad, debe destacarse que solo proceden frente a riesgos procesales, deben revisarse mensualmente y no pueden exceder de 5 meses<sup>157</sup>.

Cabe destacar que la etapa de ejecución también está sometida a control judicial y a los principios del sistema acusatorio, prohibiéndose expresamente la imposición de castigos corporales y de sanciones como el aislamiento o la incomunicación<sup>158</sup>. Además, los antecedentes condenatorios o registros del proceso no pueden utilizarse en otra causa contra la misma persona y se destruyen una vez que pasaron 3 años del cumplimiento de la sanción<sup>159</sup>.

En definitiva, se trata de una ley que se encuentra en sintonía con el estándar que ha fijado el Comité sobre los sistemas de responsabilidad penal adolescente. A grandes rasgos, solo resulta cuestionable que la edad mínima de responsabilidad se haya fijado en 12 años. Al respecto, el Comité ha señalado que “La fijación de la mayoría de edad penal a un nivel más alto, por ejemplo 14 o 16 años, contribuye a que el sistema de la justicia de menores, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías legales”<sup>160</sup>.

### 3. Recomendaciones

En la última década, México realizó varias reformas a la Constitución y sancionó leyes federales que amplían los derechos de los NNyA. La más notoria de ellas indudablemente es la “Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, pero también se destacan normas como la “Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes” o la “Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y Para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos”. De conformidad con la reseña efectuada, se puede afirmar que el marco normativo federal mexicano en líneas generales es acorde a la Convención y al estándar del Comité.

Sin embargo, si bien estas leyes son de orden público, para que sus principios y disposiciones sean efectivas es indispensable que las entidades federativas armonicen con ellas sus leyes locales.

Por otro lado, aunque la LGNNA y las demás leyes federales revisadas no presentan incompatibilidades con la Convención, algunas cuestiones puntuales pueden ser mejoradas.

Un claro ejemplo de ello es el recogimiento del principio de interés superior, que puede ser reforzado indicando que debe aplicarse a todas las decisiones tomadas por instituciones públicas –incluyendo al Poder Judicial y Legislativo–, privadas o por particulares, como han hecho otros países de la región. Del mismo modo, más allá del reconocimiento que la LGDNNNA realiza sobre el derecho de los NNyA a ser oídos en ciertas instancias<sup>161</sup>, es preferible que también se reconozca este derecho en la determinación en concreto del interés superior.

Del mismo modo, en lo referido al derecho a la familia, es conveniente aclarar expresamente en la LGDNNNA que toda medida de separación familiar debe ser sometida a revisión judicial en un período breve. A su vez, los derechos y principios previstos en el artículo 26 de esa ley para cuando la separación familiar sea dispuesta en sede judicial deben extenderse a las medidas tomadas por la autoridad administrativa.

En este terreno, es muy valioso que distintas leyes prevean el derecho de los NNyA a mantener la convivencia con sus padres si éstos están privados de la libertad. Como vimos, existen artículos que tratan esta cuestión en la LGNNA, en la Ley Nacional de Ejecución Penal y en el Código Nacional de Procedimientos Penales. Pero estas leyes deben ser armonizadas, de manera que se dote de contenido a este derecho, promoviendo decididamente las medidas alternativas a la prisión<sup>162</sup>.

En cuanto a la adopción, es conveniente ampliar disposiciones mínimas que contiene la LGDNNNA, que deben ser respetadas por las leyes de cada entidad federativa. Es recomendable que estas disposiciones mínimas:

- \* Reconozcan los NNyA como parte en el proceso judicial, derivándose de allí sus derechos procesales.
- \* Afirmen expresamente el derecho de los NNyA adoptados a conocer su origen, sin supeditarlo al consentimiento de los adoptantes ni imponer limitaciones temporales.
- \* Contemplan la posibilidad de anular las adopciones fraudulentas.

A su vez, en relación al derecho a la identidad, es conveniente revisar la

*El derecho a la salud es uno de los que tiene más cuentas pendientes. Es necesario que en la LGDNNNA y en la Ley General de Salud se reconozcan los derechos específicos de los NNyA. Esto implica que se garantice sus derechos a ser informados y oídos, en todos los casos, independientemente de su edad.*





normativa para facilitar el registro de nacimientos de los niños que pertenecen a pueblos indígenas, como ha reclamado el Comité. Además, es necesario integrar en el derecho a la identidad al género, permitiendo que los NNyA cambien su nombre y sus documentos de acuerdo a su auto-percepción de género.

En el campo de la protección contra la violencia, podría ser más clara y contundente la prohibición de la imposición de castigos corporales y de tratos humillantes o denigrantes en todos los ámbitos.

De mayor entidad, tal como remarcó el Comité en sus últimas Observaciones Finales, el reclutamiento de niños por grupos armados no está tipificado, por lo que es necesario avanzar en su tipificación, como lo demanda el Protocolo de Palermo<sup>163</sup>.

También es necesario revisar varios tipos penales vinculados a la protección contra la violencia sexual previstos en el Código Penal Federal. Así, es necesario tipificar claramente la mera posesión y visualización en línea de material relacionado con el abuso sexual de niños y reformar el grooming para que abarque todos los contactos que tienen por finalidad cometer abusos sexuales. En la misma línea, el hostigamiento sexual debería prever una pena agravada cuando la víctima fuera una persona menor de edad.

Más urgente aún parece derogar el delito de lenocinio de personas menores de edad. Toda explotación sexual de NNyA debe ser analizada bajo la categoría de trata de personas y sin reconocer legalmente la posibilidad de que la víctima consienta tal explotación.

En sentido contrario, es necesario que se despenalicen las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes de similar edad. Mientras la edad mínima para consentir relaciones sexuales es de 15 años, la responsabilidad penal se admite desde los 12 años. Por ello, por ejemplo, las relaciones sexuales entre adolescentes de 14 y 15 años están criminalizadas, bajo amenazas de penas sumamente graves.

En cuanto a la explotación económica y laboral, es conveniente eliminar de la Ley Federal del Trabajo la posibilidad de autorizar el empleo de adolescentes que no concluyeron la escolarización obligatoria y establecer una mayor protección al trabajo familiar y doméstico, que no deben tener menos derechos que los trabajos realizados en otras áreas. En ese sentido, es conveniente que el Estado ratifique el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos (núm. 189) de la OIT.

El marco normativo sobre el derecho a la educación, sobre el que se han hecho importantes progresos en la Constitución, es recomendable reconocer expresamente el derecho de los NNyA a asociarse y participar en la gestión educativa. Además, con relación a los NNyA con discapacidad, es conveniente incorporar a la LGDNNA una cláusula específica que promueva la educación inclusiva y desaliente el funcionamiento de escuelas especiales, las que no son compatibles con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad cuando funcionan como espacios segregados<sup>164</sup>.

El derecho a la salud es uno de los que tiene más cuentas pendientes. Es necesario que en la LGDNNA y en la Ley General de Salud se reconozcan los derechos específicos de los NNyA. Esto implica que se garantice sus derechos a ser informados y oídos, en todos los casos, independientemente de su edad. A la vez, es necesario reconocer la aplicación a este sector del principio de autonomía progresiva, de manera que los adolescentes puedan brindar su consentimiento informado para ciertas prácticas médicas.

Además, es conveniente prever una ley específica sobre el acceso a la educación e información sobre salud sexual y reproductiva, a la vez que garantizar el derecho de las niñas y adolescentes a interrumpir los embarazos no deseados y contar con servicios post-abortivos adecuados, tal como lo ha reclamado el Comité.

Finalmente, de conformidad con la recomendación del Comité en su Observación General sobre “Los derechos del niño en la justicia de menores”, es conveniente elevar la edad mínima de responsabilidad penal<sup>165</sup>.



### Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 Art. 1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). De forma concordante, el art. 133 establece que la propia "Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión."
- 5 Art. 1 CPEUM.
- 6 La interpretación de la Corte ha ido evolucionando desde un posicionamiento según el cual los tratados internacionales de derechos humanos tenían jerarquía superior a las leyes federales, pero estaban debajo de la Constitución, a la tesis actualmente vigente que considera que se integran al bloque constitucional. Esta última postura, de todos modos, privilegia la supremacía de la Constitución cuando ésta contenga una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos. Respecto de la primera posición, véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Tesis: P. LXXVII/99, Tomo X, noviembre de 1999, pág. 46, publicada en Gaceta del Semanario Judicial de la Federación No. 192867, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=192867&Clase=DetalleTesisBL>. Respecto de la posición vigente, véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, Pleno, Contradicción de tesis 293/2011, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 96, publicada Gaceta del Semanario Judicial de la Federación No. 24985, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=24985&Clase=DetalleTesisEjecutorias>
- 7 Art. 4o CPEUM.
- 8 Id.
- 9 Id.
- 10 Id.
- 11 CPM, Art. 20, C. V.
- 12 Art. 18, 6to párr. CPEUM (Párrafo reformado DOF 02-07-2015).
- 13 Id., 5to y 6to párrs.
- 14 Id., 6to párr.
- 15 Id.
- 16 Art. 3 CPEUM: "La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia. El Estado garantizará la calidad en la educación obligatoria de manera que los materiales y métodos educativos, la organización escolar, la infraestructura educativa y la idoneidad de los docentes y los directivos garanticen el máximo logro de aprendizaje de los educandos".
- 17 Art. 3 inc. I y IV CPEUM.
- 18 Art. 2o., inc. B, II CPEUM.
- 19 Art. 2do, B. VIII CPEUM.
- 20 Art. 123, A. III CPEUM.
- 21 Art. 123, A. XI CPEUM.
- 22 Art. 29, 2do párr CPEUM.
- 23 Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014. Las citas que a continuación se realizan corresponden al texto de esta ley de acuerdo a la redacción otorgada por su última reforma (publicada en el DOF el 20/06/2018).
- 24 Los títulos son: 1. "De las Disposiciones Generales"; 2. "De los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes"; 3. "De las Obligaciones"; 4. "De la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes"; 5. "De los Centros de Asistencia Social"; 6. "De las Infracciones Administrativas"; y se agrega un capítulo de disposiciones transitorias.
- 25 Art. 1 LGDNNA.
- 26 Art. 2 LGDNNA. Además, otros artículos de la LGDNNA y de otras leyes, como la Ley General de Víctimas (Art. 5 LGV, t.o. DOF 03-01-2017), hacen referencia a este principio fundamental.
- 27 Comité de los derechos del niño, Observación general N° 14 (2013).
- 28 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de México, CRC/C/MEX/CO/4-5 (2015) p. 20.
- 29 Art. 4 CPEUM: "Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento". Párrafo adicionado DOF 17-06-2014.
- 30 Art. 73 inc. XXIX-R CPEUM. Corresponde señalar que cada estado tiene su propio Código Civil, dado que lo relativo al registro de las personas es materia de los Estados no delegada a la federación.
- 31 Art. 19 LGDNNA: "Niñas, niños y adolescentes, en términos de la legislación civil aplicable, desde su nacimiento, tienen derecho a: Contar con nombre y los apellidos que les correspondan, así como a ser inscritos en el Registro Civil respectivo de forma inmediata y gratuita, y a que se les expida en forma ágil y sin costo la primer copia certificada del acta correspondiente, en los términos de las disposiciones aplicables; Contar con nacionalidad, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales; Conocer su filiación y su origen, en la medida de lo posible y siempre que ello sea acorde con el interés superior de la niñez, y Preservar su identidad, incluidos el nombre, la nacionalidad y su pertenencia cultural, así como sus relaciones familiares...".
- 32 Art. 103.II LGDNNA.
- 33 Art. 19 LGDNNA.
- 34 Art. 20 LGDNNA.
- 35 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de México, CRC/C/MEX/CO/4-5 (2015) p. 27 y 28.
- 36 Art. 19 LGDNNA, Párrafo reformado DOF 23-06-2017.
- 37 Art. 21 LGDNNA.
- 38 Art. 19.I. LGDNNA.



- 39 Debe señalarse que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido el derecho a la rectificación del nombre y acta de nacimiento de personas mayores de edad (SCJN, Amparo Directo Civil No. 6/2008, disponible en [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado\\_electronico\\_notificaciones\\_documento/2018-08/ADC-6-2008-PL.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones_documento/2018-08/ADC-6-2008-PL.pdf)). A su vez, los distintos estados que integran la Federación pueden legislar sobre punto, destacándose una ley aprobada en la Ciudad de México que permite efectuar estos cambios sin necesidad de procedimiento judicial, pero que no contempla a los NNyA. Sin perjuicio de ello, según noticias periodísticas, a fines de 2017, una niña trans logró modificar su nombre y su acta de nacimiento sin procedimiento judicial (El País, Sophía, La niña trans que abrió el camino a los menores con esta identidad en México, por Eugenia Coppel, 19 de octubre de 2017, disponible en: [https://verne.elpais.com/verne/2017/10/19/mexico/1508448638\\_529645.html](https://verne.elpais.com/verne/2017/10/19/mexico/1508448638_529645.html)).
- 40 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 25 de noviembre de 2017, párr. 154. “En el mismo sentido, el Comité ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente” (Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34). Ver también “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, “Principios de Yogyakarta”, en cuyo preámbulo se afirma que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”.
- 41 Art. 22 LGDNNA. Allí también se agrega que “Las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligadas a establecer políticas de fortalecimiento familiar para evitar la separación de niñas, niños y adolescentes de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia.”
- 42 Art. 22 LGDNNA.
- 43 Art. 9.1 CDN: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño” (el destacado es propio). En el mismo sentido, se afirma en las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños” que “Toda decisión sobre la remoción de la guarda de un niño contra la voluntad de sus padres debe ser adoptada por la autoridad competente, de conformidad con las leyes y procedimientos aplicables y estar sujeta a revisión judicial, garantizándose a los padres el derecho de recurso y el acceso a asistencia letrada adecuada” (A/RES/64/142, párr. 46).
- 44 Art. 26 LGDNNA.
- 45 Art. 23 LGDNNA.
- 46 Art. 23 LGDNNA. Se agrega que “Las autoridades competentes en materia jurisdiccional y penitenciaria deberán garantizar este derecho y establecer las condiciones necesarias para que esta convivencia se realice en forma adecuada, conforme a las disposiciones aplicables. Este derecho sólo podrá ser restringido por resolución del órgano jurisdiccional competente, siempre y cuando no sea contrario a su interés superior.”
- 47 Publicada en el DOF el 16 de junio de 2016.
- 48 Art. 10.VI LNEP.
- 49 Art. 144 LNEP. Se agrega que “En todos los casos a que se refiere este artículo se considerará el interés superior de la niñez y en su caso se tomará en cuenta la opinión de las personas menores de 12 años o con discapacidad afectadas, atendiendo su grado de desarrollo evolutivo o cognitivo, o en su caso, el grado de discapacidad”. Finalmente, es un requisito verificar que “la permanencia de la persona sentenciada con la hija, hijo o persona con discapacidad, no representa un riesgo objetivo para aquellos” y se excluye de este derecho en los casos de condena por delitos de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas. Esta excepción confronta con el principio de interés superior que se proclama en la propia norma.
- 50 Art. 166 Código Nacional de Procedimientos Penales.
- 51 Por todos, Observación General 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial: “Cuando los padres y otros tutores hayan cometido un delito, se deben ofrecer y aplicar caso por caso alternativas a la privación de la libertad, teniendo plenamente en cuenta los efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados”, CRC/C/GC/14, párr. 69.
- 52 En especial, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (“Reglas de Bangkok”, A/RES/65/229, párr. 2, 49 y 64) y las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños (A/RES/64/142, párr. 48). Ver también “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, CIDH.
- 53 A nivel federal, rige el Código Civil Federal (arts. 390 a 410 F).
- 54 Publicada en el DOF el 04/06/2019.
- 55 Art. 30 Bis LGDNNA: “Toda persona que encontrare una niña, niño o adolescente en estado de indefensión o que hubiere sido puesto en situación de desamparo familiar, deberá presentarlo ante las Procuradurías de Protección, ante el Sistema Nacional DIF o ante los Sistemas de las Entidades, con las prendas, valores o cualesquiera otros objetos encontrados en su persona, y declarará el día, lugar y circunstancias en que lo hubiere hallado”.
- 56 La importancia de establecer una prohibición expresa de las adopciones privadas había sido advertida por el Comité en sus últimas observaciones finales al Estado. CRC/C/MEX/CO/4-5 (2015), p. 41.

- 57 Artículo 30 Bis 14 LGDNNA: “La adopción en todo caso será plena e irrevocable”.
- 58 Art. 30 bis 2 último párrafo LGDNNA. Si bien en la Convención sobre los Derechos del Niños no se alude a esta cuestión, debe tenerse presente que la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas -que ha sido ratificada por México- exige que se establezcan procedimientos de revisión, revocación o nulidad de adopciones, contemplando específicamente la desaparición forzada como causal de la anulación, considerando el derecho a preservar la identidad, incluyendo a la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares (art. 25.4).
- 59 El art. 30 bis 2 LGDNNA dispone que las “Niñas, niños y adolescentes que deseen conocer sus antecedentes familiares deberán contar con el consentimiento de los adoptantes, y siempre que ello atienda al interés superior de la niñez”. A su vez, el art. 19.III prevé el derecho de los NNyA a “Conocer su filiación y su origen, en la medida de lo posible y siempre que ello sea acorde con el interés superior de la niñez”
- 60 Art. 46 LGDNNA.
- 61 Art. 103.VIII LGDNNA.
- 62 Art. 105.IV LGDNNA.
- 63 Por ejemplo, el Código Civil Federal establece que “quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo”, aunque se aclara que dicha “facultad de corregir no implica infligir al menos actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el art. 323 ter de este Código” (art. 423).
- 64 Art. 57 LGDNNA: “Las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias garantizarán la consecución de una educación de calidad y la igualdad sustantiva en el acceso y permanencia en la misma, para lo cual deberán: (...) XI. Conformar una instancia multidisciplinaria responsable que establezca mecanismos para la prevención, atención y canalización de los casos de maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso o cualquier otra forma de violencia en contra de niñas, niños y adolescentes que se suscite en los centros educativos;”. Art. 58: “La educación, además de lo dispuesto en las disposiciones aplicables, tendrá los siguientes fines: (...) V. Apoyar a niñas, niños y adolescentes que sean víctimas de maltrato y la atención especial de quienes se encuentren en situación de riesgo”.
- 65 Art. 105 LGDNNA: “Las leyes federales y de las entidades federativas dispondrán lo necesario para que, en términos de lo dispuesto en la presente Ley y en el ámbito de sus respectivas competencias, se dé cumplimiento a las obligaciones siguientes: (...) III. Que la directiva y personal de instituciones de salud, asistencia social, académicas, deportivas, religiosas o de cualquier otra índole, se abstengan de ejercer cualquier forma de violencia, maltrato, perjuicio, agresión, daño, abuso, acoso y explotación en contra de niñas, niños o adolescentes, y que formulen programas e impartan cursos de formación permanente para prevenirlas y erradicarlas”.
- 66 Art. 148 LGDNNA: “En el ámbito federal, constituyen infracciones a la presente Ley: (...) ii. Respecto de servidores públicos federales, personal de instituciones de salud, educación, deportivas o culturales, empleados o trabajadores de establecimientos sujetos al control, administración o coordinación de aquéllas, así como centros de asistencia social o de cualquier otra índole de jurisdicción federal, propicien, toleren o se abstengan de impedir, cualquier tipo de abuso, acoso, agresión, daño, intimidación, violencia, maltrato o perjuicio de que tengan conocimiento, en contra de niñas, niños y adolescentes”.
- 67 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de febrero de 2007 -y sucesivamente modificada.
- 68 Art. 1 LMVLV.
- 69 Art. 8.VI LMVLV. Ver también Art. 52, VIII y 56.
- 70 Art. 9 LMVLV.
- 71 Arts. 28 a 31 LMVLV.
- 72 Art. 34 LMVLV.
- 73 Art. 45.IV LMVLV.
- 74 CRC/C/MEX/CO/4-5 (2015), p. 32.
- 75 CRC/C/MEX/CO/4-5 (2015) p. 32, b.
- 76 Art. 47 LGDNNA.
- 77 Art. 50.XIV LGDNNA.
- 78 Art. 73.XXI.a CPEUM: “El Congreso tiene facultad (...) para expedir [l]as leyes generales que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones en las materias de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como electoral. Las leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios”. Párrafo reformado DOF 10-02-2014, 10-07-2015. ¿También corresponde al Congreso expedir “[l]a legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá? en la República en el orden federal y en el fuero común” (art. 73.XXI.c).
- 79 Este Código se aplica “en toda la República para los delitos del orden federal” (art. 1 CPF).
- 80 Art. 6 CPF.
- 81 Art. 261 CPF: “A quien cometa el delito de abuso sexual en una persona menor de quince años de edad o en persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, aun con su consentimiento, o que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo en sí? o en otra persona, se le impondrá? una pena de seis a trece años de prisión y hasta quinientos días multa. Si se hiciera uso de violencia, la pena se aumentará? en una mitad más en su mínimo y máximo.” Debe señalarse que por abuso sexual se entiende la ejecución de actos sexuales “sin el propósito de llegar a la cópula” (art. 260 CPF). Art. 266 CPF: “Se equipara a la violación y se sancionará de ocho a treinta años de prisión: I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de quince años de edad; II.- Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; y III. Al que sin violencia y con fines lascivos



- introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de quince años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima. Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentara? hasta en una mitad.”
- 82 Art. 262 CPF: “Al que tenga cópula con persona mayor de quince años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicara? de tres meses a cuatro años de prisión.”
- 83 Art. 263 CPF: “En el caso del artículo anterior, no se procederá? contra el sujeto activo, sino por queja del ofendido o de sus representantes.”
- 84 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio de 2016. Esta ley es de orden público y de observancia general en toda la República Mexicana.
- 85 Al respecto, el Comité ha advertido que “Los Estados deben evitar que se criminalice a los adolescentes de edades similares por mantener relaciones sexuales objetivamente consensuadas y sin fines de explotación”. Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 40.
- 86 Art. 272 CPF: “Se sancionara? con pena de uno a seis años de prisión, el delito de incesto cuando los ascendientes tengan relaciones sexuales con sus descendientes, siempre y cuando estos últimos sean mayores de edad. Cuando la víctima sea menor de edad, la conducta siempre será? entendida como típica de violación.”
- 87 Art. 209 bis CPF. La pena es de nueve a dieciocho años de prisión y de setecientos cincuenta a dos mil doscientos cincuenta días multa.
- 88 Art. 259 bis. CPF: “Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de ochocientos días multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilizare los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, además de las penas señaladas, se le destituirá del cargo y se le podrá inhabilitar para ocupar cualquier otro cargo público hasta por un año. Solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño. Sólo se procederá contra el hostigador, a petición de parte ofendida.”
- 89 Art. 199 septies CPF.
- 90 Título Octavo, del Libro Segundo, CPF.
- 91 También se incluye en este título el delito de pederastía, que fue comentado más arriba.
- 92 Se tipifica “a quien fije, imprima, video grabe, fotografíe, filme o describa” o “reproduzca, almacene, distribuya, venda, compre, arriende, exponga, publicite, transmita, importe o exporte” imágenes de abuso sexual en las que participen personas menores de 18 años de edad, así como a “quien procure, obligue, facilite o induzca” la realización de las mismas. Cierta doctrina y jurisprudencia distingue la mera posesión del almacenamiento, en tanto entiende que esta última figura requiere una cierta cantidad de material y presupone una finalidad de distribución.
- 93 La utilización de este término es recomendada por la “Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”, por considerarlo “más respetuoso de los derechos del niño”, dado que el término “pornografía infantil” “resta importancia a los abusos sufridos por los niños y puede no dejar claro su carácter ilegal, ya que el término ‘pornografía’ abarca por lo general actividades consentidas entre adultos”. A/HRC/28/56, párr. 29.
- 94 Art. 201 CPF: “Comete el delito de corrupción de menores, quien obligue, induzca, facilite o procure a una o varias personas menores de 18 años de edad o una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo a realizar cualquiera de los siguientes actos: (...) f) Realizar actos de exhibicionismo corporal o sexuales simulados o no, con fin lascivo o sexual.”
- 95 Art. 204 CPF: “Comete el delito de lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo: I.- Toda persona que explote el cuerpo de las personas antes mencionadas, por medio del comercio carnal u obtenga de él un lucro cualquiera; II.- Al que induzca o solicite a cualquiera de las personas antes mencionadas, para que comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución, y III.- Al que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente, prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia dedicados a explotar la prostitución de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, u obtenga cualquier beneficio con sus productos.”
- 96 Mientras el lenocinio de personas menores de 18 años se penaliza con prisión de 8 a 15 años, la trata se penaliza con prisión de 15 a 30 años.
- 97 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2012, texto vigente según última reforma publicada el 19-01-2018.
- 98 Los derechos de la infancia y la adolescencia en México, UNICEF, 2018, pág. 208.
- 99 Ver entre otros arts. 62, 65 y 68.
- 100 Art. 45 LGDNNA.
- 101 CRC/C/MEX/CO/4-5 (2015), p. 37.
- 102 Art. 123 CPEUM.
- 103 Art. 47 inc. V y VI LGDNNA.
- 104 Arts. 1 y 5 Ley Federal del Trabajo (última reforma publicada DOF 22-06-2018).
- 105 Art. 22 bis LFT (art. adicionado DOF 30-11-2012, reformado DOF 12-06-2015).
- 106 Ver art. 30 de la CDN.
- 107 Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138). México recién ratificó este Convenio en 2015. Ver también la Recomendación (núm. 146) que lo complementa.
- 108 Ver por caso sus observaciones finales sobre Nicaragua: “También se propone al Gobierno que estudie la ampliación de la enseñanza obligatoria a nueve años de escolarización, a la vez que?se procura que la edad de terminación de la enseñanza obligatoria se armonice con la edad mínima para trabajar...” (Nicaragua CRC/C/15/Add.36, párrafo 38). En el mismo sentido, al examinar a Túnez señaló que “la



- discrepancia legislativa entre la edad para terminar la enseñanza obligatoria y la edad mínima para la admisión al empleo pueda alentar a los adolescentes a abandonar el sistema escolar” (Túnez CRC/C/15/Add.39, párrafo 9).
- 109 Título Quinto Bis, “Trabajo de los Menores”, LFT.
- 110 Art. 22 LFT: “Los mayores de quince años pueden prestar libremente sus servicios con las limitaciones establecidas en esta Ley. Los mayores de quince y menores de dieciséis necesitan autorización de sus padres o tutores y a falta de ellos, del sindicato a que pertenezcan, de la Junta de Conciliación y Arbitraje, del Inspector de Trabajo o de la Autoridad Política. Los menores trabajadores deben percibir el pago de sus salarios y ejercitar, en su caso, las acciones que les correspondan”.
- 111 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de México, CRC/C/MEX/CO/4-5 (2015) p. 64 a).
- 112 Art. 4 Convenio 189 OIT.
- 113 El art. 23 LFT establece que “cuando los menores de dieciocho años realicen alguna actividad productiva de autoconsumo, bajo la dirección de integrantes de su círculo familiar o tutores, estos tendrán la obligación de respetar y proteger los derechos humanos de los menores y brindar el apoyo y las facilidades necesarias para que los mismos concluyan por los menos su educación básica obligatoria”. De allí se interpreta que este tipo de trabajo tiene un régimen diferente.
- 114 Conformada por la educación preescolar, primaria y secundaria.
- 115 Art. 3, Fracción VIII CPEUM.
- 116 El art. 1º de esta ley la norma establece que “regula la educación que imparten el Estado -federación, entidades federativas y municipios-, sus organismos descentralizados y los particulares con autorización o con reconocimiento de validez oficial de estudios. Es de observancia general en toda la República y las disposiciones que contiene son de orden público e interés social.” Lógicamente, esta ley es más detallada que las disposiciones que la LGDNNA contiene sobre el derecho a la educación, por lo que a continuación se centra el análisis en esta norma.
- 117 Art. 6o, 2do párr. LGE.
- 118 Art. 6º, 3er párr. LGE.
- 119 Arts. 32 a 36 LGE.
- 120 Art. 32, 2do párr. LGE.
- 121 Art. 32, II Bis LGE.
- 122 Art 33, IV Bis LGE.
- 123 Art. 41 LGE. Se agrega que “Tratándose de personas con discapacidad, con dificultades severas de aprendizaje, de conducta o de comunicación, se favorecerá su atención en los planteles de educación básica, sin que esto cancele su posibilidad de acceder a las diversas modalidades de educación especial atendiendo a sus necesidades. Se realizarán ajustes razonables y se aplicarán métodos, técnicas, materiales específicos y las medidas de apoyo necesarias para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje de los alumnos y el máximo desarrollo de su potencial para la autónoma integración a la vida social y productiva. Las instituciones educativas del Estado promoverán y facilitarán la continuidad de sus estudios en los niveles de educación media superior y superior.”
- 124 Art. 54, 5to párr. LGDNNA.
- 125 El Art. 69 establece que “[l]a autoridad escolar hará lo conducente para que en cada escuela pública de educación básica opere un consejo escolar de participación social, integrado con padres de familia y representantes de sus asociaciones, maestros y representantes de su organización sindical, quienes acudirán como representantes de los intereses laborales de los trabajadores, directivos de la escuela, exalumnos, así? como con los demás miembros de la comunidad interesados en el desarrollo de la propia escuela”. Además, el art. 70 establece que “en cada municipio operara un consejo municipal de participación social en la educación integrado por autoridades municipales, padres de familia y representantes de sus asociaciones, maestros distinguidos y directivos de escuelas, representantes de la organización sindical de los maestros, quienes acudirán como representantes de los intereses laborales de los trabajadores, así? como representantes de organizaciones de la sociedad civil cuyo objeto social sea la educación y demás interesados en el mejoramiento de la educación”. Lo mismo establece el Art. 71 respecto de las entidades federativas.
- 126 Art. 57 inc. XV LGDNNA.
- 127 Art. 7 LGE.
- 128 Art. 38 LGE.
- 129 Art. 50 LGDNNA. Allí se agrega también un amplio catálogo de fines y objetivos en materia de salud sobre los que deben enfocarse las autoridades federales, entidades federativas, municipales y demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias.
- 130 Art. 50 LGDNNA.
- 131 Art. 50 LGDNNA.
- 132 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984. Última reforma publicada DOF 12-07-2018. Esta ley “reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social” (art. 1).
- 133 Art. 77 bis 37 LGS, adicionado DOF 15-05-2003.
- 134 Art. 166 Bis 8 LGS: “Si el enfermo en situación terminal es menor de edad, o se encuentra incapacitado para expresar su voluntad, las decisiones derivadas de los derechos señalados en este título, serán asumidos por los padres o el tutor y a falta de estos por su representante legal, persona de su confianza mayor de edad o juez de conformidad con las disposiciones aplicables”
- 135 Art. 268 Bis-1 LGS: “Queda prohibido realizar tatuajes, micro pigmentaciones y perforaciones a personas menores de 18 años de edad, así como aquellas que no se encuentren en pleno goce de sus facultades mentales. En el caso de las acciones antes mencionadas, sólo podrá exceptuarse lo anterior cuando los menores de 18 años estén acompañados de uno de sus padres o tutor previa acreditación de tal carácter, o cuenten con la autorización por escrito. La violación de esta disposición se sancionará en los términos previstos en el artículo 419 de esta Ley, y conllevará a la



- revocación definitiva de la autorización respectiva”.  
Artículo adicionado DOF 24-04-2006.
- 136 V. gr. art. 100.IV, art. 103, art. 166 bis 3 y 51 bis 2 (aunque este artículo pareciera referirse a la intervención de representantes ante supuestos de incapacidad material).
- 137 V.gr. Chile, Guatemala, El Salvador, Paraguay, Panamá, entre otros.
- 138 En cualquier caso, debe advertirse que en las Orientaciones generales para los informes periódicos, el Comité indica a los Estados que deben proveer información sobre la edad mínima para el tratamiento médico o las intervenciones quirúrgicas sin el consentimiento de los padres (párrafo 24).
- 139 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 39.
- 140 Véase, por todos, la Observación General nro. 12 del Comité, sobre derecho del niño a ser oído, donde con toda contundencia se afirma que el “El derecho al asesoramiento y consejo es distinto del derecho a otorgar consentimiento médico y no se debe someter a ninguna limitación de edad”. CRC/C/GC/12, párr. 101.
- 141 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 8.
- 142 Observación General N° 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, CRC/C/GC/15, párr. 31.
- 143 Art. 50, V, VI, VII, XI y XIII LGDNNNA.
- 144 No es punible el aborto causado “solo por imprudencia de la mujer” o cuando “sea resultado de una violación” (art. 333 CPF). Tampoco se aplica sanción cuando la mujer embarazada o el producto del embarazo corran peligro de muerte. A su vez, se establece una atenuante para el caso de la mujer que procure voluntariamente un aborto solo si se reúnen tres circunstancias: “que no tenga mala fama, que haya logrado ocultar su embarazo y, que este sea fruto de una unión ilegítima” (art. 332 CPF).
- 145 Si el aborto es practicado durante las primeras 12 semanas o si el embarazo es producto de una violación o existe riesgo para la vida de la mujer gestante o evidencia sobre daños físicos o mentales en el feto.
- 146 CRC/C/MEX/CO/4-5 (2015) p. 5 a).
- 147 CRC/C/MEX/CO/4-5 (2015) p. 50 a).
- 148 CRC/C/MEX/CO/4-5 (2015) p. 50 c). Allí el Comité también remarcó que También debe garantizar el interés superior de las adolescentes embarazadas y velar por que el personal médico siempre escuche y respete la opinión de la niña en las decisiones relacionadas con el aborto”.
- 149 Es facultad del Congreso de la Unión expedir la legislación en materia de “justicia penal para adolescentes, que regirá? en la República en el orden federal y en el fuero común” (art. 73 inc. XXI.c CPEUM). A su vez, “[e]l Congreso de la Unión, las Legislaturas de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, deberán prever los recursos necesarios para la debida implementación, funcionamiento y desarrollo del sistema de justicia para adolescentes” (art. 18 párrafo cuarto CPEUM).
- 150 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio de 2016. Esta ley es de orden público y de observancia general en toda la República Mexicana.
- 151 Art. 145 LNJPA.
- 152 Se trata de los delitos de secuestro, trata de personas, terrorismo, extorsión agravada, ciertos delitos contra la salud, posesión, portación, fabricación, importación y acopio de armas de fuego prohibidas y/o de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas, homicidio doloso, violación, lesiones dolosas que pongan en peligro la vida o dejen incapacidad permanente, y robo cometido con violencia física (art. 164 LNJPA). ??
- 153 Las previstas son: “a) Amonestación; b) Apercibimiento; c) Prestación de servicios a favor de la comunidad; d) Sesiones de asesoramiento colectivo y actividades análogas; e) Supervisión familiar; f) Prohibición de asistir a determinados lugares, conducir vehículos y de utilizar instrumentos, objetos o productos que se hayan utilizado en el hecho delictivo; g) No poseer armas; h) Abstenerse a viajar al extranjero; i) Integrarse a programas especializados en teoría de género, en casos de hechos tipificados como delitos sexuales; j) Libertad Asistida” (art. 155 LNJPA). ?
- 154 Solo procede frente a delitos que no prevén penas privativas de la libertad y no implica reconocimiento de la comisión del hecho. No procede frente a casos de violencia familiar (arts. 95 y 96 LNJPA).
- 155 Solo procede frente a delitos que no prevén penas privativas de la libertad y siempre que no haya oposición fundada de la víctima (art. 100 LNJPA).
- 156 Art. 94 LNJPA.
- 157 Arts. 119 a 124 LNJPA.
- 158 “Quedan prohibidos los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción o medida disciplinaria contraria a los derechos humanos de la persona adolescente” (art. 15 LNJPA). A su vez, “Queda prohibido aplicar como medida disciplinaria a las personas adolescentes privadas de la libertad la medida de aislamiento. Únicamente en aquellos casos en que sea estrictamente necesario para evitar o resolver actos de violencia generalizada o amotinamiento en los que esté directamente involucrada, la persona adolescente podrá ser aislada por el menor tiempo posible y esta medida nunca deberá exceder de veinticuatro horas. En estos casos es responsabilidad de la Dirección del Centro de Internamiento dar aviso inmediato a su Defensa. En ningún caso el aislamiento implicará la incomunicación” (art. 54 LNJPA).
- 159 Art. 38 LNJPA.
- 160 Observación General nro. 10 (2007), “Los derechos del niño en la justicia de menores”, CRC/C/GC/10, párr. 33.
- 161 V.gr. sobre el proceso de adopción (art. 27), los procesos judiciales (art. 73) y migratorios (art. 92).
- 162 En esta línea, de manera previa a la aprobación de la LNEP, el Comité había advertido que “los niños de hasta 6 años pueden permanecer junto a sus madres en prisión” y recomendó al Estado “que estudie todas las alternativas posibles a la detención de las madres”. CRC/C/MEX/CO/4-5, parr. 43/44.
- 163 CRC/C/MEX/CO/4-5 (2015), p. 29, 30.a).
- 164 Ver al respecto Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/GC/4.
- 165 CRC/C/GC/10, párr. 33.

# NICARAGUA



© UNICEF Nicaragua/2011/O. Moraga

## 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República de Nicaragua

En 1995, una reforma incorporó a la Constitución Política de la República (CPRN) un párrafo en el que se afirma el derecho de los NNyA a la protección especial y la “plena vigencia” de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>4</sup>. De allí se desprende la jerarquía constitucional de la Convención<sup>5</sup>.

Este párrafo se ubica en el capítulo dedicado a los “Derechos de la familia”, donde varias disposiciones más se refieren de forma expresa a los NNyA. Así, además del derecho a la protección de la familia, que encabeza el capítulo<sup>6</sup>, se afirma la responsabilidad parental<sup>7</sup>, la





Instrumento	
CDN	Jerarquía constitucional.
Reservas	No hizo.
Declaraciones	No hizo.
PF 1 <sup>1</sup>	Ratificado en 2005. Hizo una declaración señalando los requisitos para que las personas jóvenes de 18 a 21 años de edad puedan ser reclutadas voluntariamente en las Fuerzas Armadas.
PF 2 <sup>2</sup>	Ratificado en 2004.
PF 3 <sup>3</sup>	Aún sin firmar.

*“Los servicios de educación, salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos y ampliarlos”.*

igualdad entre los hijos<sup>8</sup>, el deber de prevención, protección y educación de los NNyA por parte del Estado, la sociedad y la familia<sup>9</sup>, así como la protección de la maternidad y paternidad responsables, el derecho a investigar la filiación<sup>10</sup> y “el derecho de adopción en interés exclusivo del desarrollo integral del menor”<sup>11</sup>.

Por fuera de este capítulo, los derechos específicos de los NNyA también son abordados en las secciones referidas a la educación, el trabajo, la economía nacional, los derechos individuales y la nacionalidad.

En relación a la educación, la Constitución establece su carácter laico<sup>12</sup> y fija la gratuidad de la educación primaria y secundaria, pero la obligatoriedad solo alcanza al primer nivel. Además, se afirma que “los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Caribe tienen derecho en su región a la educación intercultural en su lengua materna”<sup>13</sup>.

La Constitución también establece los objetivos de la educación<sup>14</sup> -que en buena medida coinciden con los previstos en el artículo 29 de la Convención- y promueve la participación de la familia y la comunidad en el proceso educativo<sup>15</sup>.

En el capítulo referido a la economía nacional, en tanto, se enfatiza que “Los servicios de educación, salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos y ampliarlos”<sup>16</sup>. Allí también se afirma que “Se garantiza la gratuidad de la salud para los sectores vulnerables de la población, priorizando el cumplimiento de los programas materno infantil”<sup>17</sup>.

En materia de protección contra la explotación laboral, la Constitución prohíbe sin ambages el trabajo de los NNyA “en labores que puedan afectar su desarrollo normal o su ciclo de instrucción obligatoria” y se afirma su protección “contra cualquier clase de explotación económica y social”<sup>18</sup>. Sin embargo, lamentablemente, no se ha previsto una edad mínima de admisión al empleo en el texto constitucional.

En el capítulo de derechos individuales, además de los artículos referidos a las garantías que amparan a todas las personas, la Constitución incluye una referencia expresa a los NNyA, que alude al principio de especialidad en la justicia<sup>19</sup>.

Finalmente, resulta ineludible referirse a los artículos que regulan el derecho a la nacionalidad. De conformidad con la tradición americana, Nicaragua sigue el principio de jus soli, reconociendo la nacionalidad a todas las personas nacidas en su territorio, pero también ampara a los hijos de nicaragüenses nacidos en el exterior y a “Los infantes de padres desconocidos encontrados en territorio nicaragüense”, aunque en este último caso la Constitución deja latente la posibilidad de la pérdida de la nacionalidad una vez conocida su filiación<sup>20</sup>. Además, tal como otros países de la región, la Constitución también otorga la posibilidad de obtener la nacionalidad nicaragüense a los centroamericanos<sup>21</sup>.



## 2. El Código de la Niñez y la Adolescencia. Leyes relacionadas

El Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) de Nicaragua se ubica dentro la primera etapa codificadora en la región tras la entrada en vigor de la Convención<sup>22</sup>, pues se aprobó en 1998<sup>23</sup>. Se trata de un extenso cuerpo normativo, organizado en tres títulos, en los que se abordan los derechos y garantías de los NNyA, el sistema de protección y el sistema de justicia penal especializada<sup>24</sup>. Este último tema absorbe más de la mitad del articulado, reflejando el sesgo general del Código.

- **El principio de interés superior de los NNyA**

El CNA se inicia enunciando sus fundamentos y principios, entre los que tiene un lugar destacado el de interés superior. La definición seguida en el CNA<sup>25</sup>, aunque perfectible, es lo suficientemente amplia, reclamando que se tome en cuenta el interés superior de los NNyA en las medidas que los afecten por parte de las instituciones públicas y privadas.

A su vez, se afirma el carácter interpretativo del principio de interés superior, aunque paradójicamente no se indica el sentido de la interpretación. Debe recordarse que la faz interpretativa del principio de interés superior reclama que “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”<sup>26</sup>.

En el mismo sentido, el CNA tampoco reconoce al principio

de interés superior como una norma procedimental. Aunque en otro artículo se afirma el derecho de los NNyA a ser oídos en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte sus derechos<sup>27</sup>, esto no alcanza a satisfacer el carácter procedimental del principio de interés superior. Al respecto, el Comité ha dicho que este principio, en tanto norma de procedimiento, implica que “siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados”<sup>28</sup>.

En definitiva, si bien otros artículos del CNA enfatizan la relevancia del principio de interés superior<sup>29</sup>, puede lograrse una mejor adecuación a la Convención reelaborando la definición de los arts. 9 y 10.

- **El derecho a la identidad**

El CNA define al derecho a la identidad en relación a la nacionalidad, al nombre, a las relaciones familiares y al registro del nacimiento, de una manera muy similar a los artículos 7 y 8 de la Convención<sup>30</sup>. El CNA también obliga a los hospitales y centros de salud públicos y privados a identificar a los recién nacidos<sup>31</sup>.

En este terreno, resulta fundamental la “Ley de responsabilidad paterna y materna”<sup>32</sup>. Esta ley “tiene por objeto regular el derecho de las hijas e hijos a tener nombres y apellidos y, en consecuencia, el derecho a su inscripción expedita; el derecho de las hijas e hijos a la determinación de la filiación paterna, materna

*El CNA define al derecho a la identidad en relación a la nacionalidad, al nombre, a las relaciones familiares y al registro del nacimiento, de una manera muy similar a los artículos 7 y 8 de la Convención. El CNA también obliga a los hospitales y centros de salud públicos y privados a identificar a los recién nacidos.*



o ambas”<sup>33</sup>. La norma enfatiza la gratuidad del registro de nacimiento y establece el procedimiento a seguir en caso de que el reconocimiento solo sea hecho por la madre. Así, se prevé la citación al progenitor alegado para que efectúe el pertinente reconocimiento, bajo apercibimiento de tenerse por válido lo afirmado por la madre. En caso de que el progenitor alegado rechazare la paternidad, la autoridad administrativa está facultada a ordenar un análisis de ADN, presumiéndose la paternidad en caso de incomparecencia.

Este último supuesto puede objetarse, tal como se ha señalado respecto de otros países con regulaciones similares, pues si bien el sistema de presunciones legales no es en sí mismo incompatible con el derecho a la identidad, la negativa a someterse a un análisis de ADN puede resolverse facultando a la autoridad judicial a disponer el uso de la fuerza pública para obtener una muestra biológica, tal como la mayoría de los sistemas jurídicos admiten en el procedimiento penal. Ello sería más consistente con priorizar el interés superior del niño.

Por otro lado, aunque la definición del derecho a la identidad que adopta el CNA no hace referencia a la identidad cultural, también se reconoce de modo general el derecho de los NNYA que pertenecen a comunidades indígenas a “vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales”<sup>34</sup>. Este principio se refuerza en el capítulo dedicado a la educación, donde se prevé la educación intercultural y en la lengua materna de los NNYA<sup>35</sup>.

En cambio, la identidad de género no tiene reconocimiento en el CNA ni en la legislación específica del Registro Civil, por lo que no se permite adecuar el nombre y la inscripción registral –ni de NNYA ni de adultos- a la autopercepción de género. Como se ha señalado al analizar la legislación similar en la mayoría de los países de la región, debe recordarse que la Corte IDH ha afirmado que el derecho a la identidad de género ampara “a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida” y que “debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía?progresiva,

a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación”<sup>36</sup>.

## • El derecho a la familia

El CNA dedica un capítulo a la “convivencia familiar”, que se inicia afirmando que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su familia, por lo que no deberán ser separados de su madre y padre, salvo cuando la convivencia con uno o ambos padres representen un peligro para la vida, integridad física y desarrollo integral del menor”, caso en el cual la separación “deberá ser ordenada mediante resolución judicial motivada, bajo pena de nulidad, en procedimiento contencioso”<sup>37</sup>. Además, se prohíbe separar a los NNYA de sus familias con fundamento en la falta de recursos materiales<sup>38</sup>.

A su vez, se afirma el derecho de los NNYA “desde que nacen a crecer en un ambiente familiar que propicie su desarrollo integral”<sup>39</sup>, por lo que aquellos “privados de su medio familiar o que se encuentren en estado de total desamparo, tendrán derecho a otra familia”<sup>40</sup>. El desamparo es definido como la falta de “la alimentación y la protección y cuidado que le afecte material, psíquica o moralmente”<sup>41</sup> al NNoA en cuestión. Si bien la declaración de desamparo debe ser realizada judicialmente, previa investigación hecha por un equipo interdisciplinario especializado de la autoridad administrativa, debe objetarse que la definición es excesivamente amplia, pudiendo facilitar la arbitrariedad judicial.

Estas disposiciones deben ser analizadas en conjunto con la legislación sobre adopción, materia de una ley específica, y sobre la cual el CNA se limita a definir como excepcional, “privilegiando la adopción por nacionales”<sup>42</sup>, debiendo preferentemente ubicarse a los NNYA en situación de desamparo en hogares de familias consanguíneas o en hogares sustitutos<sup>43</sup>.

En la “Ley de Adopción”<sup>44</sup> no se incluyen medidas dirigidas a verificar la información reunida en sede administrativa. Si bien los jueces están facultados a ordenar una investigación de oficio o ante solicitud de parte, esta solo es obligatoria en casos de oposición de los familiares consanguíneos de los NNYA sobre los que recae el proceso<sup>45</sup>. De este modo, la legislación nicaragüense se aparta de la Convención, en tanto ésta exige la revisión judicial de las medidas que



© UNICEF/Nicaragua/2007/G. Bell

impliquen la separación familiar<sup>46</sup>, la que no debe ser concebida como una mera formalidad destinada de ante mano a convalidar las actuaciones administrativas.

La “Ley de Adopción” también merece otros cuestionamientos, que se vinculan indirectamente con la deficiente previsión de medidas de investigación dirigidas a verificar la situación de los NNyA sujetos del proceso. Así, se permite que en casos “excepcionales calificados” los trámites pertinentes sean realizados por intermedio de apoderado<sup>47</sup>. La ley no define de qué casos se trata, abriendo excesivamente la puerta a la intervención de intermediarios que pueden lucrar con el proceso adoptivo. Para peor, no existe ninguna prohibición de pago a los padres para que brinden su consentimiento. De conformidad con el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños<sup>48</sup>, el rol de los intermediarios debiera ser fuertemente limitado, a la vez que tipificarse como delito el pago de dinero para obtener la conformidad de los progenitores<sup>49</sup>.

Asimismo, al igual que la mayoría de los países de la región, la “Ley de Adopción” establece su

carácter irrevocable<sup>50</sup>, lo que limita fuertemente la revisión de aquellas adopciones fraudulentas o que encubren ilícitos. En este mismo sentido, tampoco se restringe la adopción por parte de quienes acogen de modo informal al niño ni se prevén medidas dirigidas a evitar que esta práctica sea utilizada para legalizar el tráfico de niños. En este sentido, en las Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado se destaca que los Estados deberían “elaborar medidas especiales apropiadas a fin de proteger a los niños en acogimiento informal contra el abuso, el descuido, el trabajo infantil y toda forma de explotación, con particular atención al acogimiento informal ejercido por personas sin vínculo familiar, o por familiares no conocidos previamente por el niño o lejos del lugar de residencia habitual del niño”<sup>51</sup>. Nada de esto se ha previsto en Nicaragua.

Finalmente, entre otras omisiones, no se ha previsto ninguna medida para promover la adopción conjunta de hermanos, para garantizar el derecho de los NNyA adoptados a conocer su origen -sin que si quiera se imponga el deber de conservar los archivos del proceso adoptivo- o para dar un tratamiento diferenciado a quienes pertenecen a pueblos indígenas, que les permita preservar su identidad cultural.

- **El derecho a la protección contra toda forma de violencia**

El CNA establece que “Las relaciones familiares descansan en el respeto, solidaridad e igualdad absoluta de derechos y responsabilidades entre los padres y madres” y que “En caso de maltrato físico, psíquico, moral, abuso sexual, o explotación en contra de las niñas, niños y adolescentes por parte de sus padres,



madres, tutores o cualquier otra persona, podrán ser juzgados y sancionados conforme la legislación penal vigente<sup>52</sup>. Sin embargo, precisamente el Código Penal no penaliza adecuadamente la violencia contra los NNyA, pues el tipo penal de “violencia doméstica o intrafamiliar” exige que ésta provoque, al menos, lesiones leves, sin criminalizar los actos humillantes, denigrantes o incluso aquellos contactos físicos violentos que no provoquen lesiones<sup>53</sup>. De igual modo, tampoco existe un abordaje específico de la violencia contra NNyA fuera del ámbito familiar. Por ello, no puede afirmarse que el castigo físico esté adecuadamente prohibido en todos los ámbitos.

El Código de Familia también ofrece una definición de la violencia intrafamiliar, en este caso tomando en cuenta la violencia psicológica<sup>54</sup>. Sin embargo, tampoco allí hay una prohibición clara del castigo corporal ni se establecen sanciones por estos actos, aunque se impone el deber de denunciar a cualquier persona que tenga conocimiento de hechos de violencia intrafamiliar<sup>55</sup>.

A su vez, Nicaragua cuenta con una “Ley Integral contra la Violencia Hacia las Mujeres”. Esta ley tiene un objeto amplio -sin limitarse a las relaciones de pareja-, por lo que abarca a las niñas y adolescentes víctimas de violencia e incluye algunas medidas dirigidas a este colectivo, así como también sobre los niños y adolescentes cuyas madres son víctimas de violencia. Así, la ley reconoce entre sus principios rectores el de interés superior y faculta a las autoridades a disponer -como medida cautelar- la exclusión del hogar del agresor, la suspensión del régimen de visitas e imponer el pago de proporcionar alimentos<sup>56</sup>.

En definitiva, aunque sería saludable ampliar el abordaje sobre las niñas y adolescentes o sobre los niños que son testigos o víctimas indirectas de violencia hacia la mujer, el principal déficit se registra en la violencia intrafamiliar no asociada a violencia de género.

- **El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata**

El CNA afirma el derecho de los NNyA a no ser objeto de explotación o abuso sexual y a recibir protección adecuada por parte de la ley, del Estado y de las instituciones públicas y privadas<sup>57</sup>. Sin

embargo, paralelamente impone a los directores de los centros educativos “la obligación de comunicar en primera instancia a la madre, padre o tutor, los casos de maltrato, violación y abuso sexual”, debiendo solo denunciar el hecho ante las autoridades correspondientes “en caso de reincidencia o gravedad”<sup>58</sup>. De este modo, la afirmación genérica de protección, se desdibuja en una norma que promueve la visión del abuso sexual de los NNyA como un asunto privado de las familias y que incluso no contempla la posibilidad de que este se produzca precisamente en el ámbito intrafamiliar.

Este artículo, a su vez, tiene directa relación con el régimen de la acción penal. El Código Procesal Penal define como regla general que “Son delitos de acción pública a instancia particular, los delitos de violación cuando la víctima sea mayor de dieciocho años, estupro y acoso sexual”<sup>59</sup>. En estos casos, si la víctima es menor de 18 años, la acción penal procederá de oficio si el delito es cometido por sus parientes o representante legal o si existe conflicto de interés de éstos con la víctima<sup>60</sup>. De ello se desprende que en los demás casos la acción penal depende de instancia privada<sup>61</sup>.

Como aspecto positivo, podemos destacar que se ha previsto el inicio del cómputo de la prescripción a partir de que la víctima cumpla la mayoría de edad<sup>62</sup> y que se prohíben los mecanismos de mediación o suspensión de la pena cuando las víctimas son NNyA<sup>63</sup>.

La edad mínima para el consentimiento sexual es de 14 años<sup>64</sup>. Asimismo, aunque con un tipo penal anticuado, se criminalizan las relaciones sexuales entre adolescentes -menores de 16 años- y adultos<sup>65</sup>.

La tipificación de delitos de carácter sexual contra NNyA es suficientemente amplia, aunque aún puede extenderse. Así, además de los tipos penales más tradicionales, se prevé el acoso sexual -con una penalidad agravada en caso de víctimas menores de 18 años<sup>66</sup>-, la explotación sexual en espectáculos públicos o privados, las actividades vinculadas a las imágenes de abuso sexual infantil -promoción, elaboración, difusión, distribución<sup>67</sup>-, el “acto sexual con adolescentes mediante pago”<sup>68</sup>, la promoción del turismo con fines de explotación sexual utilizando personas menores de dieciocho años<sup>69</sup> y la trata de personas con fines de explotación sexual.

Estos tipos penales fueron introducidos, en su mayoría, con el Código Penal sancionado en 2008. Sin embargo, se omitió armonizar estas figuras con los tipos penales más antiguos -como la rufianería y el proxenetismo-,



que prevén penalidades inferiores y podrían aplicarse para conductas similares.

En este sentido, en 2010, en las últimas observaciones finales al Estado vinculadas al Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, el Comité celebró la aprobación del Código Penal de 2008, pero lamentó que Nicaragua “no haya cumplido totalmente las obligaciones contraídas en virtud del Protocolo facultativo”<sup>70</sup>.

Indudablemente, la aprobación de una ley específica contra la trata de personas<sup>71</sup> en 2015 implicó un gran avance en dirección a cumplir con esas obligaciones. Esta ley adecuó la definición de la trata de personas al Protocolo de Palermo, incorporando diversas modalidades que en el Código Penal de 2008 no estaban previstas -como diversas formas de explotación sexual, el matrimonio y el embarazo forzado-. Además, reconoce entre sus principios rectores los de interés superior, minoría de edad y unidad familiar, y de forma concordante contempla medidas específicas para los NNyA, como la inclusión de contenidos en la currícula educativa de todos los niveles escolares para prevenir estos delitos y les reconoce derecho preferente en la reparación del daño<sup>72</sup>.

Finalmente, cabe destacar que el matrimonio es admisible desde los 16 años, si los adolescentes cuentan con la autorización de sus representantes legales<sup>73</sup>. Como reiteradamente se ha señalado, la Convención no admite el matrimonio -ni otras uniones equivalentes- por debajo de los 18 años, sin excepciones. Lamentablemente, este tema fue reformado hace poco años -en el 2015- sin ajustarse a este principio fundamental.

## • El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil

El CNA fija la edad de admisión al empleo en 14 años. Por arriba de esa edad, también está prohibido el trabajo insalubre y nocturno, aunque la delimitación de estos es algo imprecisa<sup>74</sup> y debe ser complementada con la normativa del sector<sup>75</sup>. Del mismo modo, aunque el CNA exige que el trabajo de los adolescentes no entorpezca la continuidad de su proceso educativo y respete su condición de personas en desarrollo, no se requiere la emisión de un permiso o autorización por parte de la autoridad administrativa. Esta omisión fue suplida en una resolución del Ministerio de Trabajo, pero solo para los adolescentes de 14 y 15 años, no exigiéndose ningún permiso a partir de los 16 años.

Estas disposiciones se integran con el Código de Trabajo, donde se incluye un capítulo específico sobre el trabajo de los adolescentes. Allí se limita la jornada laboral a un máximo de 6 horas diarias y 30 semanales, se dispone su derecho a contar con un salario igual -por trabajo igual- al de los otros trabajadores, “a acceder y asistir a modalidades y horarios escolares compatibles con sus intereses y condiciones” y “a la participación y organización sindical”, entre otros<sup>76</sup>.

En este Código también se realiza una definición del trabajo infantil excesivamente estrecha. Así, “se considera trabajador al niño, niña y adolescente, que mediante remuneración realiza actividades productivas o presta servicios de orden material, intelectual u otros”<sup>77</sup>. Al exigirse que medie remuneración, quedan sin protección el trabajo realizado en el ámbito familiar y



el trabajo por cuenta propia. Igualmente, el Código prevé que “Los fines benéficos de particulares y de instituciones sociales dedicadas a la enseñanza o al cuidado de niñas y niños desvalidos, no justifican la explotación económica ni el maltrato de estos menores”<sup>78</sup>, por lo que una interpretación a contrario sensu puede llevar a concluir que se permite el trabajo no remunerado en esas instituciones, mientras no consista en una explotación o maltrato.

También es cuestionable que no se haya previsto ningún régimen diferente para el trabajo doméstico adolescente. El Código del Trabajo dedica un capítulo específico al trabajo doméstico, bajo el título “condiciones especiales de trabajo”, que alimenta la interpretación de que en este ámbito no rigen las reglas generales del Código. De hecho, se establece una jornada de trabajo diferenciada e indica que los trabajadores domésticos podrán “asistir, dentro de las limitaciones del servicio, a una escuela nocturna para cursos corrientes o de alfabetización en su caso”<sup>79</sup>, lo que constituye un derecho más limitado que el reconocido a los demás adolescentes trabajadores. A ello se agrega un artículo que si bien tiene un propósito noble -garantizar el pago del salario-, tácitamente avala el trabajo doméstico adolescente e incluso de niñas y niños<sup>80</sup>.

De este modo, la legislación de Nicaragua no se encuentra en armonía con el “Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos” de la OIT -que el país ratificó en 2013- en tanto allí se dispone que todo Estado miembro “deberá adoptar medidas para asegurar que el trabajo efectuado por los trabajadores domésticos menores de 18 años pero mayores de la edad mínima para el empleo no los prive de la escolaridad obligatoria, ni comprometa sus oportunidades para acceder a la enseñanza superior o a una formación profesional”<sup>81</sup>.

Finalmente, cabe apuntar que la normativa sobre protección contra la explotación económica y el trabajo infantil se completa con la Ley contra la Trata de Personas, pues adecuadamente allí se tipifican formas de trata como la explotación laboral, los trabajos o servicios forzados, el trabajo infantil, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre y la utilización de NNyA en mendicidad.

## • El derecho a la educación

El CNA extiende la obligatoriedad de la educación -prevista en la Constitución solo para el nivel inicial-hasta el ciclo secundario y refuerza su carácter gratuito, enfatizando que “Ninguna niña, niño o adolescente quedará sin matrícula, derecho a realizar exámenes o recibir sus notas o diplomas por razones económicas en los Centros de Educación estatal”<sup>82</sup>.

Además, se reconoce su derecho a peticionar y reclamar la revisión de los criterios de evaluación, así como a participar en el proceso educativo y formar organizaciones estudiantiles<sup>83</sup>. Estos derechos, a su vez, también están previstos en la Ley General de Educación, donde se agregan algunos derechos adicionales igualmente relevantes, como el derecho a no ser sujetos de castigos corporales, humillaciones o discriminaciones<sup>84</sup>. En esta ley, además, se definen los principios, fines y objetivos de la educación, en plena sintonía con el artículo 29 de la Convención.

En cuanto a los NNyA que pertenecen a poblaciones indígenas y afrodescendientes, como vimos, la propia Constitución afirma su derecho a la recibir “educación intercultural en su lengua materna”<sup>85</sup>. Tanto el CNA<sup>86</sup> como la Ley General de Educación recogen esa definición constitucional, estableciendo como uno de los fines de la educación “el respeto, rescate y fortalecimiento de las diversas identidades étnicas, culturales y lingüísticas” para los NNyA de la Costa Caribe y la educación intercultural-bilingüe para todas las regiones autónomas<sup>87</sup>. A ello se agrega una “Ley de uso oficial de las lenguas de las comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua”<sup>88</sup>, donde se incluye un capítulo específico sobre la educación, con previsiones para los ciclos educativos preescolar, básico y diversificado.

En relación a los NNyA con discapacidad, el CNA apenas enuncia su derecho a la educación<sup>89</sup>. En la Ley General de Educación, en cambio, se fija como una definición de la educación nicaragüense su carácter “inclusivo”<sup>90</sup> y se proclama que “se desarrollará la filosofía de la inclusión en aulas regulares, sin perjuicio de la atención complementaria y personalizada que requieran”<sup>91</sup> para los NNyA con discapacidad. Estas definiciones fueron celebradas por el Comité, aunque también hizo saber su preocupación por la falta de “capacitación de los maestros para hacer frente a este problema”<sup>92</sup>.

## • El derecho a la salud

Los derechos específicos de los NNyA en este ámbito tienen un reconocimiento limitado. Si bien el CNA contiene numerosos artículos dirigidos a garantizar el acceso a los servicios médicos para los NNyA -que se agregan a la regla general de prioridad absoluta<sup>93</sup>-, no hay ninguna norma que garantice su derecho a ser informados y a recibir atención autónomamente de sus padres o responsables legales ni a ser oídos o decidir sobre los tratamientos médicos a aplicárseles de acuerdo al principio de autonomía progresiva.

Por el contrario, el CNA solo alude a la atención de NNyA sin la presencia de sus representantes legales en caso de emergencia<sup>94</sup>. A su vez, el Reglamento de la Ley General de Salud -donde se regulan los derechos de los usuarios- establece que los NNyA solo reciban información sobre su estado de salud y el proceso de atención en presencia de su madre, padre o tutor legal<sup>95</sup>.

Como se ha señalado al revisar la legislación similar de otros países de la región<sup>96</sup>, aunque la cuestión referida a la delimitación de la madurez de los NNyA para brindar su consentimiento para un tratamiento médico es siempre un asunto problemático, el camino elegido por la legislación nicaragüense desatiende por completo los principios de autonomía progresiva y del interés superior del niño, que reclaman que al menos se tenga en cuenta su opinión<sup>97</sup>. Sobre este asunto, recientemente el Comité ha señalado que “Las intervenciones y los tratamientos médicos deben contar con el consentimiento voluntario e informado del adolescente, con independencia de que se exija o no también el de un progenitor o representante legal”<sup>98</sup>.

La cuestión referida al acceso a la información en relación a la salud, en cambio, es mucho menos compleja.

Bajo el paradigma de la Convención, el derecho de los NNyA a recibir asesoramiento sin el consentimiento de sus padres no tiene relación con la edad en que puede autónomamente decidir sobre un tratamiento médico y no debe tener un límite de edad<sup>99</sup>. Así, se ha remarcado que es un derecho fundamental “cuando sus opiniones y/o intereses difieren de los de sus padres, o incluso se oponen a ellos: por ejemplo, en casos de malos tratos o descuido por parte de los padres u otros miembros de la familia”<sup>100</sup>. Por el contrario, el CNA dispone que los centros de salud deberán comunicar a los representantes legales los casos en los que haya sospechas de maltrato, abuso o violación, sin imponer necesariamente el deber de denunciar ese hecho a las autoridades ni tomar en cuenta la posibilidad de que la agresión provenga del representante<sup>101</sup>. De este modo, este artículo incluso se aparta de la lógica del Código Procesal Penal que, como vimos, establece que la acción penal procede de oficio en los casos de violación cuando las víctimas sean NNyA y el delito sea cometido por sus parientes o representante legal o si existe conflicto de interés de éstos con la víctima. En definitiva, el desacople normativo de la legislación nicaragüense en materia de salud con la Convención -en especial con los artículos 1, 3, 5 y 24 - es notorio.

La situación es apenas algo diferente en relación al acceso a la información sobre salud sexual y reproductiva. En este ámbito, el CNA establece el derecho de los NNyA “a recibir una educación sexual integral, objetiva, orientadora, científica, gradual y formativa, que desarrolle su autoestima y el respeto a su propio cuerpo y la sexualidad responsable”<sup>102</sup>. A su vez, la Ley General de Salud establece que la atención en salud de los NNyA debe incluir acciones para la salud sexual y reproductiva<sup>103</sup>.

Sin embargo, en este terreno es

*El Libro Tercero del CNA se dedica al “Sistema de justicia penal especializada”, fijando la edad mínima de responsabilidad penal en 13 años. Si bien se trata de una de las edades más bajas de la región, se advierte que solo admite las medidas privativas de la libertad desde los 15 años.*



mucho más preocupante la penalización del aborto, que tras una reforma legislativa efectuada en 2006 no reconoce excepciones ni si quiera en casos de violación o riesgo de vida para las mujeres gestantes. En sus últimas observaciones finales, el Comité hizo suya la preocupación expresada anteriormente por distintos órganos de tratados del Sistema Universal de DDHH<sup>104</sup> y de modo enfático recomendó al Estado que “Derogue los artículos del Código Penal que penalizan el aborto y garantice que las niñas no estén sujetas a sanciones penales por tratar de abortar o abortar en ninguna circunstancia”<sup>105</sup>.

## • El sistema de responsabilidad penal adolescente

El Libro Tercero del CNA se dedica al “Sistema de justicia penal especializada”, fijando la edad mínima de responsabilidad penal en 13 años. Si bien se trata de una de las edades más bajas de la región, se advierte que solo admite las medidas privativas de la libertad desde los 15 años, contemplándose también medidas socio-educativas, de orientación y supervisión, y de limitación parcial de la libertad ambulatoria<sup>106</sup>.

A su vez, las sanciones que impliquen privación de la libertad solo proceden para delitos especialmente graves, aunque puede cuestionarse la inclusión del robo o el tráfico de drogas, especialmente considerando que no se distingue entre grados de participación<sup>107</sup>. A su vez, se especifica que la privación de la libertad debe ser dispuesta como última medida y por el tiempo más breve posible, que no puede exceder de los 6 años. Si bien este tope puede considerarse demasiado alto, lo cierto es que también se ubica entre los más bajos de la región. Sin embargo, se advierte que -más allá de este límite- la penalidad prevista es la misma que para el régimen de adultos<sup>108</sup>. Debe recordarse que el Comité ha subrayado que “la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo”<sup>109</sup>. Un sistema que fija una pena mínima igual para adolescentes y adultos desconoce estos principios.

También merece cuestionarse la regulación de la privación de la libertad como medida cautelar. Si bien se establece su carácter excepcional<sup>110</sup>, se admite que sea dispuesta no solo en casos de riesgos procesales,

sino también “cuando se presuma gravemente” la participación del adolescente en un hecho ilícito o en casos de flagrancia<sup>111</sup>. La utilización de la prisión preventiva en estos últimos supuestos implica claramente un anticipo de pena que, al decir del Comité, “atenta contra la presunción de inocencia”<sup>112</sup>. En el mismo sentido, el estándar interamericano es suficientemente claro en cuanto a la incompatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la imposición de la prisión preventiva por fuera de los riesgos procesales<sup>113</sup>.

El sistema de responsabilidad penal nicaragüense contempla pocos mecanismos de salidas alternativas al proceso. Así, apenas prevé la cancelación de la acción en casos de delitos leves o culposos cometidos contra familiares<sup>114</sup> o su limitación en casos de pena natural o multiplicidad de delitos<sup>115</sup>, en tanto que la conciliación solo procede frente a delitos con penas no privativas de la libertad<sup>116</sup>. Por fuera de ello, no se prevén otros mecanismos de salidas alternativas. Debe recordarse que el Comité ha remarcado que “la decisión de iniciar un procedimiento penal contra un menor no implica necesariamente que el proceso deba concluir con el pronunciamiento de una sentencia formal”, por lo que “deben desplegarse esfuerzos continuos para concluir la causa de una manera apropiada”<sup>117</sup>, ofreciendo medidas como la remisión y otras salidas alternativas.

En relación al cumplimiento de las medidas privativas de la libertad, cabe destacar que adecuadamente se prevé la separación entre adolescentes y adultos<sup>118</sup>, con un régimen diferenciado para aquellos que cumplan 18 años mientras están detenidos<sup>119</sup>.

El catálogo de derechos para quienes cumplen esta medida es amplio, incluyéndose garantías mínimas como la no imposición de penas corporales, así como el derecho a permanecer preferiblemente en su medio familiar, entre otros. Sin embargo, se permite la incomunicación o el aislamiento “para evitar actos de violencia contra el adolescente o terceros”<sup>120</sup>. Como se ha dicho sobre otros países con regulaciones similares, si el régimen de aislamiento en adultos resulta severamente cuestionable desde el derecho internacional de los derechos humanos<sup>121</sup>, no existen dudas de que es intolerable su aplicación a NNyA, pues se encuentra expresamente prohibido en las “Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad”<sup>122</sup>, que deben ser integradas en la interpretación del art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño.



### 3. Recomendaciones

Como se ha reflejado en el apartado anterior, la legislación nicaragüense presenta serios problemas en todas las áreas relevadas. En algunos casos, se trata de normas abiertamente incompatibles con la Convención. En otros, posiblemente la mayoría, se trata de vacíos, imprecisiones y falta de armonización.

En este último grupo se ubica la recepción normativa del principio de interés superior, pues su carácter de principio interpretativo y de procedimiento no están adecuadamente definidos. Es conveniente reelaborar los artículos 9 y 10 del CNA, de modo que claramente establezcan que los NNyA sean oídos antes de tomar cualquier decisión que los afecte -y no sólo en el ámbito del proceso judicial o administrativo-, así como imponiendo la interpretación de la ley que más favorezca sus derechos en caso de duda.

También pueden hacerse mejoras sustantivas en el terreno de la protección contra la violencia, donde se advierte que una fuerte dispersión y superposición normativa, provocando paradójicamente algunos vacíos preocupantes. Este tema es abordado en diversos artículos del CNA, en el Código de Familia, en el Código Penal y en la “Ley Integral contra la Violencia Hacia las Mujeres”. Sin embargo, no existe una clara prohibición de la imposición de castigos corporales, tratos humillantes o denigrantes en todos los ámbitos y ninguna norma se ocupa de la violencia intrafamiliar no asociada al género. Por ello, es recomendable sancionar una ley que se ocupe de la violencia contra NNyA en todos los ámbitos -incluyendo el familiar-, previendo sus derechos específicos tanto cuando sufren la violencia de

manera directa como cuando son testigos de ésta o víctimas indirectas, a fin de evitar su revictimización, ajustar las prácticas del sistema judicial, garantizar la continuidad educativa, entre otros. Otros países de la región han avanzado con normas modernas en esa dirección que pueden servir de guía<sup>123</sup>.

Esta última observación cabe también para el terreno más específico de la protección contra la violencia sexual con especial atención a la explotación y los abusos sexuales. Los NNyA que son víctimas de delitos de esta naturaleza tampoco cuentan con un marco normativo que adecúe los procedimientos judiciales y administrativos a sus necesidades, ni garanticen las medidas de reparación o atención adecuada.

Asimismo, es imprescindible revisar el régimen de la acción penal, que debe aplicarse de oficio en todos los casos. También debe mejorarse la tipificación de la posesión de imágenes de sexual infantil, para punir la mera tenencia, sin requerirse una ultrafinalidad. Algunas conductas relacionadas al abuso sexual más modernas también deben ser tipificadas, como el grooming o el sexting.

El marco normativo referido a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil también requiere cambios sustantivos. En primer lugar, la propia definición del trabajo infantil -realizada en el Código del Trabajo- debe ser ampliada, para abarcar el trabajo familiar, por cuenta propia y otros trabajos no remunerados. Asimismo, es imprescindible elevar la edad mínima de admisión al empleo, para que sea compatible con la edad de escolaridad obligatoria. Independientemente de ello, la autorización para trabajar debe ser requerida a todos los adolescentes -y no solo a los que tienen menos de 16



años-, así como garantizarse los mismos derechos a los adolescentes que realizan trabajo doméstico.

En el campo de la educación, tal como requirió el Comité, debería reforzarse “la Ley general de educación y los reglamentos administrativos relativos a métodos alternativos de disciplina positiva y participativa”<sup>124</sup>.

Dos ámbitos presentan mayores déficits de compatibilidad con la Convención: la protección de la familia y el sistema de responsabilidad penal adolescente. En el primer campo, es imprescindible sancionar una nueva ley de adopciones, donde se promueva la desinstitucionalización y la adopción conjunta de hermanos, se garantice el derecho de los NNyA a conocer sus orígenes, se limite la intervención de apoderados y se asegure la debida revisión judicial de las medidas de separación familiar, entre otros aspectos señalados precedentemente.

En cuanto al sistema de responsabilidad penal adolescente, es imperioso ampliar el catálogo de salidas alternativas del proceso, limitar la procedencia de la prisión preventiva, reducir las penas privativas de la libertad -diferenciándolas de las que rigen para los adultos-, prohibir taxativamente la sanción de incomunicación o aislamiento e incluso elevar la edad mínima de responsabilidad penal.

Otro asunto abiertamente incompatible con la Convención es la admisión del matrimonio desde los 16 años, si los adolescentes cuentan con la autorización de sus representantes legales. Es necesario reformar el Código de Familia de manera tal que el matrimonio, u otras uniones equivalentes, no sea admisible por debajo de los 18 años, sin excepciones.

Finalmente, es recomendable que el Estado ratifique el Protocolo Facultativo 3º de la Convención, así como todo otro instrumento de derechos humanos pendiente de ratificación -en especial la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas-.



© UNICEF Nicaragua/2014/M. García Terán

### Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 Art. 71 segundo párrafo CPRN (agregado por art. 6 de la Ley No. 192): “La niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la Convención internacional de los derechos del niño y la niña.”
- 5 Aunque el artículo 182 CPRN establece que “La Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella” y que “No tendrán valor alguno las leyes, tratados, decretos, reglamentos, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones”, la expresa afirmación constitucional de la “plena vigencia” de la CDN supera cualquier interpretación restrictiva que quiera hacerse en virtud de este artículo. En sintonía, el art. 46 CPRN establece: “En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.”
- 6 Art. 70 CPRN: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de ésta y del Estado. La persona, la familia y la comunidad son elementos protagónicos del plan de desarrollo humano de la nación.”
- 7 Art. 73 segundo párrafo CPRN: “Los padres deben atender el mantenimiento del hogar y la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, con iguales derechos y responsabilidades. Los hijos a su vez, están obligados a respetar y ayudar a sus padres. Estos deberes y derechos se cumplirán de acuerdo con la legislación de la materia.”
- 8 Art. 75 CPRN: “Todos los hijos tienen iguales derechos. No se utilizarán designaciones discriminatorias en materia de filiación. En la legislación común, no tienen ningún valor las disposiciones o clasificaciones que disminuyan o nieguen la igualdad de los hijos.”
- 9 Art. 76 CPRN: “El Estado creará programas y desarrollará centros especiales para velar por los menores; éstos tienen derecho a las medidas de prevención, protección y educación que su condición requiere, por parte de su familia, de la sociedad y el Estado.”
- 10 Art. 78 CPRN: “El Estado protege la paternidad y maternidad responsable. Se establece el derecho de investigar la paternidad y la maternidad.”
- 11 Art. 79 CPRN.
- 12 Art. 124 CPRN: “La educación en Nicaragua es laica. El Estado reconoce el derecho de los centros privados dedicados a la enseñanza y que sean de orientación religiosa, a impartir religión como materia extracurricular.”
- 13 Art. 121 CPRN.
- 14 Art. 116 CPRN: “La educación tiene como objetivo la formación plena e integral del nicaragüense; dotarlo de una conciencia crítica, científica y humanista; desarrollar su personalidad y el sentido de su dignidad y capacitarlo para asumir las tareas de interés común que demanda el progreso de la nación; por consiguiente, la educación es factor fundamental para la transformación y el desarrollo del individuo y la sociedad”. Art. 117 CPRN: “La educación es un proceso único, democrático, creativo y participativo que vincula la teoría con la práctica, el trabajo manual con el intelectual y promueve la investigación científica. Se fundamenta en nuestros valores nacionales, en el conocimiento de nuestra historia, de la realidad, de la cultura nacional y universal y en el desarrollo constante de la ciencia y de la técnica; cultiva los valores propios del nuevo nicaragüense, de acuerdo con los principios establecidos en la presente Constitución, cuyo estudio deberá ser promovido.”
- 15 Art. 118 CPRN: “El Estado promueve la participación de la familia, de la comunidad y del pueblo en la educación y garantiza el apoyo de los medios de comunicación social a la misma”.
- 16 Art. 105 CPRN.
- 17 Art. 105 CPRN.
- 18 Art. 84 CPRN.
- 19 Art. 35 CPRN: “Los menores no pueden ser sujeto ni objeto de juzgamiento ni sometidos a procedimiento judicial alguno. Los menores transgresores no pueden ser conducidos a los centros de readaptación penal y serán atendidos en centros bajo la responsabilidad del organismo especializado. Una ley regulará esta materia.”
- 20 Art. 16 CPRN: “Son nacionales: 1. Los nacidos en el territorio nacional. Se exceptúan los hijos de extranjeros en servicio diplomático, los de funcionarios extranjeros al servicio de organizaciones internacionales o los de enviados por sus gobiernos a desempeñar trabajos en Nicaragua, a menos que optaren por la nacionalidad nicaragüense; 2. Los hijos de padre o madre nicaragüense; 3. Los nacidos en el extranjero de padre o madre que originalmente fueron nicaragüenses, siempre y cuando lo solicitaren después de alcanzar la mayoría de edad o emancipación; 4. Los infantes de padres desconocidos encontrados en territorio nicaragüense, sin perjuicio de que, conocida su filiación, surtan los efectos que proceden; 5. Los hijos de padres extranjeros nacidos a bordo de aeronaves y embarcaciones nicaragüenses, siempre que ellos lo solicitaren.”
- 21 Art. 17 CPRN: “Los centroamericanos de origen tienen derecho de optar a la nacionalidad nicaragüense, sin necesidad de renunciar a su nacionalidad y pueden solicitarla ante la autoridad competente cuando residan en Nicaragua.”
- 22 Ver al respecto el apartado “Estado de situación. La evolución de las leyes sobre NNyA desde la entrada en vigencia de la Convención hasta el 30° aniversario” en el capítulo titulado “Panorama Regional” en este mismo informe.



- 23 Ley 287.
- 24 Además, se agregan un título preliminar -con los principios que rigen el Código-, un breve título con las sanciones a personas y autoridades frente a la vulneración de derechos y un título de disposiciones transitorias.
- 25 Art. 9 CNA: “En todas las medidas que tomen las Instituciones públicas y privadas de bienestar social, los Tribunales, las Autoridades nacionales, municipales y de las Regiones Autónomas que afecten a las niñas, niños y adolescentes, así como en la interpretación y aplicación de este Código, se deberá tomar en cuenta como principio primordial, el interés superior de la niña, el niño y el adolescente”. Art. 10: “Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente todo aquello que favorezca su pleno desarrollo físico, psicológico, moral, cultural, social, en consonancia con la evolución de sus facultades que le beneficie en su máximo grado.”
- 26 Comité de los derechos del niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 6.B.
- 27 Art. 17 CNA: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo, que afecte sus derechos, libertades y garantías, ya sea personalmente, por medio de un representante legal o de la autoridad competente, en consonancia con las normas de procedimiento correspondientes según sea el caso y en función de la edad y madurez. La inobservancia del presente derecho causará nulidad absoluta de todo lo actuado en ambos procedimientos.”
- 28 Se agrega que “La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.” Comité de los derechos del niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 6.C.
- 29 Ver arts. 23 (sobre decisiones por parte de madres y padres), 27 (sobre divorcio de padres), 30 (sobre adopción), 35 (separación familiar), 83 (medidas de protección), 89 (actuación de la autoridad administrativa), 98 (justicia penal adolescente), 137 (procedimientos judiciales) y 167 (declaración judicial de los adolescentes imputados penalmente).
- 30 Art. 13 CNA: “Art. 13: La niña o el niño tendrá derecho desde que nace, a la nacionalidad de acuerdo con los requisitos y procedimientos establecidos en la Constitución Política y en la ley de la materia, a tener un nombre propio y a conocer a su madre y padre y a ser cuidados por ellos. El Estado respetará el derecho de la niña, el niño y del adolescente a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley. En ningún caso la niña, el niño o adolescente podrá ser privado de su identidad. En el caso que sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, el Estado garantizará la asistencia y protección apropiadas para restablecerlas. La niña o el niño será inscrito en el registro de su nacimiento en los plazos que la ley de la materia establece. El Estado garantizará mecanismos ágiles y de fácil acceso de inscripción y extenderá gratuitamente el primer certificado de nacimiento.”
- 31 Art. 34 CNA: “...Los hospitales, unidades de salud, y demás centros públicos y privados de atención materno infantil están obligados a: (...) b) Identificar a las o los recién nacidos mediante el registro de huellas plantares y dactilares y las huellas dactilares de la madre, sin perjuicio de otras formas reglamentadas por las autoridades competentes.”
- 32 Ley 623/2007.
- 33 Art. 1 Ley 623/2007. También es objeto de esta ley la regulación de una “forma alternativa la resolución de conflictos en materia de alimentos y de visitas a través de mecanismos administrativos y judiciales, ágiles y gratuitos”.
- 34 Art. 8 CNA. Allí se agrega que “El Estado garantizará a las niñas, niños y adolescentes que pertenezcan a tales comunidades indígenas o grupos sociales a tener los derechos que le corresponden en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, educativa a profesar y practicar su propia religión, costumbres, a emplear su propio idioma y gozar de los derechos y garantías consignados en el presente Código y demás leyes.”
- 35 Arts. 43 y 52 CNA.
- 36 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 25 de noviembre de 2017, párr. 154. En el mismo sentido, el Comité ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente” (Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34). Ver también “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género,” “Principios de Yogyakarta”, en cuyo preámbulo se afirma que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”.
- 37 Art. 21 CNA.
- 38 Art. 22 CNA: “En ningún caso la falta de recursos materiales de las madres, padres o tutores, será causa para declarar la suspensión o pérdida de las relaciones parentales o de tutela. El Estado garantizará la protección y asistencia apropiada a las madres, padres o tutores en lo que respecta a la crianza de las niñas, niños y adolescentes mediante la promoción y creación de instituciones y servicios para su cuidado y desarrollo.”



- 39 Art. 26 CNA.
- 40 Art. 30 CNA.
- 41 Art. 31 CNA.
- 42 Art. 32 CNA.
- 43 Art. 30 CNA.
- 44 Sancionada en 1981 (Ley 862/1981) y modificada sustantivamente en 2007 (Ley 614/2007).
- 45 Cfr. arts. 23 y 26 Ley de Adopción.
- 46 Art. 9.1 CDN: "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño".
- 47 Art. 17 Ley de Adopción.
- 48 Cfr. Art. 3.1.ii del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 49 Ver en el mismo sentido "Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía" (A/HRC/34/55).
- 50 Aunque permite realizar una acción de impugnación en el plazo de 5 años "para los padres que alegaren causa justificada de su no oposición en las diligencias de adopción" (art. 1 Ley de Adopción).
- 51 Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado, párr. 78 (A/RES/64/142).
- 52 Art. 26 CNA.
- 53 Art. 155 CP: "Violencia doméstica o intrafamiliar. Quien ejerza cualquier tipo de fuerza, violencia o intimidación física o psicológica, en perjuicio de quien haya sido su cónyuge o conviviente en unión de hecho estable o contra la persona a quien se halle o hubiere estado ligado de forma estable por relación de afectividad, niños, niñas, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad, sobre las hijas e hijos propios del cónyuge, conviviente o sobre ascendientes, descendiente, parientes colaterales por consanguinidad, afinidad, adopción, o sujetos a tutela. En el caso de niños, niñas y adolescentes, no se podrá alegar el derecho de corrección disciplinaria. A los responsables de este delito se les impondrá las siguientes penas: a) Lesiones leves, la pena será de uno a dos años de prisión; b) Lesiones graves, la pena será de tres a siete años de prisión; c) Lesiones gravísimas, la pena será de cinco a doce años de prisión. Además de las penas de prisión anteriormente señaladas, a los responsables de violencia intrafamiliar, se les impondrá la inhabilitación especial por el mismo período de los derechos derivados de la relación entre madre, padre e hijos, o con la persona sujeta a tutela." Debe destacarse que este artículo fue reformado en 2012 (Ley 779), pues hasta entonces se exceptuaba de penalidad a los "casos del derecho de corrección disciplinaria".
- 54 Art. 47 Código de Familia: "Tipos de violencia doméstica o intrafamiliar. Los diferentes tipos de violencia doméstica o intrafamiliar son: a) Violencia física: Son las acciones, comportamientos u omisiones que amenazan o lesionan la integridad corporal de una persona. b) Violencia sexual: Son las acciones que obliga a una persona tener o mantener contacto sexual, a participar en ellos, mediante la fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier mecanismo que anule o limite la voluntad personal. c) Violencia psicológica: Acción u omisión directa o indirecta, cuyo propósito sea controlar o degradar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta u omisión que produzca un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación, el desarrollo integral y las posibilidades personales. d) Violencia patrimonial y económica: Es la acción u omisión que implique un daño, pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción en los bienes muebles o inmuebles, objetos, documentos personales, valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades, bienes de una mujer y los recursos propios o compartidos en el ámbito familiar o de pareja. También constituye violencia patrimonial y económica el control de los bienes y recursos financieros, manteniendo así el dominio sobre la mujer, la negación de proveer los recursos necesarios en el hogar, el desconocimiento del valor económico del trabajo en las labores propias del hogar y la exigencia para que abandone o no inicie un trabajo remunerado. Todos los tipos de violencia doméstica o intrafamiliar señaladas en este artículo, son sin perjuicio de las concurrencias de otros ilícitos penales o civiles según corresponda."
- 55 Art. 51 Código de Familia."
- 56 Entre otras medidas, también se insta a las Comisarías de la Mujer y la Niñez a "Ordenar el examen médico, psicológico y social" y a "Solicitar la intervención del Ministerio de la Familia, Adolescencia y Niñez" y la "colaboración de organismos especializados que brinden apoyo, protección, asesoría, consejería y seguimiento necesario" (arts. 24 inc. E y F y 25.C Ley 779/2012). En el Código Penal se prevén medidas similares (art. 111 CP).
- 57 Art. 5 CNA: "Ninguna niña, niño o adolescente, será objeto de cualquier forma de discriminación, explotación, traslado ilícito dentro o fuera del país, violencia, abuso o maltrato físico, psíquico y sexual, tratamiento inhumano, aterrador, humillante, opresivo, trato cruel, atentado o negligencia, por acción u omisión a sus derechos y libertades. Es deber de toda persona velar por la dignidad de la niña, niño o adolescente, poniéndolo a salvo de cualquiera de las situaciones anteriormente señaladas. La niña, niño y adolescente tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o ataques y los que los realizaren incurrirán en responsabilidad penal y civil." Art. 76 CNA: "El Estado, las instituciones públicas o privadas, con la participación de la familia, comunidad y la escuela, brindarán atención y protección especial a las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en las siguientes situaciones: (...) g) Cuando sean abusados y explotados sexualmente."
- 58 Art. 48 CNA: "Los directores de centros de educación, tienen la obligación de comunicar en primera instancia a la madre, padre o tutor, los casos de maltrato, violación y abuso sexual, reiteración de faltas injustificadas, evasión escolar, uso, abuso, consumo y dependencia de sustancias sicotrópicas, elevados niveles de repetición escolar y otros casos que requieran



- atención del educando. En caso de reincidencia o gravedad, están obligados a informar o denunciar al organismo o autoridad correspondiente las situaciones anteriormente señaladas.”
- 59 Art. 53 Código Procesal Penal.
- 60 Art. 54 CPP: “Artículo 54.- Intervención de oficio. En los delitos de acción pública a instancia particular, si la víctima es menor de dieciocho años de edad, incapaz o carece de representante legal, el Ministerio Público podrá intervenir de oficio cuando: 1. El delito sea cometido por uno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o por su representante legal, o, 2. Exista conflicto de intereses de éstos con la víctima. En estos casos, el Ministerio Público podrá posteriormente ejercer la acción civil en favor de la víctima u ofendido.”
- 61 En igual sentido, se admite la extinción de la responsabilidad penal por el “perdón del ofendido”, siempre que la ley lo prevea expresamente. Aunque los delitos contra la libertad sexual de NNyA no admiten el perdón, debe cuestionarse que el Código Penal prevé que el “perdón” sea otorgado por sus representantes legales. Ver art. 130 CP.
- 62 Art. 132 Código Penal.
- 63 Art. 181 Código Penal.
- 64 Art. 168 CP: “Violación a menores de catorce años. Quien tenga acceso carnal o se haga acceder con o por persona menor de catorce años o quien con fines sexuales le introduzca o la obligue a que se introduzca dedo, objeto o instrumento por vía vaginal, anal o bucal, con o sin su consentimiento, será sancionado con pena de doce a quince años de prisión.” Art. 172 CP: “Abuso sexual. Quien realice actos lascivos o lúbricos tocamientos en otra persona, sin su consentimiento, u obligue a que lo realice, haciendo uso de fuerza, intimidación o cualquier otro medio que la prive de voluntad, razón o sentido, o aprovechando su estado de incapacidad para resistir, sin llegar al acceso carnal u otras conductas previstas en el delito de violación, será sancionado con pena de prisión de cinco a siete años. Cuando en la comisión del delito se dé alguna de las circunstancias de la violación agravada, la pena será de siete a doce años de prisión. Si concurren dos o más de dichas circunstancias o la víctima sea niña, niño, o adolescente se impondrá la pena máxima. No se reconoce, en ninguno de los supuestos, valor al consentimiento de la víctima cuando ésta sea menor de catorce años de edad, o persona con discapacidad o enfermedad mental.”
- 65 Art. 170 CP: “Estupro. Quien estando casado o en unión de hecho estable o fuera mayor de edad, sin violencia o intimidación, acceda carnalmente o se haga acceder por una persona mayor de catorce y menor de dieciséis años, será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión.”
- 66 Art. 174 CP: “Acoso sexual. Quien de forma reiterada o valiéndose de su posición de poder, autoridad o superioridad demande, solicite para sí o para un tercero, cualquier acto sexual a cambio de promesas, explícitas o implícitas, de un trato preferencial, o de amenazas relativas a la actual o futura situación de la víctima, será penado con prisión de uno a tres años. Cuando la víctima sea persona menor de dieciocho años de edad, la pena será de tres a cinco años de prisión.”
- 67 En este punto, debe cuestionarse que el Código Penal continúa utilizando el término “pornografía infantil” y, de mayor gravedad, solo penaliza su posesión cuando se verifique que tiene “fines de explotación”. Por ello, mera posesión de imágenes de abuso sexual infantil no está tipificada.
- 68 Art. 175 CP: “Explotación sexual, pornografía y acto sexual con adolescentes mediante pago. Quien induzca, facilite, promueva o utilice con fines sexuales o eróticos a personas menor de dieciséis años o discapacitado, haciéndola presenciar o participar en un comportamiento o espectáculo público o privado, aunque la víctima consienta en presenciar ese comportamiento o participar en él, será penado de cinco a siete años de prisión y se impondrá de cuatro a seis años de prisión, cuando la víctima sea mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad. Quien promueva, financie, fabrique, reproduzca, publique, comercialice, importe, exporte, difunda, distribuya material para fines de explotación sexual, por cualquier medio sea directo, mecánico, digital, audio visual, o con soporte informático, electrónico o de otro tipo, la imagen, o la voz de persona menor de dieciocho años en actividad sexual o eróticas, reales o simuladas, explícitas e implícitas o la representación de sus genitales con fines sexuales, será sancionado con pena de prisión de cinco a siete años de prisión y de ciento cincuenta a quinientos días de multa. Quien con fines de explotación sexual, posea material pornográfico o erótico en los términos expresado en el párrafo anterior, será castigado con la pena de uno a dos años de prisión. Quien ejecute acto sexual o erótico con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad de cualquier sexo, pagando o prometiéndole pagar o darle a cambio ventaja económica o de cualquier naturaleza, será sancionado con pena de prisión de cinco a siete años.” Ver en art. 176 CP las agravantes.
- 69 Además, la Ley General de Turismo prevé sanciones administrativas para las empresas involucradas, como el retiro de la licencia para operar, clausura y multa. Ley 495/2004, art. 72.
- 70 CRC/C/OPSC/NIC/CO/1, párr. 7.
- 71 Ley contra la Trata de Personas (nro. 896/2015).
- 72 Arts. 5, 23 y 40 Ley contra la Trata de Personas (nro. 896/2015).
- 73 Art. 54 Código de Familia: “Son aptos legalmente para contraer matrimonio, el hombre y la mujer que hayan cumplido dieciocho años de edad. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior los representantes legales de los adolescentes podrán otorgar autorización para contraer matrimonio, a los adolescentes con edad entre dieciséis y dieciocho años de edad.”
- 74 Art. 74 CNA: “Los adolescentes no podrán efectuar ningún tipo de trabajo en lugares insalubres y de riesgo a su vida, salud, integridad física, síquica o moral, tales como el trabajo en minas, subterráneos, basureros, centros nocturnos de diversión, los que impliquen manipulación de objetos y sustancias tóxicas, sicotrópicas y los de jornada nocturna en general.”
- 75 Ver Acuerdo Ministerial JCHG 08-06-10 sobre Prohibición de trabajos peligrosos para personas adolescente y listado de trabajos peligrosos (Ministerio de Trabajo).
- 76 Art. 134 Código del Trabajo (Ley 185/1996).

- 77 Art. 130 CT.
- 78 Art. 137 CT.
- 79 Art. 147 CT: “Los trabajadores domésticos tendrán derecho a doce horas de descanso absoluto mínimo, ocho de ellas nocturnas y continuas. También tendrán derecho a un día de descanso después de cada seis días de trabajo ininterrumpido y a que se les permita asistir, dentro de las limitaciones del servicio, a una escuela nocturna para cursos corrientes o de alfabetización en su caso.”
- 80 Art. 154 CT: “La alegación de ser el trabajador doméstico hijo de crianza del empleador no exime a éste del pago del salario, aunque probare que le ha dado alimentación, habitación, vestuario y contribuido a su educación.”
- 81 Art. 4 Convenio 189 OIT.
- 82 Art. 43 CNA.
- 83 Art. 43 CNA: “... Las niñas, niños y adolescentes deberán gozar del respeto de sus educadores, tendrán derecho de petición y queja de revisión e impugnación de criterios de evaluación, mediante el procedimiento establecido por el Ministerio de Educación. También deberán participar activamente en el proceso de enseñanza y aprendizaje y de formar organizaciones estudiantiles y de todo aquello referido a la vida escolar que le atañe...”
- 84 Art. 100 Ley General de Educación (Ley 582/2006).
- 85 Art. 121 CPRN.
- 86 Art. 43 CNA: “Las niñas, niños y adolescentes de las Comunidades Indígenas y étnicas tienen derecho en su región a la educación intercultural en su lengua materna, de acuerdo a la Constitución Política, al presente Código y a las leyes vigentes.”
- 87 Art. 4 inc. I y J. Ver también art. 39 LGE.
- 88 Ley 162/1993.
- 89 Art. 77 CNA: “El Estado reconoce que las niñas, niños y adolescentes con discapacidad deberán disfrutar de una vida plena en condiciones de dignidad que les permitan valerse por sí mismos y que facilite su participación en la sociedad y su desarrollo individual. El Estado garantizará su derecho de recibir cuidados especiales en su movilidad, educación, capacitación, servicios sanitarios y de rehabilitación, preparación para el empleo y las actividades de esparcimiento.”
- 90 Art. 6.: “Definiciones Generales de la educación nicaragüense: i) Educación Inclusiva: Por educación inclusiva se entiende el proceso mediante el cual la escuela o servicio educativo alternativo incorpora a las personas con discapacidad, grupos sociales excluidos, marginados y vulnerables, especialmente en el ámbito rural, sin distinción de etnia, religión, sexo u otra causa de discriminación, contribuyendo así a la eliminación de la pobreza, la exclusión y las desigualdades. Se propone responder a todos los estudiantes como individuos reconsiderando su organización y propuesta curricular.”
- 91 Art. 23.b.5 LGE: “Educación Básica Especial: La Educación Básica Especial tiene un enfoque inclusivo y atiende a personas con necesidades educativas especiales, con el fin de conseguir su integración en la vida comunitaria y su participación en la sociedad, se dirige a personas que tienen un tipo de discapacidad que dificulte un aprendizaje regular. Se desarrollará la filosofía de la inclusión en aulas regulares, sin perjuicio de la atención complementaria y personalizada que requieran. El tránsito de un grado a otro estará en función de las habilidades que hayan logrado y la edad cronológica, respetando el principio de integración educativa y social.”
- 92 CRC/C/NIC/CO/4, párr. 60.
- 93 Art. 7 CNA: “Es deber de la familia, la comunidad, el Estado y la sociedad en general asegurar, con absoluta prioridad, el cumplimiento de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes referentes a la vida, convivencia familiar y comunitaria, identidad, nacionalidad, salud, alimentación, vivienda, educación, medio ambiente, deporte, recreación, profesionalización, cultura, dignidad, respeto y libertad. La garantía de absoluta prioridad comprende: a) Primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia; b) Precedencia en la atención de los servicios públicos y privados; c) Especial preferencia en la formulación y ejecución de las políticas públicas; encaminadas a crear las condiciones de vida que garanticen el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes; d) Asignación privilegiada de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección y promoción de la niñez y la adolescencia.”
- 94 Art. 41 CNA: “Los hospitales y centros de salud públicos deberán atender inmediatamente a toda niña, niño o adolescente registrados en ellas, con aquellos servicios médicos que requieren atención de emergencia, sin que pueda aducir motivo alguno para negarlo, ni siquiera el de la ausencia de representantes legales, carencia de recursos económicos o cualquier otra causa.”
- 95 Reglamento de la Ley General de Salud (Ley 423/2002). Decreto Ejecutivo 1/2003, Art. 7: “Para la aplicación de los derechos de los usuarios, establecidos en la Ley, los establecimientos proveedores de servicios de salud, deberán: (...) 15. Informar periódicamente al usuario, su familiar o su responsable, por medio del médico tratante sobre el estado de salud, curso del proceso de atención, enfermedad y pronóstico relacionado con su padecimiento. Cuando se trate de un menor de edad, la información será suministrada al mismo en presencia de la madre, padre o tutor legal.”
- 96 V.gr. Chile, Guatemala, El Salvador, Paraguay, Honduras, entre otros.
- 97 En cualquier caso, debe advertirse que en las Orientaciones generales para los informes periódicos, el Comité indica a los Estados que deben proveer información sobre la edad mínima para el tratamiento médico o las intervenciones quirúrgicas sin el consentimiento de los padres (párrafo 24).
- 98 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 39.
- 99 Véase, por todos, la Observación General nro. 12 del Comité, sobre derecho del niño a ser oído, donde con toda contundencia se afirma que el “El derecho al asesoramiento y consejo es distinto del derecho a otorgar consentimiento médico y no se debe someter a ninguna limitación de edad”. CRC/C/GC/12, párr. 101. Ver también Observación General n° 15, donde el Comité indica con toda claridad que “De conformidad con la evolución de sus capacidades, los niños deben tener acceso a terapia y asesoramiento confidenciales, sin necesidad del consentimiento de sus padres o su custodia legal cuando los profesionales que examinen el caso determinen que ello redunde en el interés superior del



- niño". Observación General N° 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, CRC/C/GC/15, párr. 31.
- 100 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 8.
- 101 Art. 40 CNA, último párrafo: "Los centros de atención médica públicos o privados, deberán obligatoriamente comunicar a las madres, padres o tutores, los casos de pacientes en que haya sospecha o confirmación de maltrato, abuso o violación y al organismo competente de la respectiva localidad, sin perjuicio de otras medidas legales, garantizando la secretividad del caso."
- 102 Art. 44 CNA. Se agrega que "el Estado garantizará programas de educación sexual a través de la escuela y la comunidad educativa"
- 103 Art. 31 LGS: "La atención en salud de la mujer, la niñez y la adolescencia será de acuerdo al Programa de Atención Integral a la Mujer, la Niñez y la Adolescencia del Ministerio de Salud. Este programa incluirá las acciones de control prenatal, atención del parto, del puerperio, recién nacido, detección precoz del cáncer de cuello uterino y mamas, así como acciones para la salud sexual y reproductiva." Ver en el mismo sentido, art. 49 de su reglamento: "Para el primer nivel de atención, se define el siguiente paquete básico de servicios de salud a los niños, adolescentes, adultos y adultos mayores, así como al ambiente, el que deberá contener acciones en los siguientes ámbitos: (...) 11. Educación en salud sexual y reproductiva."
- 104 En particular el Comité contra la Tortura (CAT/C/NIC/CO/1, párr. 16, 2009), el Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/NIC/CO/3, párr. 13, 2008), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/C.12/NIC/CO/4, párr. 26, 2008) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW/C/NIC/CO/6, párr. 17, 2007).
- 105 CRC/C/NIC/CO/4, párr. 59.B
- 106 Art. 195 CNA: "Comprobada la comisión o la participación del adolescente en un hecho delictivo, el Juez Penal de Distrito del Adolescente podrá aplicar los siguientes tipos de medidas: a) Medidas socio-educativas: a.1 Orientación y apoyo socio-familiar; a.2 Amonestación y advertencia; a.3 Libertad asistida; a.4 Prestación de servicios a la comunidad; a.5 Reparación de los daños a la víctima. b) Medidas de orientación y supervisión. El Juez Penal de Distrito del Adolescente podrá imponer las siguientes órdenes de orientación y supervisión: b.1 Instalarse en un lugar de residencia determinado cambiándose del original; b.2 Abandonar el trato con determinadas personas; b.3 Prohibir la visita a bares, discotecas o centros de diversión determinados; b.4 Matricularse en un centro educativo formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio; b.5 Inclusión en programas ocupacionales; b.6 Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito; b.7 Ordenar el internamiento del adolescente o tratamiento ambulatorio en programas de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas; c) Medidas privativas de libertad: c.1 Privación de libertad domiciliaria; c.2 Privación de libertad durante tiempo libre; c.3 Privación de libertad en centros especializados."
- 107 Art. 203 CNA: "La privación de libertad será aplicada cuando: a) Se cometa cualquiera de los siguientes delitos: Asesinato atroz; Asesinato; Homicidio doloso; Infanticidio; Parricidio; Lesiones graves; Violación; Abusos Deshonestos; Rapto; Robo; Tráfico de Drogas; Incendio y otros estragos; - Envenenamiento o adulteramiento de agua potable, bebidas, comestibles o sustancias medicinales. b) Cuando haya incumplido injustificadamente las medidas socio educativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas. En este último caso la privación de libertad tendrá un máximo de tres meses."
- 108 Art. 129 CNA: "La calificación legal de los delitos o faltas cometidas por adolescentes se determinará por la tipificación establecida en el Código Penal y en las leyes especiales. Aunque el art. 202 CNA dispone que "El Juez Penal de Distrito del Adolescente podrá ordenar la privación de libertad partiendo del mínimo establecido como pena de privación de libertad en la legislación penal respecto a cada delito", esto no alcanza para constituir un régimen diferenciado.
- 109 Observación General nro. 10, "Los derechos del niño en la justicia de menores", CRC/C/GC/10, párr. 71.
- 110 Art. 142 CNA: "El adolescente, en todo caso, gozará de libertad desde el período de investigación y durante el proceso. La detención provisional tendrá carácter excepcional, se aplicará a aquellos hechos delictivos cuya medida implique privación de libertad, y sólo cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa. El proceso penal especial del adolescente en primera instancia, no podrá exceder de tres meses."
- 111 Art. 143 CNA: "El Juez Penal de Distrito del Adolescente podrá decretar, la detención provisional como una medida cautelar cuando se presenten cualquiera de las circunstancias siguientes: a) Cuando se presuma gravemente su participación en un hecho ilícito; b) Cuando exista el riesgo razonable de que el adolescente evada la acción de la justicia; c) En los casos de flagrante delito; La detención provisional se practicará en los centros respectivos."
- 112 Observación General nro. 10, "Los derechos del niño en la justicia de menores", CRC/C/GC/10, párr. 80.
- 113 Al respecto, por todos, "La Comisión Interamericana entiende que la norma contenida en el artículo 7.5 de la Convención [en referencia a la CADH] prevé como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los riesgos de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial. En este sentido, lo que se pretende por medio de la aplicación de esta medida cautelar es concretamente lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los riesgos procesales que atentan contra ese fin." CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2013, OEA/Ser.L/V/II. Doc.46/13.
- 114 Art. 125 CNA: "La Procuraduría General de Justicia podrá abstenerse de ejercer la acción penal en los siguientes casos: a) Cuando se trate de faltas o delitos que merezcan penas correccionales; b) Cuando se trate de delitos culposos entre parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y que sea evidente que la Justicia Penal Especial del Adolescente no cumplirá con los fines



- establecidos en este Código. En los casos anteriores, será necesario que el adolescente hubiere reparado o haya dado muestras de esfuerzo por reparar el daño ocasionado o bien que exista un acuerdo con el ofendido o sus representantes en ese sentido.”
- 115 Art. 140 CNA: “Los funcionarios de la Procuraduría General de Justicia tendrán la obligación de ejercer la acción penal pública en los casos que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de este Código. No obstante, podrán solicitar al Juez Penal de Distrito del Adolescente que limite la acción penal a una o varias infracciones o a alguna de las personas que hayan participado en el hecho en los siguientes casos: a) Cuando se trate de una falta o delito que merezca pena correccional y haya participado como encubridor; b) Cuando el adolescente haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico, psicológico o moral grave; c) Cuando las medidas que se espera, por la infracción de cuya persecución se prescinde, carezcan de importancia en consideración a la medida ya impuesta o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones.”
- 116 Art. 148 CNA.
- 117 Observación General nro. 10, “Los derechos del niño en la justicia de menores”, CRC/C/GC/10, párr. 68.
- 118 Art. 111 CNA: “Los adolescentes mayores de 15 y menores de 18 años, tienen derecho, en caso de que se les restrinja su libertad de manera provisional o definitiva, a ser ubicados en un centro destinado exclusivamente para adolescentes.”
- 119 Art. 215 CNA: “Si el sentenciado cumpliera dieciocho años de edad durante su privación de libertad, seguirá en el centro especial para adolescentes, pero separado de ellos, conservando el programa de rehabilitación.”
- 120 Art. 213.I CNA: “Derecho a no ser incomunicado en ningún caso, ni sometido al régimen de aislamiento, ni a la imposición de penas corporales. Cuando la incomunicación o el aislamiento deben ser aplicados para evitar actos de violencia contra el adolescente o terceros, esta medida se comunicará a la oficina de Ejecución y Vigilancia de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, para que, de ser necesario, la revisen y la fiscalicen.”
- 121 Ver, por todos, la Observación General sobre el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, efectuada por el Comité de Derechos Humanos, donde se observa que “el confinamiento solitario prolongado de la persona detenida o presa puede equivaler a actos prohibidos por el artículo 7” (Comité de Derechos Humanos, Observación general 20, 1992, HRI/GEN/1/Rev.7, párrafo 6).
- 122 Res. AG 45/113, del 14/12/1990. Ver en particular art. 67, que establece que “Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos 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.”
- 123 Ver en especial la ley contra la “Violencia hacia las mujeres basada en género” de Uruguay (Ley 19.580/2017) y la “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes de la familia” de Perú (Ley 30.364/2015, reglamentada por Decreto Supremo 9-2016-MIMP), analizadas en los respectivos capítulos de este informe.
- 124 CRC/C/NIC/CO/4, párr. 49.



# PANAMÁ



© UNICEF Panamá/2008/A. Arosemena

## 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución Política de la República de Panamá

La CDN fue aprobada por Ley 15 de 1990, sin que se efectuaran aclaraciones sobre su jerarquía normativa. A su vez, la Constitución Política de Panamá no tiene una regla expresa sobre la CDN, aunque su artículo 4 establece que “el Estado acata las normas de derecho internacional”. Una reforma constitucional efectuada en 2004 incorporó un artículo<sup>4</sup> que ha sido interpretado por la Corte Suprema de Justicia reconociendo la jerarquía constitucional de la Convención. En el mismo sentido, la Corte ha reconocido que el principio de interés

Instrumento		<i>Se prohíbe expresamente el empleo de menores de catorce años en calidad de “sirvientes domésticos”, reforzando la prohibición general de empleo por debajo de esa edad.</i>
CDN	Rango supralegal conf. art 4 de la Constitución. Rango constitucional de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema.	
Reservas	Sin reservas.	
Declaraciones	Sin declaraciones.	
PF 1 <sup>1</sup>	Ratificado en 2001.	
PF 2 <sup>2</sup>	Ratificado en 2001.	
PF 3 <sup>3</sup>	Ratificado en 2017.	

superior contenido en el art. 3 de la CDN se encuentra “implícitamente incorporado en el art. 56 de la Constitución Política”<sup>5</sup>. También ha aplicado directamente otros artículos de la Convención para dirimir casos.<sup>6</sup>

Por otro lado, la Constitución contiene disposiciones en materia de niñez en el ámbito de la familia, y en lo relativo a la educación, la salud, el trabajo, y la justicia penal juvenil que, en su mayoría, no responden al paradigma de protección integral que consagra la CDN, sino que responden al enfoque de la niñez como un objeto de tutela.

En el capítulo dedicado a la familia, establece que el Estado protegerá “la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de estos a la alimentación, la salud, la educación y la seguridad y previsión sociales”<sup>7</sup>, y consagra la institución de la patria potestad -como un conjunto de derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos y el correlativo deber de los hijos de respetar y asistir a sus padres<sup>8</sup>-. Asimismo, dispone la creación de un organismo destinado a proteger la familia, con el fin de “promover la paternidad y maternidad responsable (...), institucionalizar la educación de los párvulos en centros especializados para atender aquellos cuyos padres así lo soliciten, y proteger a los menores y ancianos, y custodiar y readaptar socialmente

a los abandonados, desamparados, en peligro moral o con desajustes de conducta”<sup>9</sup>.

En materia de educación, la Constitución garantiza el derecho a la educación y la responsabilidad de educarse y establece que los padres tienen derecho a participar en la educación de sus hijos<sup>10</sup>. La gratuidad se limita a los niveles obligatorios -que no están definidos en la Constitución- y se establece que implica la provisión de los útiles necesarios<sup>11</sup>.

En este campo, una disposición particularmente problemática es la que establece que “se enseñará la religión católica en las escuelas públicas”, aunque se matiza su alcance estableciendo que “su aprendizaje y la asistencia a los cultos religiosos no serán obligatorios cuando lo soliciten sus padres o tutores”<sup>12</sup>. Al respecto, debe recordarse que, en la Convención, el derecho a la libertad de religión es claramente de los NNyA y no de sus padres. La diferencia no es sutil ni menor. La Convención reclama que sean los NNyA, de acuerdo a su desarrollo progresivo, quienes decidan si desean profesar una religión y ser educados en ella. Esto implica que se escuchen sus opiniones y se contemple la posibilidad de apartarse del deseo de sus padres<sup>13</sup>.



Como contrapartida, un aspecto positivo en materia de educación es que establece que “el Estado desarrollará programas de educación y promoción para los grupos indígenas ya que poseen patrones culturales propios, a fin de lograr su participación en la función ciudadana”<sup>14</sup>.

En el capítulo referido a la de salud, la Constitución vuelve a prestar una especial atención a los NNyA. Así, establece una obligación estatal de “proteger la salud de la madre, del niño y del adolescente garantizando una atención integral durante el proceso de gestación, lactancia, crecimiento y desarrollo en la niñez y adolescencia”<sup>15</sup>.

La Constitución contiene algunas cláusulas valiosas en materia laboral, pues fija la edad mínima de admisión al empleo –en 14 años<sup>16</sup>–, prohíbe el trabajo nocturno por debajo de los 16 años y prohíbe el trabajo insalubre para todas las personas menores de edad<sup>17</sup>. Además, se limita la jornada máxima de trabajo a seis horas y se prohíbe expresamente el empleo de menores de catorce años en calidad de “sirvientes domésticos”, reforzando la prohibición general de empleo por debajo de esa edad. Aunque todos estos límites etarios son bajos, se destaca que, a diferencia de la mayoría de los países de la región, la Constitución panameña al menos establece un piso claro, que puede ser mejorado en la legislación inferior.

Finalmente, la Constitución recoge de una manera particular el principio de especialidad en la administración de justicia, disponiendo que una ley “organizará y determinará el funcionamiento de una jurisdicción especial de menores, la cual (...) conocerá sobre la investigación de la paternidad, el abandono de familia y los problemas de conducta juvenil”<sup>18</sup>. De igual modo, otro artículo dispone que “Los detenidos menores de edad estarán sometidos a un régimen especial de custodia, protección y educación”<sup>19</sup>.

## 2. La falta de una ley de protección integral de los NNyA. Las disposiciones relevantes del Código Civil, Código de Familia, Código Penal y otras leyes relacionadas a los derechos de los NNyA

Panamá se ubica como uno de los pocos países de la región que aún no cuenta con una ley de protección integral de los derechos de los NNyA. Esta sola circunstancia obliga a realizar un escrutinio riguroso

sobre los códigos de fondo –en especial el Código Civil y el Código de Familia– y otras leyes que abordan la situación de los NNyA, como la Ley General de Adopciones.

En ese sentido, es ineludible destacar que el Código Civil fue aprobado hace más de 100 años<sup>20</sup>, lo que por sí solo refleja su enfoque notoriamente preconventional. Si bien fue objeto de algunas reformas, ninguna de ellas tuvo la envergadura necesaria para superar el paradigma tutelar con el que se aborda la situación de la niñez y la adolescencia. De este modo, el Código Civil mantiene vigente el concepto de incapacidad para las personas menores de 18 años<sup>21</sup> y la distinción entre menores infantes, impúberes y adultos<sup>22</sup>.

El Código de Familia, en cambio, data de 1994. Sin embargo, a pesar de haberse sancionado luego de la entrada en vigencia de la Convención, tampoco está adecuado a sus disposiciones. Este Código dedica un Libro específicamente a “los menores”<sup>23</sup>, denominación que denota el enfoque tutelar, donde se regulan sus derechos y garantías, abordando desde sus derechos fundamentales, pasando por las medidas de protección y hasta las reglas básicas de responsabilidad penal<sup>24</sup>. En consecuencia, este informe se estructura con especial atención a este Libro.

### • El principio de interés superior de los NNyA

Este principio fundamental es enunciado en diversos artículos del Código de Familia y en otras leyes referidas a los NNyA, como la Ley General de Adopciones<sup>25</sup> o el Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia<sup>26</sup>. Sin embargo, ninguna de estas normas define adecuadamente el alcance del principio ni reconoce su carácter interpretativo y procedimental<sup>27</sup>.

Así, el Código de Familia, dispone que “Los jueces y autoridades administrativas, al conocer de los asuntos familiares, concederán preferencia al interés superior del menor y la familia”<sup>28</sup>. Como puede apreciarse, esta definición no solo circunscribe al principio de interés superior a los asuntos familiares, sino que también erosiona su sentido al referirse al referirse al “interés superior de la familia”. Al respecto, el Comité ha señalado que “El interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de



otros niños, el público o los padres)” y “Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones”<sup>29</sup>. Precisamente esto es lo que no existe en la legislación panameña: una cláusula que reconozca el carácter primordial del principio de interés superior de los NNyA y el carácter preferente de sus derechos.

Esta deformación conceptual también se aprecia en el reconocimiento del principio de interés superior en la Ley General de Adopciones. Allí se dispone que se trata del “principio que tiene por objeto asegurar la

protección del derecho de estos a permanecer y a convivir en el seno de la familia consanguínea o, en caso de no ser esta posible, en otro medio familiar permanente”<sup>30</sup>. De este modo, se confunde al interés superior con otros principios, igualmente importantes, provocando la pérdida de especificidad de cada uno de ellos.

En tanto, en el Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia se realiza una formulación más amplia de este principio<sup>31</sup>, pero igualmente indeterminada e insuficiente.

Finalmente, cabe observar que la omisión de reconocer el carácter procedimental del principio de interés superior tiene una mitigación parcial en el Código de Familia, en tanto allí se dispone que “todo menor tiene derecho a (...) expresar su opinión libremente y conocer sus derechos” y “En consecuencia, en todo proceso que pueda afectarlo, deberá ser oído directamente o por medio de un representante, de conformidad con las normas vigentes y su opinión debe tomarse en cuenta, considerando para ello la edad y madurez mental del menor”<sup>32</sup>.

### • El derecho a la identidad

La legislación panameña no contiene ninguna norma que consagre expresamente el derecho a la identidad. Sin embargo, los distintos elementos que componen o se relacionan directamente con este derecho medular son recogidos en diversos artículos del Código de Familia y de la Ley del Registro Civil<sup>33</sup>.

Así, el Código de Familia establece que “todo menor tiene derecho a (...) conocer quiénes son sus padres, usar los apellidos de sus progenitores o de uno de ellos, y disfrutar de los demás derechos de la filiación”<sup>34</sup>.



© UNICEF/UNI134964/Dormino



Las inscripciones de los nacimientos se regulan en la Ley del Registro Civil. Aunque allí tampoco se afirma expresamente un derecho de las personas a que su nacimiento sea inscripto inmediatamente, una disposición general indica que las inscripciones que realiza el Registro Civil “estarán orientadas a garantizar y salvaguardar la nacionalidad panameña, así como los derechos humanos relativos al estado civil, reconocidos en las convenciones internacionales y en otros instrumentos de igual naturaleza”<sup>35</sup>.

Además, se advierte que esta normativa efectivamente está orientada a satisfacer este derecho fundamental. Así, no solo impone a los progenitores el deber de efectuar la inscripción de los nacimientos, sino que también establece un procedimiento de oficio para aquellos casos en los que la inscripción no se practicara dentro de los 6 meses posteriores al parto<sup>36</sup>. Como se refleja en este informe, se trata de un procedimiento poco usual en la región, donde aún algunos países optan por la imposición de multas ante las inscripciones tardías.

Debe aclararse que el plazo de 6 meses y el procedimiento subsidiario de inscripción de oficio solo rige para los nacimientos que ocurrieron con asistencia médica. Los demás nacimientos, en cambio, deben ser inscriptos dentro de los dos años. Este plazo parece excesivo y no satisface el requisito de inmediatez que impone el artículo 7 de la Convención<sup>37</sup>. Al respecto, en su comentario general sobre la “Realización de los derechos del niño en la primera infancia” el Comité recomendó a los Estados que “adopten todas las medidas necesarias para que todos los niños sean inscritos al nacer en el registro civil”, destacando que “ello puede lograrse mediante un sistema de registro universal y bien gestionado que sea accesible a todos y gratuito, [el que] debe ser flexible y responder a las circunstancias de las familias, por ejemplo, estableciendo unidades de registro móviles cuando sea necesario”<sup>38</sup>.

De todas formas, también debe destacarse que esta ley precisamente ofrece un procedimiento diferenciado de inscripción para los NNyA indígenas, quienes pueden ser anotados simplemente por medio de una declaración jurada de sus padres y de dos testigos<sup>39</sup>. Asimismo, se reconoce el derecho de esta población a inscribir a sus hijos con nombres de sus respectivos idiomas<sup>40</sup>.

Estos artículos se relacionan directamente con el reconocimiento y respeto “a la identidad étnica de las comunidades indígenas”, que se proclama en la Constitución de la República<sup>41</sup>.

La identidad de género, en cambio, no tiene ningún reconocimiento en la legislación panameña, que no permite adecuar el nombre y la inscripción registral –ni de NNyA ni de adultos– a la autopercepción de género. Como se ha señalado al analizar la legislación similar en la mayoría de los países de la región, debe recordarse que la Corte IDH ha afirmado que el derecho a la identidad de género ampara “a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida” y que “debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación”<sup>42</sup>.

## • El derecho a la familia

El Código de Familia se inicia afirmando que “La unidad familiar, la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, la igualdad de los hijos y la protección de los menores de edad, constituyen principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este cuerpo de leyes”<sup>43</sup>. A ello se agrega, como ya se apuntó, otro artículo que dispone que “todo menor tiene derecho a (...) disfrutar de los demás derechos de la filiación”<sup>44</sup>.

Para encontrar un reconocimiento más acabado de este derecho, en sintonía con el artículo 9 de la Convención, debe acudir a la Ley General de Adopciones (LGA), aprobada en 2013. Allí se consagra el derecho de los NNyA a “vivir, crecer y a ser educado y atendido bajo la orientación y responsabilidad de su familia biológica nuclear o consanguínea”<sup>45</sup> y se dispone que la separación de su familia solo puede ser ordenada mediante “resolución judicial motivada” salvo situaciones de urgencia, en donde la decisión puede ser adoptada en sede administrativa, debiendo remitirse a la autoridad judicial en un plazo máximo de 72 horas para su revisión.

Sin embargo, los motivos que autorizan disponer la pérdida o suspensión de la patria potestad continúan regulados en el Código de Familia de manera

excesivamente amplia. Entre otros, allí se alude a “la mala conducta notoria, el abuso de la patria potestad o relación parental, (...) o el abandono del hijo o hija”<sup>46</sup>. Estas expresiones de textura abierta deben cuestionarse, pues quedan libradas a la discrecionalidad del intérprete y remiten al paradigma de la situación irregular.

Si bien la LGA también ha introducido modificaciones en el Código de Familia, que definen con mayor precisión estos supuestos<sup>47</sup> e imponen priorizar la reubicación dentro de la familia consanguínea -solo cuando ello no sea posible podrá declararse su estado de adoptabilidad<sup>48</sup>-, lo cierto es que la reforma no tuvo la integralidad necesaria para superar estas objeciones.

En igual sentido, el Código de Familia establece que “La autoridad también podrá disponer la colocación familiar cuando el menor (...) se hallase en estado de abandono, de peligro o tuviese problemas de conducta y sus padres, guardadores o parientes, no ofrezcan suficientes garantías de cuidado y corrección”<sup>49</sup>. Más cuestionable aún, otro artículo faculta a la autoridad judicial a ubicar en colocación familiar u hogares sustitutos por un período máximo de 6 meses al “menor [que] se encuentra en circunstancias especialmente difíciles”, entendiéndose por tal al que “1. Se encuentre en situación de riesgo social; 2. Sea víctima de maltrato y abandono; 3. Sea menor carenciado; 4. Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley; 5. Sea víctima de catástrofe; y 6. Sea discapacitado”<sup>50</sup>. Todos esos supuestos son definidos en los artículos subsiguientes de un modo que refleja categóricamente su falta de adecuación a la Convención. Así, entre otros elementos, las definiciones remiten a términos igualmente imprecisos o cuestionables, como “la vagancia”, el “trato con gente

viciosa” o que “sus padres no los puedan controlar”, característicos de la doctrina de la situación irregular, o incluso a la falta de recursos materiales<sup>51</sup>. Una mención especial merece la referencia a los NNyA con discapacidad, que responde al paradigma asistencialista y médico rehabilitador, en abierta contradicción con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>52</sup>.

La regulación más específica de las adopciones, en cambio, presenta una mayor armonía con la Convención sobre los Derechos del Niño, aunque también es pasible de mejoras. Desde el punto de vista normativo, entre las disposiciones más destacables de la Ley General de Adopciones se encuentra el reconocimiento del derecho de los NNyA a ser escuchados durante el proceso, a contar con un defensor de oficio y a conocer sus orígenes, la promoción de la adopción conjunta de hermanos, la preferencia de la adopción de niños indígenas al interior de su etnia, la primacía de la adopción nacional por sobre la internacional y la regulación de la nulidad de la adopción cuando esta hubiere sido realizada en violación de derechos o graves inobservancias de normas sustantivas y procesales.

En cambio, entre los puntos más cuestionables debemos destacar la regulación del acogimiento familiar de hecho. Así, si bien la regla general es que el acogimiento familiar debe ser dispuesto por la autoridad administrativa -y sometido a revisión judicial-, se dispone que “cuando un niño, niña o adolescente ha sido entregado para su crianza por su padre o su madre, o por ambos, a un tercero apto para ejercer la guarda, este se considerará como la primera opción para el otorgamiento del acogimiento”<sup>53</sup>. A su vez, esta familia puede solicitar la adopción, sin que existan requisitos adicionales a los de los demás adoptantes o un



proceso que investigue las circunstancias en las que se produjo la entrega del NNoA<sup>54</sup>. Debe tenerse presente que la experiencia internacional demuestra que este tipo de figuras suelen ser utilizadas para “blanquear” la trata de niños, convirtiendo en inoperantes todos los valiosos principios de la ley. Estas prácticas ilegales pueden prevenirse no solo con una siempre difícil investigación ex post, sino también imponiendo a quienes desarrollan el acogimiento informal o de hecho el deber de notificarlo rápidamente a las autoridades, tal como se recomienda en las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”<sup>55</sup>.

Más allá de esta cuestión, y si bien la LGA dispone que para el acogimiento familiar debe priorizarse a los parientes del NNoA o, en segundo lugar, a personas o familias que “formen parte de la red de relaciones comunitarias y/o lazos sociales del niño, niña o adolescente”<sup>56</sup>, se advierte que no existen mayores resguardos para evitar la institucionalización en albergues, denominados “hogares sustitutos”.

Otros aspectos que pueden ser objetados se relacionan con el rol que la LGA reconoce a las organizaciones no gubernamentales. De manera excesivamente amplia, la ley faculta a la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia a delegar sus funciones en estas organizaciones, por medio de acuerdos de colaboración<sup>57</sup>. Si bien su intervención parece estar orientada al apoyo en la etapa preadoptiva para las familias solicitantes<sup>58</sup>, no existe una prohibición clara de que intermedien con las familias biológicas o canalicen las adopciones. Además, la ley no solo permite que las solicitudes de adopción sean canalizadas por medio de apoderados, sino que va más allá obligando a designar un apoderado en la etapa preadoptiva de asignación<sup>59</sup>.

En este sentido, la Relatora Especial sobre la venta de niños ha señalado que “Cuando las agencias de adopción establecen relaciones privilegiadas con determinados servicios de atención a la infancia se abre una nueva posibilidad de que se produzcan adopciones ilegales”<sup>60</sup>. Por ello, es preocupante que existan tantos mecanismos para que intervengan terceros, ajenos a las familias de origen y adoptivas.

Este panorama ha empeorado con la reciente aprobación de una ley denominada “De protección a los recién nacidos”<sup>61</sup>. Esta norma faculta a entidades privadas a recibir a niños recién nacidos, cuando son entregados voluntariamente por su madre. Sin embargo, no existe ningún mecanismo de control para verificar que la entrega efectivamente sea voluntaria

y ni se exige al centro receptor que identifique a la persona que entrega al niño<sup>62</sup>. Debe recordarse que las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños” disponen que “Cuando un niño es abandonado o se renuncia a su guarda, los Estados deberían velar por que ello se realice en condiciones de confidencialidad y seguridad para el niño, respetando su derecho de acceso a la información sobre sus orígenes”<sup>63</sup>. Esta ley es especialmente preocupante en tanto, como ya se apuntó, la LGA facilita que las familias que acogen de hecho a un niño o niña luego lo adopten, por lo que estos centros pueden fácilmente convertirse en una herramienta para el tráfico de niños<sup>64</sup>.

## • El derecho a la protección contra toda forma de violencia

En la legislación panameña no existe una clara prohibición a la imposición de castigos corporales a los NNyA en todos los ámbitos.

Por el contrario, en el Código de Familia, se incluye entre los deberes y facultades de quien ejerce la patria potestad el de “corregir” a los hijos “razonable y moderadamente”<sup>65</sup>. A su vez, la definición de maltrato remite a la causación de “daño físico, mental o emocional, incluyendo lesiones físicas ocasionadas por castigos corporales”, por lo que a contrario sensu se puede interpretar que los castigos físicos que no implican un resultado de lesiones no están prohibidos<sup>66</sup>. Si bien esta definición también hace referencia al daño mental o emocional, lo cierto es que no existe una prohibición taxativa de los castigos corporales.

Así lo ha entendido también el Comité en sus últimas observaciones finales, oportunidad en la que instó al Estado a “revis[ar] los artículos 319 y 443 del Código de Familia y a prohib[ir] expresamente mediante disposiciones legislativas y administrativas el recurso a los castigos corporales en entornos de todo tipo, concretamente en la escuela, en instituciones de cuidado de niños, incluidas las que se especializan en la primera infancia, en instituciones donde se prestan modalidades de cuidado alternativas, en el hogar y en los centros de internamiento de menores”<sup>67</sup>.

Asimismo, el Código de Familia impone a ciertas personas –“profesionales de la salud, de la educación, trabajadores sociales, del orden público, policía de investigación y los directivos y funcionarios de



*Dentro de los “derechos fundamentales del menor”, el Código de Familia incluye al derecho a “ser protegido del secuestro, la venta o la trata de menores para cualquier fin y en cualquier forma, e igualmente contra las adopciones ilegales”.*

centros de atención, observación o rehabilitación de menores”<sup>68</sup>- el deber de denunciar los hechos de maltrato de los que tuvieron conocimiento en un plazo de 24 horas, mientras que el resto de las personas también deben denunciarlo, pero facultándose a hacerlo de modo anónimo y sin plazo. Ante estas denuncias, el Código es una vez más excesivamente indeterminado con las facultades de la autoridad judicial o administrativa, quienes podrán adoptar “las medidas que estime[n] convenientes, según la gravedad del caso, incluyendo la hospitalización y el tratamiento médico que requiera el menor” y están obligados “a prevenir la repetición de los hechos, para lo cual se ofrecerá, a través de los organismos competentes, una adecuada terapia y rehabilitación de la familia”<sup>69</sup>.

El marco normativo referido a la protección contra la violencia también se integra con la Ley “sobre violencia doméstica y maltrato al niño, niña y adolescente”<sup>70</sup> y la Ley “sobre violencia contra la mujer”<sup>71</sup>.

La primera de ellas, como lo indica su nombre, incluye expresamente en su objeto a los NNyA y contiene una definición de la violencia doméstica que abarca las agresiones que pueden sufrir por parte de cualquier persona que cohabite o haya cohabitado con ellos<sup>72</sup>. A su vez, entre las medidas de protección se incluyen algunas expresamente dirigidas a los NNyA, como la suspensión del agresor de la guarda y crianza de los hijos, y otras igualmente aplicables, como la exclusión del hogar o la prohibición de acercamiento.

Esta ley también introdujo algunas modificaciones penales relevantes. Así, tipifica el maltrato de NNyA con una pena de 2 a 6 años de prisión y con medidas de seguridad curativas. Este delito es definido de manera muy similar al concepto de maltrato seguido en el Código de Familia<sup>73</sup>. Del

mismo modo, se impone la realización de una evaluación psicológica antes de realizar cualquier diligencia sobre un NNyA a fin de garantizar que esta “no le causará trastorno psicoemocional”<sup>74</sup>.

Finalmente, esta ley concluye con un capítulo sobre políticas públicas, donde se fijan obligaciones para el personal de salud, el Ministerio de Justicia y de Educación, que remiten a la protección de los NNyA. Así, los primeros deben documentar los hechos de maltrato que conocieren -estando obligados a denunciarlos de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Familia-, mientras que el Ministerio de Educación deberá “incorporar contenidos orientados a promover valores basados en los principios de tolerancia, del respeto por las diferencias y la diversidad, así como de igualdad y equidad de género en los planes y programas de estudio de todos los niveles” y “fomentará programas dirigidos a la resolución pacífica de conflictos, a fin de prevenir la violencia doméstica y el maltrato al niño, niña y adolescente”<sup>75</sup>.

En cuanto a la Ley “sobre violencia contra la mujer”, es de destacar que se aplica con independencia de la edad de las víctimas y del ámbito en el que se produzcan los hechos -público o privado-, por lo que indiscutiblemente comprende a las niñas y adolescentes<sup>76</sup>. Sin embargo, el resto del articulado parece estar más bien dirigido a las mujeres adultas y referirse a los NNyA cuando son víctimas de violencia en relación a estas<sup>77</sup>. Aunque estas disposiciones son valiosas, no se advierte que haya un enfoque específico sobre las niñas y adolescentes que sufren violencia de género de manera directa.



- **El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata**

Dentro de los “derechos fundamentales del menor”, el Código de Familia incluye al derecho a “ser protegido del secuestro, la venta o la trata de menores para cualquier fin y en cualquier forma, e igualmente contra las adopciones ilegales”<sup>78</sup>. A su vez, en la definición del maltrato, se indica que este ocurre -entre otros supuestos- cuando “se cometa o se permita que otros cometan abuso sexual con el menor u otros actos lascivos o impúdicos, aunque no impliquen acceso carnal”<sup>79</sup>.

Lógicamente, es en el Código Penal donde se encuentra la mayor previsión normativa en relación a la protección contra los abusos sexuales. Allí se fija la edad para el consentimiento sexual en 14 años. Sin embargo, tras una reforma legislativa efectuada en 2018, la manera de delimitar ese piso no es lo suficientemente precisa y podría ser cuestionada.

Así, tras definirse los actos de violación o abuso, el artículo 175 CP<sup>80</sup> indica que también serán sancionados dichos actos “aún cuando no medie violencia o intimidación” cuando se ejecutaren “con una persona que tenga menos de 14 años” (inc. 1º) o “en una persona que por su edad no pueda consentir o resistir el acto” (inc. 4º). A su vez, otro artículo penaliza a quien “valiéndose de una condición de ventaja, logre acceso sexual con persona mayor de 14 años y menor de 18, aunque medie consentimiento”<sup>81</sup>.

De esta manera, la norma parece estar orientada a establecer en 14 años la edad mínima de manera inexorable y penalizar los actos sexuales de adultos con personas que superan los 14 pero tienen menos de 18 años, si la diferencia de edad es significativa. A su vez, el inciso 4º del artículo 175 CP, al referirse a una persona que no puede “consentir o resistir el acto” parece dirigirse al caso inverso: una persona muy anciana. Sin embargo, estas son interpretaciones: la ley penal debiera ser lo suficientemente precisa y no dejar dudas. Por ello, sería conveniente reformular el inciso 4º para que no sea posible disputar la capacidad en concreto de una persona menor de 14 años -o de 18 años según el caso- de consentir el acto.

Este cuadro de superposición y ambigüedad normativa se agrava aún más con el tipo penal de “corrupción de menores” -característico del enfoque preconvencional

en las normas penales sobre protección contra los abusos sexuales- que aún se mantiene vigente. Así, el artículo 179 CP penaliza a “quien corrompa o promueva la corrupción de una persona menor de dieciocho años haciéndola participar o presenciar comportamientos de naturaleza sexual que afecten su desarrollo sicossexual”, fijando una sanción agravada cuando la víctima fuera menor de 14 años. Esta redacción debe adolecer de dos severos defectos. En primer lugar, al referirse a la “participación” en actos sexuales, el tipo penal entra en competencia con las figuras descritas previamente de violación o abuso -respecto de los cuales impone una pena menor-. En segundo lugar, el tipo penal no se satisface con la mera participación o presencia en actos sexuales, sino que exige una afectación al desarrollo sicossexual, lo que puede resultar de difícil prueba, abre la puerta a la indagación sobre la experiencia sexual previa de los NNyA y a la descriminalización de las conductas que recaen sobre quienes son considerados como ya “corrompidos”.

Este problema también se refleja con la penalización del consumo de prostitución infantil, pues se sanciona a “quien pague o prometa pagar, en dinero o en especie, o gratifique a una persona que ha cumplido catorce años y sea menor de dieciocho, o a una tercera persona, para realizar actos sexuales con aquellas”<sup>82</sup>, con una sanción sensiblemente inferior a la establecida para las figuras de corrupción de menores y de violación. Si bien esta figura penaliza el pago y podría concurrir materialmente con los otros tipos penales, entra especialmente en competencia con la definida en el artículo 176 CP, en tanto allí se alude a valerse de una “condición de ventaja” como medio comisivo para obtener el consentimiento de una persona que tenga entre 14 y 18 años de edad.

En cuanto a otras formas de explotación sexual, cabe destacar que el Código Penal tipifica la elaboración, comercialización, exhibición, distribución y posesión de imágenes de abuso sexual infantil -aún bajo la denominación de pornografía-, aunque en este último caso se requiere acreditar que el material fue “voluntariamente adquirido”<sup>83</sup>. Este último requisito parece estar dirigido a eximir de responsabilidad a quien pueda descargar u obtener imágenes de abuso sexual infantil por error o desconocimiento. Sin embargo, al tratarse de un delito doloso, la aclaración resulta innecesaria y riesgosa, pues puede llevar a exigir acreditar la manera en que el autor adquirió las imágenes, cuando lo que debe tipificarse es la mera tenencia.

*Respecto de la educación intercultural, la LOE dispone que “la educación para las personas indígenas se fundamenta en el derecho de estas de preservar, desarrollar y respetar su identidad y patrimonio cultural”.*

Asimismo, se encuentran tipificadas otras conductas como las relacionadas a la utilización de personas menores de edad en “actos de exhibicionismo obsceno o en pornografía” y la promoción del “sexo en línea”<sup>84</sup>. Sin embargo, otras formas modernas de abuso sexual infantil, como el grooming, no están tipificadas.

También resulta problemática la tipificación de la trata de personas y su relación con otras figuras. Los principales déficits radican en que no se ha reconocido la irrelevancia del consentimiento de la víctima ni de los medios empleados en el caso de que las víctimas sean personas menores de edad, y se ha definido a la conducta incriminada exclusivamente con relación a la intervención en la entrada o salida del país o en el desplazamiento dentro del territorio nacional de una persona para someterla a diversas formas de explotación<sup>85</sup>. Esta definición no incorpora en el tipo penal a otros agentes, como quienes reclutan, reciben o simplemente retienen a las víctimas.

A su vez, ese tipo de conductas son parcialmente absorbidas por otros tipos penales, que prevén una sanción significativamente menor. Así, por ejemplo, se penaliza a quien “con ánimo de lucro facilite, instigue, reclute u organice de cualquier forma la explotación sexual”, fijándose una pena de 8 a 10 de prisión cuando la víctima sea una persona menor de edad<sup>86</sup>. Del mismo modo, la penalización del “turismo sexual” también registra una sanción menor y hace referencia a conductas que debieran absorberse en la figura de la trata<sup>87</sup>.

Estos tipos penales, en su mayoría, fueron incorporados o redefinidos en la Ley sobre trata de personas y actividades conexas<sup>88</sup>. Esta ley, además de contener las ya criticadas disposiciones penales, incluye previsiones sobre los derechos de

las víctimas, donde se han hecho referencias específicas a los NNyA. Así, se reconocen como víctimas a las personas dependientes o relacionadas con la víctima, de modo que los hijos de quienes sufren de manera directa la explotación quedan amparados por los derechos que esta ley reconoce a las víctimas<sup>89</sup>. Entre estos derechos, se destaca el derecho el de “recibir información clara y comprensible sobre los derechos que le asistan, en un idioma o medio que comprenda acorde a su edad [y] grado de madurez” y una previsión general de que “En el caso de víctimas menores de edad o con discapacidad (...) se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales resultantes de su condición y se procurará su reintegración al núcleo familiar cuando esto sea seguro”<sup>90</sup>. Dos artículos adicionales detallan aún más los derechos específicos de los NNyA, incluyendo medidas como la obligación de contar con profesionales especializados y la prohibición de tomarles declaración frente al imputado<sup>91</sup>.

Por otro lado, debe destacarse que desde el año 2015 está prohibido el matrimonio con personas menores de 18 años de edad, sin excepciones<sup>92</sup>.

- **El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil**

El Código de Familia también enuncia en el catálogo de “derechos fundamentales del menor”, el derecho a “ser protegido contra la explotación económica y el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso para su salud física y mental, o que impida su acceso a la educación”<sup>93</sup>. Asimismo, afirma que “El menor de y en la calle, será sujeto prioritario de la atención estatal, a fin



de brindarle protección adecuada”<sup>94</sup>.

A ello se agrega un título específico dedicado a los “menores trabajadores” y una sección referida a la “protección laboral de los menores”, que a su vez se superponen con un capítulo del Código del Trabajo que aborda la misma materia.

De estas diversas disposiciones surge que se fija como regla general en 14 años la edad mínima de admisión al empleo<sup>95</sup>, con la excepción del trabajo agrícola y doméstico, respecto del cual se admite el empleo a partir de los 12 años<sup>96</sup>. Esta excepción resulta abiertamente incompatible con los Convenios sobre edad mínima (nro. 138) y trabajo doméstico (nro. 189) de la OIT, por lo que el Comité reclamó su derogación<sup>97</sup>. Como reiteradamente se ha señalado, la edad mínima de admisión al empleo debe armonizarse con la edad de educación obligatoria.

Una mención aparte merece el trabajo nocturno y peligroso, que adecuadamente se encuentra prohibido para todos los NNyA<sup>98</sup>. También se advierte la limitación de la jornada laboral a un máximo de 6 horas diarias<sup>99</sup>.

Sin embargo, solo se exige que el empleo de adolescentes tenga una aprobación por parte de las agencias estatales en caso de que no éstos no tengan autorización de sus padres o representantes legales<sup>100</sup>. Apenas los empleadores deben llevar un registro específico de los contratos celebrados con personas menores de edad, mas no se exige registrar el contrato en un organismo específico, resultando suficiente la presentación de un certificado médico que compruebe su salud y capacidad física<sup>101</sup>.

## • El derecho a la educación

Como vimos, la Constitución solo fija como obligatorio “el primer nivel de enseñanza o educación básica general” y si bien determina la gratuidad “en todos los niveles pre-universitarios”, admite “el establecimiento de un derecho de matrícula pagada en los niveles no obligatorios”<sup>102</sup>. El Código de Familia no ofrece avances en este punto<sup>103</sup>.

Estas previsiones restrictivas son superadas por la Ley Orgánica de Educación<sup>104</sup>. Allí se extiende la obligatoriedad desde la etapa preescolar (4 y 5 años) hasta la etapa pre-media (12 a 14 años) y se garantiza la gratuidad hasta los tres años de educación media (15 a 17 años)<sup>105</sup>. De este modo, Panamá es uno de los

pocos países de la región que no fija la obligatoriedad de todo el ciclo educativo medio.

Esta norma además establece los fines de la educación, en buena medida en sintonía con la Convención, y contiene previsiones para garantizar la participación de los NNyA en la gestión educativa, así como para la educación intercultural bilingüe.

En relación con la participación de los NNyA en la gestión educativa, se reconoce el derecho a formar organizaciones estudiantiles<sup>106</sup>, las que a su vez forman parte de un organismo consultivo denominado Comunidad Educativa Regional<sup>107</sup>. Además, en cada centro educativo del primer y segundo nivel debe funcionar otro organismo consultivo equivalente integrado entre otros por un representante de los estudiantes de los últimos dos años<sup>108</sup>.

Respecto de la educación intercultural, la LOE dispone que “la educación para las personas indígenas se fundamenta en el derecho de estas de preservar, desarrollar y respetar su identidad y patrimonio cultural”, “se enmarca dentro de los principios y objetivos generales de la educación nacional” y “se desarrolla conforme las características, objetivos, y metodología de la educación bilingüe intercultural”<sup>109</sup>. A esto se agrega un Decreto Ejecutivo que implementa y desarrolla la educación bilingüe intercultural, fijando una oferta educativa diferenciada para los siete pueblos indígenas de Panamá<sup>110</sup>.

La educación de los NNyA con discapacidad es materia de otra ley, en la que se reconoce su derecho “a la educación sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, a través de un sistema inclusivo con equidad y de calidad en todos los niveles y modalidades de la educación”, participando del sistema educativo regular “a través de los planteles oficiales, particulares, y centros de educación superior” con los servicios de apoyo, medidas de accesibilidad y ajustes necesarios<sup>111</sup>.

## • El derecho a la salud

Dentro de los llamados “derechos fundamentales del menor”, el Código de Familia enuncia el derecho a “recibir lactancia materna, alimentación, atención médica, educación, vestuario, vivienda y protección de los riesgos o peligros contra su formación psicofísica, social y espiritual”<sup>112</sup> y al derecho a “la salud, que comprende los beneficios en los aspectos educativos, preventivos y curativos”<sup>113</sup>.



Sus derechos a más específicos en este ámbito -como el derecho a ser informados y a recibir atención autónomamente de sus padres o responsables legales de acuerdo con el principio de autonomía progresiva- tienen un reconocimiento parcial en la Ley de derechos del paciente<sup>114</sup>. Si bien esta norma reconoce el derecho de todas las personas a que se respete su autonomía, así como a acceder a información médica y a la confidencialidad, establece un régimen diferenciado para los NNyA de donde se deriva que no son comprendidos por esos principios generales.

Así, el consentimiento informado solo es exigible para los adolescentes de más de 16 años o los emancipados<sup>115</sup>. Por debajo de esa edad, el consentimiento debe darlo su representante legal, “después de haber escuchado su opinión, en todo caso, si es mayor de 12 años”<sup>116</sup>. En relación al acceso a la información y la confidencialidad de la consulta, en tanto, la ley es poco clara sobre los derechos de los NNyA, pues alude a la incapacidad de comprensión del paciente e impone el deber de informar a quienes tengan su representación<sup>117</sup>.

Se advierte así que la legislación panameña se encuentra a mitad de camino. Como se ha señalado al revisar la legislación similar de otros países de la región<sup>118</sup>, la cuestión referida a la delimitación de la madurez de los NNyA para brindar su consentimiento para un tratamiento médico es siempre un asunto problemático, pero debe guiarse por los principios de autonomía progresiva y del interés superior del niño, que reclaman que al menos se tenga en cuenta su opinión<sup>119</sup>. Al respecto, recientemente el Comité ha señalado sin ambages que “Las intervenciones y los tratamientos médicos deben contar con el consentimiento voluntario

e informado del adolescente, con independencia de que se exija o no también el de un progenitor o representante legal”<sup>120</sup>. Por ello, la edad de 16 años fijada para reconocer la aptitud de brindar el consentimiento resulta excesivamente alta. A su vez, el derecho a ser escuchados debería extenderse a todos los niños, sin fijarse una edad mínima.

La cuestión referida al acceso a la información con relación a la salud, en cambio, es mucho menos compleja. Bajo el paradigma de la Convención, el derecho de los NNyA a recibir asesoramiento sin el consentimiento de sus padres no tiene relación con la edad en que puede autónomamente decidir sobre un tratamiento médico y no debe tener un límite de edad<sup>121</sup>. Así, se ha remarcado que es un derecho fundamental “cuando sus opiniones y/o intereses difieren de los de sus padres, o incluso se oponen a ellos: por ejemplo, en casos de malos tratos o descuido por parte de los padres u otros miembros de la familia”<sup>122</sup>. En su Observación General nº 15, el Comité indica con toda claridad que “De conformidad con la evolución de sus capacidades, los niños deben tener acceso a terapia y asesoramiento confidenciales, sin necesidad del consentimiento de sus padres o su custodio legal cuando los profesionales que examinen el caso determinen que ello redundaría en el interés superior del niño”<sup>123</sup>. La ley panameña no ofrece claridad sobre este punto y parece seguir el sistema de la incapacidad legal. En definitiva, la legislación sobre el derecho a la salud de los NNyA de Panamá no resulta totalmente alineada con la Convención -en especial con los artículos 1, 3, 5 y 24 -.

Un párrafo aparte merece el acceso a la salud sexual y reproductiva. El Código de Familia establece que “El Ministerio de Educación incluirá, en los programas oficiales, cursos obligatorios de educación familiar y



sexual”<sup>124</sup>. A su vez, en 2016 se efectuó una reforma a ley “sobre la menor de edad embarazada”<sup>125</sup>, que entre otras cosas dispone que el Estado “formulará políticas dirigidas a desarrollar planes, programas y actividades dirigidos a proveer información oportuna, permanente e incluyente sobre educación sexual responsable para reducir el número de embarazos precoces y de abortos (...) ofreciendo información oportuna que llegue a las aulas escolares y a los núcleos familiares de todas las comunidades urbanas y rurales...”<sup>126</sup>. Sin embargo, no existen previsiones más específicas ni se reconoce explícitamente el acceso a esta educación como un derecho de los NNyA. De hecho, de acuerdo con las últimas observaciones finales del Comité, en la práctica los colegios no brindan educación sobre este asunto<sup>127</sup>.

Además, el aborto está criminalizado, excepto en los casos de violación “debidamente acreditada en instrucción sumarial”, o cuando existan “graves causas de salud que pongan en peligro la vida de la madre o del producto de la concepción”<sup>128</sup>. Al igual que ha hecho con otros países con legislación similar, el Comité ha reclamado al Estado que “Despenalice el aborto en todos los casos, vele por que las niñas puedan abortar en condiciones seguras y ser atendidas tras hacerlo, revise su legislación para salvaguardar el interés superior de las niñas embarazadas y vele por que sus opiniones se escuchen y siempre se tengan debidamente en cuenta en las decisiones relacionadas con el aborto”<sup>129</sup>.

## • El sistema de responsabilidad penal adolescente

Dentro de los “derechos fundamentales del menor”, el Código de Familia incluye el derecho a “[s]er respetado en su integridad, por lo que no será sometido a torturas, tratos crueles o degradantes ni a detención arbitraria” y dispone que “El menor privado de su libertad tiene derecho al respeto de sus garantías, a la asistencia jurídica adecuada, a mantener contacto con su familia y a ser puesto a orden inmediata de la autoridad competente”<sup>130</sup>. Este Código anteriormente también regulaba el sistema judicial aplicable a los “menores” infractores de la ley penal. Actualmente, este tema es materia de una ley específica, denominada de “Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia”<sup>131</sup>.

En esta ley se fija en 12 años la edad mínima de responsabilidad penal, una de las más bajas de la región, aunque recién a partir de los 15 años son

admisibles las medidas privativas de la libertad<sup>132</sup>. Al respecto, el Comité ha señalado que “La fijación de la mayoría de edad penal a un nivel más alto, por ejemplo 14 o 16 años, contribuye a que el sistema de la justicia de menores, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías legales”<sup>133</sup>. En sintonía, en sus últimas observaciones finales al Estado, especialmente recomendó que “eleve la edad mínima de responsabilidad penal hasta un nivel aceptado internacionalmente”<sup>134</sup>.

Las sanciones privativas de la libertad son definidas como “excepcionales” y solo proceden en centros de reclusión ante ciertos delitos graves, aunque puede cuestionarse la inclusión de algunas figuras como el “terrorismo”, la asociación ilícita o el robo simple. Además, las penas son excesivamente prolongadas. Así, los homicidios agravados pueden sancionarse con penas de hasta 12 años. A su vez, los delitos de violencia sexual, el tráfico ilícito de drogas y el secuestro tienen una pena mínima de 9 años y carecen de tope, en directa violación al principio de legalidad de la ley penal<sup>135</sup>. En cualquier caso, si bien estas sanciones pueden suspenderse una vez que el adolescente cumplió la mitad del tiempo impuesto<sup>136</sup>, se trata de plazos excesivamente prolongados, incompatibles con la brevedad que debiera tener este tipo de medidas, tal como lo ha hecho notar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>137</sup>.

Como contracara, en los demás casos el sistema prevé la imposición de sanciones alternativas a la privación de la libertad<sup>138</sup>. A ello se agregan las salidas alternativas del proceso, como la remisión y el principio de oportunidad -que solo proceden frente hechos insignificantes- y la suspensión condicional del proceso y la conciliación -que proceden en todos los casos excepto ante homicidio doloso, violación, secuestro, robo, terrorismo o tráfico de drogas-.

Las medidas cautelares, en tanto, son adecuadamente restringidas a los fines procesales<sup>139</sup>. Sin embargo, se faculta al fiscal a decretar la detención provisional en los mismos casos en que procede la detención como sanción, en violación al principio del contradictorio<sup>140</sup>.

Finalmente, corresponde señalar que se encuentra prohibida la imposición de castigos corporales o de la incomunicación durante el cumplimiento de las medidas privativas de la libertad<sup>141</sup>.

### 3. Recomendaciones

Es ineludible destacar como recomendación principal la imperiosa necesidad de que se sancione una ley especial de derechos y protección de los NNYA. En palabras del Comité, el Estado debe agilizar “la aprobación de una ley amplia sobre los derechos del niño que presente a este como titular de derechos y no como objeto de protección, en consonancia con las disposiciones y los principios de la Convención y de conformidad con la observación general núm. 5 (2003) sobre las medidas generales de aplicación de la Convención”<sup>142</sup>.

La revisión que se ha hecho de las disposiciones referidas a los NNYA actualmente vigentes en el Código de Familia, el Código Penal y leyes centrales como las referidas a la salud o educación, reflejan que también es necesario armonizar esas normas con la Convención. En definitiva, no se trata simplemente de una omisión de legislar, sino más bien de la necesidad de adaptar el marco normativo sobre los NNYA al paradigma de la protección integral. Esta necesidad se aprecia en todos los puntos revisados en este informe.

Así, el reconocimiento del principio de interés superior del niño/a debe ser reformulado, para extender su alcance y dar cuenta de su especificidad. Actualmente, el principio de interés superior se confunde con otros principios y derechos, a la vez que no tiene reconocimiento como pauta interpretativa ni como regla procedimental.

El derecho a la identidad también reclama un reconocimiento expreso. Si bien las reglas sobre la filiación y la inscripción de nacimientos no resultan problemáticas –aunque es recomendable reducir el plazo previsto para registrar los nacimientos–, lo cierto es que en Panamá no existe

ninguna norma que expresamente consagre el derecho a la identidad, más allá de la propia Convención. En este sentido, y reflejando la necesidad de reconocer de manera amplia el derecho a la identidad, debe revisarse la legislación para permitir a los NNYA adecuar su nombre y sus documentos a su identidad de género autopercibida.

En relación al derecho a la familia, es necesario limitar los supuestos que autorizan a disponer la separación familiar en el Código de Familia, para reducir la discrecionalidad en su aplicación. A su vez, algunos de esos supuestos, como los previstos bajo el título de “los menores en circunstancias especialmente difíciles”, son abiertamente incompatibles con la Convención, por lo que debieran ser derogados.

En líneas generales, este Código debe ser armonizado con la Ley General de Adopciones. Igualmente, esta ley también merece algunas revisiones importantes. Por ejemplo, es necesario reformular el acogimiento familiar de hecho –que actualmente otorga prioridad para la adopción–, para evitar que sea una vía de legalización del tráfico de niños. En el mismo sentido, también debe revisarse las amplias facultades que la ley autoriza a delegar en ONGs y apoderados, y la ley denominada “De protección al recién nacido”. Todas las disposiciones referidas a mecanismos de adopción deben reducir la intervención de particulares y garantizar el derecho de los NNYA a conocer sus orígenes.

Con relación a la protección contra la violencia, es imperioso prohibir con claridad la imposición de castigos corporales en todos los ámbitos. Una regla fundamental como esta debe ser enunciada sin ambigüedad y estableciendo consecuencias claras ante su violación.

---

*La tipificación de la trata de personas -vinculada tanto a la protección contra los abusos sexuales como contra la explotación económica y el trabajo infantil- también reclama una urgente reforma.*

---



También es necesario que haya mayor precisión en la delimitación de la edad mínima para prestar el consentimiento sexual. Si bien el art. 175 inc. 1 del Código Penal fija claramente esa edad en 14 años, otros tipos penales desdibujan ese límite. Además, es necesario revisar tipos penales propios de la doctrina de la situación irregular –como la llamada “corrupción de menores”- a la vez que tipificar mejor prácticas de abuso sexual más modernas, como la posesión de imágenes de abuso sexual infantil y el grooming.

La tipificación de la trata de personas -vinculada tanto a la protección contra los abusos sexuales como contra la explotación económica y el trabajo infantil- también reclama una urgente reforma. Es necesario que esta figura no se reduzca a quienes toman parte activa en el desplazamiento de las víctimas, a la vez que se reconozca con claridad la irrelevancia del consentimiento de la víctima y de los medios empleados en el caso de personas menores de edad, como lo demanda el Protocolo de Palermo y ha hecho notar específicamente el Comité<sup>143</sup>.

En el terreno específico de la protección contra la explotación económica, además es necesario elevar la edad mínima de admisión al empleo, especialmente para el trabajo agrícola y doméstico. También es recomendable imponer en el Estado un registro específico sobre la contratación de adolescentes, junto con un mecanismo de aprobación previa de cada contratación.

Vinculado con estas cuestiones, es recomendable elevar la edad de educación obligatoria, de manera que se extienda a todo el ciclo escolar medio.

En relación al derecho a la salud, resulta necesario extender el derecho a ser oídos y a recibir información a todos los NNyA, independientemente de su edad. A la vez, la edad fijada para brindar el consentimiento informado –actualmente en 16 años- podría disminuirse o flexibilizarse en aplicación del principio de autonomía progresiva.

En este terreno, es especialmente necesario aprobar una ley específica sobre salud sexual y reproductiva, que garantice el derecho de los NNyA a recibir educación, asesoramiento médico y métodos anticonceptivos de manera confidencial y gratuita.

Asimismo, tal como lo ha reclamado el Comité, es necesario despenalizar el aborto, estableciendo mecanismos que permitan a las niñas y adolescentes embarazadas que su voluntad sea respetada.

En cuanto al sistema de responsabilidad penal adolescente, es imprescindible elevar la edad mínima de responsabilidad penal, que se ubica entre las más bajas de la región. Del mismo modo, deben reducirse las penas máximas privativas de la libertad y establecerse un tope claro de su duración, frente a todos los delitos. También es recomendable ampliar las salidas alternativas del proceso, que actualmente no son admisibles para casos calificados de graves por la propia ley.

Finalmente, aunque en este informe no se ha analizado la normativa provincial, debe advertirse que numerosas provincias han impuesto “toques de queda” para las personas menores de 18 años. Esta medida implica que no pueden transitar libremente, sin compañía de adultos, en horarios nocturnos. Tal como ha indicado el Comité en sus últimas observaciones finales al Estado, este tipo de restricción es incompatible con varios derechos previstos en la Convención -como la prohibición de discriminación, el derecho a la libertad de reunión con fines pacíficos-, por lo que se recomienda su eliminación<sup>144</sup>.



© UNICEF Panamá/2010/Fox



### Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 Art. 17, segundo párrafo: "Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona."
- 5 Corte Suprema de Justicia de Panamá, Pleno, Apelación de la acción de amparo de garantías constitucionales interpuesta por el licenciado Julio Cesar Matute, en nombre y representación de Angélica Gómez Miranda, contra la orden de hacer contenida en el Auto No. 176 de 14 de marzo de 2014, dictada por el Juzgado de Niñez y Adolescencia del Tercer Circuito Judicial de Panamá. Ponente: Abel Augusto Zamorano, Sentencia del 28 de abril de 2015 (Fuente: Centro de Documentación Judicial <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>).
- 6 Ver Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Primera de lo Civil, Fiscalía Primera del Primer Distrito Judicial de Panamá recurre en casación en el proceso de impugnación de la paternidad interpuesto por Miguel Rodríguez Marquinez contra Aixa Palacios Santamaría. Ponente: Oydén Ortega Durán, Sentencia del 6 de abril de 2017 (en donde el tribunal sostuvo que "esta Corporación Judicial no puede pasar por alto el hecho que el Juzgado primario haya señalado en la Sentencia de primera instancia que 'estamos en presencia de una especie de adopción de hecho' (fs. 44), pues ello, no resulta correcto y contraría lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, donde en el Artículo 21, prevé que la adopción sólo sea consentida o autorizada por autoridad competente"). Fuente: Centro de Documentación Judicial <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>).
- 7 Art. 56 CP.
- 8 Art. 59 CP.
- 9 Art. 63 incs. 1, 2, 3 CP.
- 10 Art. 91 CP.
- 11 Art. 95 CP.
- 12 Art. 107 CP.
- 13 Como se explica en el "Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño" de UNICEF, "Es el niño quien ejerce el derecho. Los padres pueden guiarlo, pero de una manera que se corresponda con la evolución de sus facultades y de conformidad con la Convención en su conjunto. El hecho de 'guiar' debe excluir, por ejemplo, toda forma de violencia física o mental (artículo 19). Y deben tenerse en cuenta las opiniones del niño: el artículo 12 protege el derecho de todo niño a formarse un juicio propio y a expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que [le] afectan, incluida la religión y la elección de ésta". Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 212/3.
- 14 Art. 108 CP.
- 15 Art. 110, inc. 3 CP.
- 16 Aunque se deja abierta la posibilidad de establecer excepciones por ley.
- 17 Art. 70, 2do párrafo CP.
- 18 Art. 63 in fine CP.
- 19 Art. 28 CP.
- 20 Más precisamente en 1916 (Ley 2) y entró en vigencia al año siguiente.
- 21 Art. 45 CC: "... La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez del que no sabe leer y escribir, no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de estos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero..." (T.O. Ley 43/1925).
- 22 Art. 35.A CC: "Llámase infante o niño, todo el que no ha cumplido siete (7) años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce (14) años y la mujer que no ha cumplido doce (12); adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho (18) años y menor de edad o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos." Como puede advertirse, a los cuestionamientos que cabe hacer al concepto, debe agregarse la distinción por género, que tampoco es compatible con la Convención, en tanto vulnera la prohibición de discriminación establecida en el artículo 2°.
- 23 Libro Segundo, "De los menores", Código de Familia.
- 24 El libro está organizado en dos capítulos, uno de "principios básicos" y otros de "derechos fundamentales del menor". Este segundo capítulo, a su vez, está dividido en 12 títulos: "De los menores en circunstancias especialmente difíciles"; "De los menores en situación de riesgo social"; "De los menores maltratados"; "De los menores carenciados"; "De los menores trabajadores"; "De los menores víctimas de catástrofes"; "De los menores discapacitados físicos, mentales y sensoriales"; "Del acto infractor"; "Del tratamiento referente al uso y tráfico de drogas y estupefacientes o sustancias psicotrópicas"; "De las medidas por faltas y sanciones"; y "De las disposiciones finales".
- 25 Ley 46/2013.
- 26 Ley 40/1990 (con modificaciones, adiciones y derogaciones aprobadas por la Ley 38 de 2000, 46 de 2003, Ley 48 de 2004, Ley 15 de 2007, Ley 6 de 2010 y Ley 32 de 2010).
- 27 Debe recordarse que el Comité definió al interés superior del niño como un derecho sustantivo, un principio interpretativo fundamental y una norma de procedimiento para cualquier decisión que se tome en relación a los niños. Comité de los derechos del niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).
- 28 Art. 2 CF. A su vez, este Código se refiere al principio de interés superior al regular la patria potestad -donde se establece que, en caso de desacuerdo respecto del ejercicio de la patria potestad, el juez deberá decidir, después de escuchar a ambos progenitores y al hijo o hija, "lo que más convenga al interés superior del hijo o la hija" (art. 321)- y la emancipación -facultándose a la autoridad judicial a denegarla si puede aplicarse alguna medida de protección "en beneficio del



- interés superior del menor” (art. 356).
- 29 Comité de los derechos del niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, párr. 39.
- 30 Art. 3 LGA (ley 46/2013).
- 31 Art. 5 Ley 40/1999 (y sus modificaciones): “Interés superior de la niñez y la adolescencia. Es deber del Estado, en las distintas instancias de la sociedad y de la familia asegurar prioritariamente la realización de los derechos y las garantías que establecen la Convención de los Derechos del Niño y la presente ley”.
- 32 Art. 489 inc. 10 CF.
- 33 Ley 31/2006 (t.o. Ley 1/2007).
- 34 Art. 489 inc. 3 CF.
- 35 Art. 2 Ley 31/2006 (t.o. Ley 1/2007).
- 36 Ver art. 31 Ley 31/2006 (t.o. Ley 1/2007): “Una vez ocurrido el hecho del nacimiento, están obligadas a declarar el nacimiento del menor, por su orden, las siguientes personas: 1. La madre; 2. El padre; 3. Los demás ascendientes; 4. El pariente más próximo que sea mayor de edad; 5. El jefe del establecimiento médico u hospitalario, público o privado, donde haya ocurrido el nacimiento; 6. Cualquier persona que haya asistido el parto. 7. La persona que tenga conocimiento del estado de abandono de un recién nacido.” Art. 35: “... Para garantizar el interés superior del menor mediante la inscripción oportuna del nacimiento, las instituciones de salud y el personal médico que atendió el parto quedan obligados a expedir el parte clínico del nacimiento, a más tardar dos días después de ocurrido el hecho, y en este se deberá hacer constar la fecha de nacimiento, el sexo y las generales de la madre...”. Art. 36: “Si transcurridos seis meses del nacimiento ocurrido con asistencia médica, no se efectuó la declaración para la inscripción correspondiente, el Registro Civil ordenará, de oficio, la inscripción con base en los datos registrados en el parte clínico correspondiente”. En igual sentido, el Código de Familia establece que “si la madre que abandonara a su hijo o hija menor al nacer o no lo inscribiera en el Registro Civil, el jefe del establecimiento de salud donde hubiera dado a luz o el médico obstetra, enfermera o cualquier otra persona que la hubiera atendido en el parte, está obligada a informar el nacimiento del menor al oficial o auxiliar del Registro Civil, quien estará en la obligación de inscribirlo, poniéndole nombres de uso común y los apellidos correspondientes a la madre. Realizada la inscripción, se pondrá el hecho en conocimiento de la autoridad competente, quien decidirá la situación del menor de conformidad con lo establecido en este Código” (art. 492).
- 37 “Conforme a la Convención, el niño debe ser inscrito ‘inmediatamente después de su nacimiento’, lo que implica un plazo de días más que de meses”. Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 125.
- 38 Observación general nro. 7, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 25.
- 39 Art. 46 Ley 31/2006 (t.o. Ley 1/2007): “Los indígenas nacidos en la República de Panamá cuyo nacimiento no aparezca inscrito en el Registro Civil, se inscribirán con base en la declaración jurada del interesado, cuando es mayor de edad, o la del padre, madre o pariente del nacido, cuando es menor, hecha ante el Oficial del Registro Civil y corroborada por dos testigos. Si el declarante incurriera en falsedad, se hará acreedor de la sanción penal correspondiente.” Adviértase que este artículo también facilita la inscripción de los adultos indígenas que carecieran de documentos.
- 40 Art. 45 Ley 31/2006 (t.o. Ley 1/2007) “Las personas de etnias indígenas de la República de Panamá podrán inscribir sus hijos en el Registro Civil con los nombres propios de sus respectivos idiomas.”
- 41 Art. 90 CPRP: “El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizará programas tendientes a desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada una de sus culturas y creará una institución para el estudio, conservación, divulgación de las mismas y de sus lenguas, así como la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos.”
- 42 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 25 de noviembre de 2017, párr. 154. En el mismo sentido, el Comité ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente” (Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34). Ver también “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, “Principios de Yogyakarta”, en cuyo preámbulo se afirma que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”.
- 43 Art. 1 CF.
- 44 Art. 489 inc. 3 CF.
- 45 Art. 27 LGA.
- 46 Art. 341 CF. También debe cuestionarse que este artículo agrega como motivo de pérdida o suspensión al “incumplimiento de la obligación de alimentar”. Sin embargo, en la LGA se dispone que “La falta de recursos materiales de la madre, el padre y su familia consanguínea no será causa para declarar la separación del niño” (art. 36). Sin perjuicio de que sería conveniente armonizar el Código de Familia con LGA, al ser esta una ley posterior rigen sus disposiciones.
- 47 Art. 342 CF (t.o. ley 46/2013): “Se ha producido una privación del derecho a la familia de un niño, niña o adolescente por parte del padre y/o la madre, originando inmediatamente la pérdida definitiva de la patria potestad o autoridad parental, cuando: 1. Injustificadamente no ha mantenido contacto con la persona menor de edad en un periodo de sesenta días calendario debidamente comprobado; 2. Elude reiteradamente el cumplimiento de sus deberes y obligaciones en un periodo de sesenta días calendario; y/o 3.

- Ha demostrado ser incompetente o negligente, como lo define este Código. Asimismo, se producirá? privación del derecho a la familia de un niño, niña o adolescente cuando su familia consanguínea incurra en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 341”.
- 48 Artículo 343-B CF (texto según ley 46 de 2013).
- 49 Art. 367 CF.
- 50 Art. 495 CF.
- 51 Así, el art. 498 CF dispone que “Se considera un menor en situación de riesgo social cuando “1. No asista a la escuela o institución de enseñanza en que está matriculado, o cuando no reciba la educación correspondiente; 2. Se dedique a la mendicidad, a la vagancia o a deambular en forma habitual, o al consumo de bebidas alcohólicas o drogas y estupefacientes o sustancias psicotrópicas; 3. Abandone el domicilio de sus padres o guardadores; 4. Se emplee en ocupaciones que puedan considerarse peligrosas o perjudiciales a la salud, la moral o contrarias a las buenas costumbres; 5. Frecuente el trato con gente viciosa y malviviente o viva en casa destinada al vicio; 6. Sus padres, parientes o guardadores no lo puedan controlar o se sustraiga frecuentemente a su autoridad; y 7. Los padres sin medios lícitos de vida sean delincuentes, alcohólicos, drogadictos, vagos, enfermos mentales o retardados mentales profundo y por ello no pueden ofrecerle un modelo de crianza”. Por su parte, “se considera menor de la calle, aquél que vive en la calle y ha perdido casi todo contacto con su familia de origen, o si este contacto se da, es de forma esporádica. Se considera menor en la calle, aquél que tiene familia y vive con ella, pero debido a limitaciones económicas y sociales, se ve obligado a trabajar en la calle” (art. 499). Son “menores carenciados” aquellos que son “víctim[a] de determinadas circunstancias sociales o familiares que le impiden satisfacer sus necesidades básicas de orden material, espiritual e intelectual, sin que se presenten los supuestos para ser considerado en situación de abandono. Se considerarán un menor carenciado: 1. Al que se le negase la asistencia alimenticia o se le haga de manera insuficiente; 2. Al que se le prive de la asistencia a la escuela o institución de enseñanza; y 3. Al que sus padres o guardadores le obliguen a abandonar el domicilio familiar” (art. 505).” (art. 505).
- 52 Así, el artículo 517 dispone que “Se entiende por discapacitado toda persona que sufre cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionado por una deficiencia en la forma o dentro del ámbito considerado normal por el ser humano”
- 53 Art. 8 LGA.
- 54 Ver art. 122 de la LGA, que modifíco el art. 369 CF.
- 55 A/RES/64/142, párr. 46. Allí se agrega que “Los Estados deberían elaborar medidas especiales apropiadas a fin de proteger a los niños en acogimiento informal contra el abuso, el descuido, el trabajo infantil y toda forma de explotación, con particular atención al acogimiento informal ejercido por personas sin vínculo familiar, o por familiares no conocidos previamente por el niño o lejos del lugar de residencia habitual del niño.”
- 56 Art. 8.2. LGA.
- 57 Art. 24 LGA: “La Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia estará facultada para realizar y suscribir acuerdos de colaboración con las organizaciones no gubernamentales, a fin de que realicen los servicios autorizados en nombre de esta. Estas organizaciones no gubernamentales solo estarán autorizadas para realizar los servicios contenidos en el acuerdo de colaboración. La Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia tendrá la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de dichos acuerdos en beneficio del interés superior del niño, niña y adolescente. La Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia reglamentará el contenido de los acuerdos.”
- 58 Ver por caso arts. 76 y 78 LGA.
- 59 Art. 74 LGA.
- 60 Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, A/HRC/34/55, párr. 66. También el Comité ha observado que la participación de instituciones privadas “aumenta el riesgo de que se obtengan beneficios materiales indebidos y se realicen otras prácticas, como la venta de niños para su adopción” (CRC/C/COL/CO/4-5, 06/03/2015, párr. 35.B).
- 61 Ley 55/2017.
- 62 La ley prevé que “Los datos de la madre y del recién nacido se mantendrán en archivos confidenciales y solo podrán ser solicitados por orden judicial a las autoridades administrativas encargadas de su custodia” (art. 2.1) y que “El personal idóneo que reciba al recién nacido está obligado a mantener la máxima confidencialidad sobre la identidad de la madre y del recién nacido y sobre los detalles del evento, con excepción de aquellos detalles de carácter médico o los requeridos por la autoridad judicial competente” (art. 8). Sin embargo, la norma parece estar orientada a provocar que las entregas sean hechas de manera anónima, sin exigirse que efectivamente se identifique a la madre.
- 63 A/RES/64/142, párr. 41.
- 64 Si bien la ley dispone que los centros deben comunicar la recepción de los bebés a la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, no se impone ningún plazo para ello.
- 65 Art. 319 CF. En igual sentido, el art. 443 dispone “El pupilo debe respeto y obediencia al tutor. Éste podrá corregirlo moderadamente.”
- 66 Art. 501 CF: “El menor es víctima de maltrato cuando: 1. Se le cause o permita que otra persona le produzca, de manera no accidental, daño físico, mental o emocional, incluyendo lesiones físicas ocasionadas por castigos corporales; 2. No se le provea en forma adecuada de alimentos, ropas, habitación, educación o cuidados en su salud, teniendo los medios económicos para hacerlo; 3. Se cometa o se permita que otros cometan abuso sexual con el menor u otros actos lascivos o impúdicos, aunque no impliquen acceso carnal; 4. Se le explote o se permita que otro lo utilice con fines de lucro, incluyendo la mendicidad, el uso de fotografías, películas pornográficas o para prostitución, propaganda o publicidad no apropiada para su edad, o en acto delictivo; 5. Se le emplee en trabajos prohibidos o contrarios a la moral o que pongan en peligro su vida o salud; y 6. Se le dispense trato negligente y malos tratos que puedan afectarle en su salud física o mental.”
- 67 CRC/C/PAN/CO/5-6, párr. 22. El Comité manifestó su preocupación porque -de acuerdo al informe del Estado parte-



- “el 44% de los menores de 14 años experimentó algún tipo de disciplina violenta en 2013” (párr. 21).
- 68 Art. 502 CF.
- 69 Art. 504 CF.
- 70 Ley 38/2001.
- 71 Ley 82/2013.
- 72 Art. 2.H Ley 38/2001: “Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos se definen así: (...). Violencia doméstica: patrón de conducta en el cual se emplea la fuerza física o la violencia sexual o psicológica, la intimidación o la persecución contra una persona por parte de su cónyuge, ex conyugue, familiares o parientes con quien cohabita o haya cohabitado, viva o haya vivido bajo el mismo techo o sostenga o haya sostenido una relación legalmente reconocida, o con quien sostiene una relación consensual, o con una persona con quien se haya procreado un hijo o una hija como mínimo, para causarle daño físico a su persona o a la persona de otro para causarle daño emocional”.
- 73 Art. 215 D Código Penal: “La persona que maltrate a un niño, niña o adolescente menor de 18 años, será sancionada con prisión de 2 a 6 años o con medida de seguridad curativa o ambas. Las siguientes conductas tipifican el maltrato de menores de edad: 1. Causar, permitir o hacer que se les cause daño físico, mental o emocional, incluyendo lesiones físicas ocasionadas por castigos corporales; 2. Utilizarlos o inducir a que se les utilice, con fines de lucro, en la mendicidad, pornografía o en propaganda o publicidad no apropiada para su edad. 3. Emplearlos en trabajos prohibidos o contrarios a la moral, o que pongan en peligro su vida o su salud. 4. Imponerles trato negligente y malos tratos que puedan afectarles en su salud física y mental.”
- 74 Art. 19 Ley 38/2001.
- 75 Art. 28 Ley 38/2001.
- 76 Art. 2 Ley 82/2013: “Esta Ley se aplicará cuando las conductas descritas en ella se dirijan contra una mujer de cualquier edad, por el solo hecho de ser mujer, en un contexto de relaciones desiguales de poder, en el ámbito público o privado y en cualquier otro tipo de relación, ya sea laboral, docente, académica, comunitaria o de cualquier índole.”
- 77 Por ejemplo, el art. 62 establece entre otras cosas, que “corresponde a los albergues velar por la seguridad de las mujeres y sus hijos e hijas y demás personas del círculo familiar que se encuentren en ellos temporalmente”. En el mismo sentido, el art. 64 dispone que “Los centros de atención integral, brindarán el seguimiento necesario a las víctimas para su recuperación física y psicológica mediante programas integrales, con el propósito que puedan participar plenamente en la vida pública, social y privada. Esta atención se hará extensiva a los hijos e hijas que la acompañen y deberá incluir información sobre las instituciones encargadas de prestar asesoría y representación legal gratuita.”
- 78 Art. 489 inc. 17 CF.
- 79 Art. 501 inc. 3 CF.
- 80 Art. 175 CP (t.o. ley 21/2018).
- 81 Art. 176 CP (t.o. ley 21/2018), que a su vez fija diversas circunstancias agravantes. El último párrafo de este artículo dispone que no se aplicará “cuando entre la víctima y el agente exista una relación de pareja permanente debidamente comprobada y siempre que la diferencia de edad no supere los cinco años”.
- 82 Art. 186 CP.
- 83 Art. 184 y 185 CP.
- 84 Art. 187 CP: “Artículo 187. Quien utilice, consienta o permita que una persona menor de edad participe en actos de exhibicionismo obsceno o en pornografía, sea o no fotografiada, filmada o grabada por cualquier medio, ante terceros o a solas, con otra persona u otras personas menores de edad o adultos, del mismo o de distinto sexo o con animales, será sancionado con prisión de seis a ocho años. Igual sanción será aplicada a quien se valga de correo electrónico, redes globales de información o cualquier otro medio de comunicación individual o masiva, para incitar o promover el sexo en línea en personas menores de edad o para ofrecer sus servicios sexuales o hacer que lo simulen por este conducto, por teléfono o personalmente.”
- 85 Art. 456.A CP: “Quien promueva, dirija, organice, financie, publicite, invite o gestione por cualquier medio de comunicación individual o de masas o de cualquiera otra forma facilite la entrada o salida del país o el desplazamiento dentro del territorio nacional de una persona de cualquier sexo, para realizar uno o varios actos de prostitución o someterlas a explotación, servidumbre sexual o laboral, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, mendicidad, extracción ilícita de órganos o adopción irregular, será sancionado con prisión de quince a veinte años. La sanción será de veinte a treinta años de prisión, cuando: 1. La víctima sea una persona menor de edad o se encuentre en una situación de vulnerabilidad o discapacidad o incapaz de consentir...”? ?
- 86 Art. 180 CP.
- 87 Art. 190 CP: “Quien promueva, dirija, organice, publicite, invite, facilite o gestione por cualquier medio de comunicación individual o de masas, turismo sexual local o internacional, que implique el reclutamiento de una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, para su explotación sexual, aunque esta no llegara a ejecutarse o consumarse, será sancionado con prisión de ocho a diez años. La pena de prisión será aumentada hasta la mitad del máximo si la víctima es una persona con discapacidad o que no haya cumplido catorce años.” El problema aquí radica en la alusión al reclutamiento, que debería ser absorbido en la figura de la trata de personas.
- 88 Ley 79/2011.
- 89 Art. 34 Ley 79/2011.
- 90 Art. 36 Ley 79/2011.
- 91 Art. 50 Ley 79/2011: “En adición a las medidas establecidas en la ley, cuando la víctima sea una persona menor de edad, se aplicarán las siguientes medidas especiales: 1. Atención y cuidado especial, sobre todo cuando se trate de lactantes; 2. En caso de que la edad de la víctima sea incierta y existan razones para presumir que se trata de un menor de edad, se tendrá como tal hasta que se realice la verificación correspondiente; 3. Asistencia proporcionada por profesionales capacitados para tal efecto y en atención a las necesidades especiales de la víctima, fundamentalmente en lo que respecta a alojamiento, educación y cuidados; 4. En



- caso de no estar acompañada de un adulto responsable, se gestionarán todas las diligencias necesarias para establecer su nacionalidad e identidad y la localización de su familia cuando sea seguro o ello redunde en el interés del menor; 5. Cuando no se cuente con representación legal adecuada, la víctima quedará bajo la representación legal de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Las medidas de asistencia, protección e incidencias del proceso serán informadas a la víctima en un idioma y lenguaje que sea le sea comprensible.”
- Art. 51 Ley 79/2011: “Las entrevistas, exámenes y otras formas de investigación, así como la aplicación de las medidas previstas en esta Ley para las personas menores de edad, estarán a cargo de profesionales especialmente capacitados para tratar con menores de edad víctimas de trata de personas. Las diligencias y medidas se realizarán en un ambiente adecuado, en presencia de los padres o tutor legal del menor, de ser posible, o, en caso contrario, en presencia de la persona que ostente la representación legal del menor. En cualquier caso, siempre será necesaria la presencia de un funcionario de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Los procedimientos judiciales se efectuarán en audiencia privada fuera de la presencia de los medios de comunicación y del público en general. La víctima menor de edad rendirá testimonio ante el tribunal sin la presencia de las personas imputadas.”
- 92 Ley 30/2015, por la que se modificó el art. 33 y ss. del Código de Familia.
- 93 Art. 489 inc. 15 CF.
- 94 Art. 489 inc. 9 CF.
- 95 Art. 509 CF.
- 96 Art. 716 CF, arts. 119 y 123 Código de Trabajo.
- 97 CRC/C/PAN/CO/5-6, párr. 37.a.
- 98 Artículo 510 CF: “Queda prohibido a los que tengan menos de dieciocho (18) años de edad, los trabajos que por su naturaleza o por las condiciones en que se efectúen sean peligrosos para la vida, salud o moralidad de los menores, o que afectan su asistencia regular a un centro docente, en especial los siguientes: 1. Trabajos en clubes nocturnos cantinas, discotecas y demás lugares donde se expenden al por menor bebidas alcohólicas; 2. Trabajos relacionados con juegos de suerte y azar, tales como hipódromo, casino y otros; 3. Transporte de pasajeros y mercancía por carretera, ferrocarriles, aeronavegación, vías de agua interior y altamar, y trabajo en muelles, embarcaciones y almacenes de depósitos; 4. Trabajos relacionados con la generación, transformación y transmisión de energía eléctrica; 5. Manejo de sustancias explosivas o inflamables; 6. Trabajos subterráneos en minas, canteras, túneles o cloacas; 7. Manejo de sustancias nocivas o peligrosas, dispositivos o aparatos que lo expongan a los efectos de la radioactividad; y 8. La utilización de menores en espectáculos públicos, películas, teatro, mensajes comerciales de cine, radio, televisión y en publicaciones de cualquier índole que atenten contra la dignidad y moral del menor, de acuerdo a las regulaciones que para el efecto fijará el Consejo Nacional de Familia y del Menor. Lo dispuesto en los numerales 3, 4, 5 y 6 de este artículo, no se aplicarán al trabajo de menores de escuelas vocacionales siempre que dicho trabajo sea aprobado y vigilado por las autoridades competentes.” Ver también art. 118 CT.
- 99 Art. 512 CF.
- 100 Art. 121 CT: “Los contratos relativos al trabajo de los que tengan menos de dieciocho años, deberán celebrarse con la intervención del padre o representante legal de los mismos. Si aquellos no existieran, los contratos serán celebrados directamente por los menores interesados con la aprobación de la autoridad administrativa de trabajo.”
- 101 Art. 713 CF. Aunque el art. 714 dispone que “Las instituciones de protección de menores o el Defensor del Menor, en coordinación con las autoridades de trabajo, supervisarán las condiciones laborales y las de formación profesional de empresas donde trabajen menores como aprendices” y el art. 715 proclama que “Los menores de dieciocho (18) años serán sometidos a exámenes médicos, por lo menos una vez al año, a fin de determinar si la tarea que realizan en su trabajo menoscaba su salud o su desarrollo normal”, ello parece insuficiente como mecanismo de protección.
- 102 Art. 95 CPP.
- 103 De acuerdo al art. 489.5, “todo menor” tiene derecho a “[l]a educación integral, comprendido el primer nivel de enseñanza o educación básica general, que es obligatoria, respetando su vocación, sus aptitudes y el normal desarrollo de su inteligencia. La educación debe ser orientada a desarrollar la personalidad, las facultades del menor, con el fin de prepararlo para una vida activa, inculcándole el respeto por los derechos humanos, los valores culturales propios y el cuidado del medio ambiente natural, con espíritu de paz, tolerancia y solidaridad sin perjuicio de la libertad de enseñanza establecida en la Constitución Nacional”.
- 104 Ley 47/1946, modificada por Ley 34/1995, t.o. por Decreto Ejecutivo 305/2004. En adelante, LOE.
- 105 Sin embargo, se dispone que “la implementación de la gratuidad y obligatoriedad del pre-escolar, se hará de manera progresiva, de acuerdo con las posibilidades reales del Estado” (art. 64 LOE).
- 106 Art. 47 LOE: “En cada región escolar funcionarán las asambleas pedagógicas regionales, centros de colaboración, asociaciones de docentes, asociaciones de padres de familia, organizaciones estudiantiles, congresos indígenas, justas municipales de educación y comisiones técnicas de investigación educativa, que serán organismos de consulta y apoyo a la gestión educativa”.
- 107 Art. 50 LOE: “En cada una de las direcciones regionales de Educación funcionará un ente denominado Comunidad Educativa Regional, como organismo consultivo y de participación ad honorem, integrado por los Directores o Directoras de los centros escolares y por un representante de cada una de las siguientes organizaciones donde las hubiere: 1. Asociaciones de docentes con personería jurídica y con representación en la región escolar; 2. Asambleas pedagógicas; 3. Centros de colaboración; 4. Asociación de padres de familia; 5. Asociaciones estudiantiles; 6. Congresos indígenas; 7. Comunidad organizada; 8. Asociación de personas con discapacidad o, en su defecto, el Instituto Panameño de Habilitación Especial...”.
- 108 Art. 51 LOE: “En cada centro escolar del primer y segundo nivel de enseñanza, funcionará un organismo, consultivo de participación ad honorem, denominado Comunidad



- Educativa Escolar, que estará integrado por: 1. El Director o la Directora del centro escolar; 2. El Presidente o la Presidenta de la Asociación de Padres de Familia; 3. Un representante de los educadores y las educadoras del centro escolar; 4. Un representante de los estudiantes de los dos últimos años; 5. Un representante de las organizaciones cívicas del área donde está ubicado el centro escolar...”
- 109 Art. 11 y 12 LOE. A su vez, el art. 336 dispone que “el Ministerio de Educación garantizará que el personal docente y administrativo que ejerza funciones en las comunidades indígenas tenga una formación bilingüe, con dominio del español y de la lengua indígena de la región”. Ver en sentido similar el art. 672 CF: “El Ministerio de Educación elaborará y pondrá en práctica programas de educación bilingües aplicables a las zonas indígenas.”
- 110 Decreto Ejecutivo 687/2008. Los pueblos indígenas mencionados en la norma son: Ngabe, Kuna, Bugle, Emberá, Wounaan, Naso y BriBri.
- 111 Art. 19 Ley 42/1999 (modificada por la Ley 15/2016).
- 112 Art. 489.4 CF.
- 113 Art. 489.5 CF.
- 114 Ley 68/2003.
- 115 Con la excepción de “las intervenciones urgentes e indispensables para evitar lesiones irreversibles o peligro de muerte a la persona afectada, incluyendo los casos de suicidio”, para las cuales no se exige consentimiento (art. 20). Existe una previsión equivalente en el Código de Familia (art. 325).
- 116 Art. 19.2 Ley 68/2003. A ello se agrega que “la decisión e intervención médica debe respetar la dignidad personal del enfermo, estar motivada, ser objetiva y proporcionada, quedando reflejado todo ello en el expediente clínico. En todo caso, se intentará que tanto el enfermo como sus parientes y allegados intervengan cuanto sea posible en la toma de decisiones” (art. 21).
- 117 Art. 9 Ley 68/2003: “En caso de incapacidad del paciente, este debe ser informado en función de su grado de comprensión, sin perjuicio de tener que informar también a quien tenga su representación, personas a él vinculadas por razones familiares y de hecho que asuman la responsabilidad de las decisiones que hayan de adoptarse propuestas por el médico”.
- 118 V.gr. Chile, Guatemala, El Salvador, Paraguay, entre otros.
- 119 En cualquier caso, debe advertirse que en las Orientaciones generales para los informes periódicos, el Comité indica a los Estados que deben proveer información sobre la edad mínima para el tratamiento médico o las intervenciones quirúrgicas sin el consentimiento de los padres (párrafo 24).
- 120 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 39.
- 121 Véase, por todos, la Observación General nro. 12 del Comité, sobre derecho del niño a ser oído, donde con toda contundencia se afirma que el “El derecho al asesoramiento y consejo es distinto del derecho a otorgar consentimiento médico y no se debe someter a ninguna limitación de edad”. CRC/C/GC/12, párr. 101.
- 122 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 8.
- 123 Observación General N° 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, CRC/C/GC/15, párr. 31.
- 124 Art. 671 CF. A su vez el art. 703 dispone: “Las instituciones públicas y privadas de carácter educativo contribuirán a la difusión de los programas de prevención, curación y rehabilitación de la salud del menor. Igualmente, se implementarán programas de educación sexual y familiar de carácter obligatorio para las madres y padres adolescentes.”
- 125 Ley 60/2016, que reforma la Ley 29/2002.
- 126 Art. 4.A Ley 29/2002, t.o. Ley 60/2016.
- 127 El Comité indicó que “Le preocupa mucho la ausencia en los colegios de educación específica sobre salud sexual y reproductiva” y lamentó que “en la Asamblea Nacional se haya suspendido el debate sobre el proyecto de ley núm. 61, por el cual se impulsaban políticas de educación integral, atención y promoción de la salud, especialmente en relación con la salud sexual y reproductiva”, reclamando su reactivación. CRC/C/PAN/CO/5-6, párr. 30.
- 128 Arts. 144 incs. 1 y 2 CP.
- 129 CRC/C/PAN/CO/5-6, párr. 31.
- 130 Art. 489 inc. 18 CF.
- 131 Ley 40/1999, modificada por las leyes 38/2000, 46/2003, 48/2004, 15/2007, 6/2010 y 32/2010. Todas las citas que se efectúan a continuación a la Ley 40/1999 se refieren a su texto reformado.
- 132 Art. 8 Ley 40/1999: “Para su aplicación, esta Ley diferenciará, en cuanto al proceso, las sanciones y su ejecución entre dos grupos: 1. A partir de los doce años de edad y hasta que no hayan cumplidos los quince años de edad; 2. A partir de los quince años de edad y hasta que no hayan cumplido los dieciocho años de edad. Para el grupo etario entre los doce y los catorce años de edad, se aplicarán medidas de reeducación social bajo la supervisión de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.”
- 133 Observación General nro. 10 (2007), “Los derechos del niño en la justicia de menores”, CRC/C/GC/10, párr. 33.
- 134 CRC/C/PAN/CO/5-6, párr. 40.a.
- 135 Art. 140 Ley 40/1999: “Prisión en un centro de cumplimiento. El juez penal de adolescentes sancionará con prisión en un centro de cumplimiento los siguientes delitos: 1. El homicidio agravado, con una duración mínima de seis años a una máxima de doce años; 2. El homicidio doloso, el secuestro agravado y el terrorismo, con una duración mínima de cinco años hasta una máxima de diez años; 3. La violencia sexual, el tráfico ilícito de drogas y el secuestro, con una duración mínima de nueve años; 4. Las formas agravadas de robo y el comercio de armas ilícitas, con una duración mínima de tres años a una máxima de seis años; 5. El robo, las lesiones personales dolosas con resultado muerte, la extorsión, las formas agravadas de la asociación ilícita, la constitución y formación de pandillas y la posesión agravada de armas de fuego, con una duración mínima de dos años a una máxima de cuatro años; 6. La asociación ilícita, la posesión simple de armas de fuego, las lesiones personales gravísimas y la venta y posesión agravada de drogas, con una duración mínima de un año a una máxima de tres años. La sanción de prisión podrá ser impuesta por las formas imperfectas de realización de los delitos descritos en el presente artículo y el grado de

- participación del adolescente o la adolescente, conforme a las reglas que para ambos casos determina el Código Penal...”
- 136 Ver art. 143 Ley 40/1999.
- 137 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, 2011, OEA/Ser.L/V/II, párr. 369.
- 138 Art. 141 Ley 40/1999: “En los delitos no mencionados en el artículo anterior, el juez adolescente impondrá las sanciones socioeducativas, la participación obligatoria en programas de asistencia y orientación, la prestación de servicios sociales y las órdenes de orientación y supervisión. En caso de incumplimiento de estas sanciones, por razones imputables al sancionado, el juez de cumplimiento las reemplazará por sanción de prisión con una duración máxima de ocho meses.”
- 139 Art. 57 Ley 40/1999: “Las medidas cautelares sólo proceden cuando concurren determinados supuestos y en atención a propósitos específicos. El funcionario que instruye la investigación deberá constatar la comisión de un hecho punible, estar en posesión de graves indicios sobre la responsabilidad del adolescente o de la adolescente contra quien se decreta la medida y contar con información suficiente que justifique la adopción de la medida. Los propósitos que justifican la adopción de una medida cautelar son los siguientes: 1. Proteger a la víctima, al denunciante o al testigo; 2. Asegurar las pruebas; o 3. Impedir la evasión de la acción de la justicia.”
- 140 Art. 61 Ley 40/1999.
- 141 Art. 144 inc. 11 Ley 40/1999.
- 142 CRC/C/PAN/CO/5-6, párr. 6. En igual sentido, CRC/C/PAN/CO/3-4, párr. 10.
- 143 El Comité recomendó al Estado que “enmiende la Ley Núm. 79 de 9 de noviembre de 2011... para incorporar una definición de trata de personas que sea consonante con el ... Protocolo de Palermo”. CRC/C/PAN/CO/5-6, párr. 38 a.
- 144 CRC/C/PAN/CO/5-6.



# PARAGUAY



© UNICEF/UN01734/Keery

## 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución de la República del Paraguay

De acuerdo al artículo 137 de la Constitución de la República, ésta tiene jerarquía superior a los tratados y convenciones internacionales, que a su vez tienen jerarquía superior a las leyes internas y demás normas. La Constitución no distingue entre los tratados de derechos humanos y los demás tratados internacionales, por lo que cabe concluir que la Convención sobre los Derechos del Niño tiene jerarquía infra constitucional.



Instrumento	
CDN	Jerarquía infraconstitucional, superior a las leyes.
Reservas	No hizo.
Declaraciones	No hizo.
PF 1 <sup>1</sup>	Ratificado en 2002.
PF 2 <sup>2</sup>	Ratificado en 2003.
PF 3 <sup>3</sup>	Ratificado en 2017.

*La Constitución consagra la protección de la familia, las obligaciones de asistencia de los padres para con sus hijos, la igualdad entre éstos y el derecho a investigar la paternidad, lo que está indudablemente relacionado con el derecho a la identidad.*

De todas maneras, existen varios artículos de la Constitución que se refieren específicamente a los derechos de los NNyA. El más destacable es el referido a la “protección del niño”, que establece que “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación”<sup>4</sup>. Este artículo contiene dos cláusulas de gran relevancia: una procedimental o de legitimación procesal, que dispone que “Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores”, y otra que reconoce el carácter preferente de los derechos de los NNyA en caso de conflicto<sup>5</sup>.

Además, la Constitución consagra la protección de la familia<sup>6</sup>, las obligaciones de asistencia de los padres para con sus hijos, la igualdad entre éstos y el derecho a investigar la paternidad<sup>7</sup>, lo que está indudablemente relacionado con el derecho a la identidad. Las previsiones constitucionales sobre el ámbito familiar se completan con artículos referidos a la protección de la maternidad y paternidad responsable<sup>8</sup>, la protección contra la violencia familiar<sup>9</sup> y la promoción de la planificación familiar y la salud materno infantil<sup>10</sup>.

La Constitución también contiene otras cláusulas amplias, que abarcan a los NNyA, como la obligación de regular la publicidad para proteger sus derechos<sup>11</sup>, la promoción de la participación juvenil<sup>12</sup> o la protección del trabajo infantil<sup>13</sup>. En este último caso, resulta cuestionable que no se haya promovido la erradicación del trabajo infantil o establecido una edad mínima para la admisión al empleo, optándose por una redacción que podría conducir a legitimar el trabajo infantil. Finalmente, diversos artículos se refieren al derecho a la educación<sup>14</sup>, aunque se establece que solo es obligatoria la educación básica<sup>15</sup>. En este ámbito, se reconocen expresamente los derechos de los NNyA de los pueblos indígenas a recibir una educación que respete su cultura<sup>16</sup> y su lengua<sup>17</sup>.

## 2. El “Código de la Niñez y la Adolescencia” y otras leyes relacionadas

El Código de la Niñez y la Adolescencia<sup>18</sup> (en adelante, el Código o CNA) fue sancionado en 2001, recibiendo pequeñas reformas en 2009<sup>19</sup> y 2018<sup>20</sup>. Está organizado en cinco libros, referidos a: i. los derechos y deberes de los NNyA; ii. las políticas de protección y promoción de los derechos de los NNyA, donde no solo se organiza el sistema de protección de la niñez



y adolescencia, sino que comprende también la protección de los adolescentes trabajadores; iii. las instituciones familiares, regulando institutos como la patria potestad y la guarda; iv. la jurisdicción especializada de la NNyA y; v. las infracciones a la ley penal por parte de adolescentes y su proceso de juzgamiento.

- **El principio de interés superior de los NNyA**

El Código recoge este principio fundamental enunciando que “toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente estará fundada en su interés superior”. Se agrega que “Para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico” y “Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo”<sup>21</sup>. Si bien la definición resulta suficientemente amplia y realiza valiosas referencias al deber de ponderar las particularidades de cada niño, atendiendo a su opinión, puede criticarse que adolece de un mayor énfasis en la definición del interés superior del niño como un principio interpretativo<sup>22</sup>. Esta omisión resulta llamativa, pues -como se ha visto en el apartado anterior- la Constitución de la República dispone el carácter prevaleciente de los derechos de los NNyA en caso de conflicto de derechos.

- **El derecho a la identidad**

El Código reconoce el derecho a la identidad con una definición limitada al alcance del artículo 8 de la Convención. Así, se establece que “El niño y el adolescente tienen derecho a la nacionalidad paraguaya en las condiciones establecidas en la Constitución y en la Ley”<sup>23</sup> y que “Tienen igualmente derecho a un nombre que se inscribirá en los registros respectivos, a conocer y permanecer con sus padres y a promover ante la Justicia las investigaciones que sobre sus orígenes estimen necesarias”<sup>24</sup>. Si bien la definición es ajustada a la Convención, lamentablemente deja por fuera el valioso concepto de identidad cultural, que es recogido en otros códigos similares de la región<sup>25</sup> y tiene soporte en otros artículos de la Convención -como los arts. 20<sup>26</sup> y 30<sup>27</sup>-, que pueden ponderarse a luz del principio de

interdependencia e indivisibilidad de los derechos. Tampoco se recoge el concepto de identidad de género, desconociéndose el derecho de modificar el nombre y la inscripción registral de acuerdo a la autopercepción de género<sup>28</sup>.

Asimismo, en el Código también se dispone la obligatoriedad del registro de nacimiento, pero apenas como una obligación de los efectores de salud de llevar sus registros internos y emitir los certificados de nacimiento correspondientes<sup>29</sup>. Debemos recurrir al Código Civil para encontrar el derecho a la inscripción del nacimiento<sup>30</sup>. El procedimiento de inscripción, en tanto, está regulado en la ley 1266/87 del Registro del Estado Civil<sup>31</sup>. Si bien esta ley reconoce la gratuidad de la inscripción, contiene algunas limitaciones que debieran ser revisadas, como la prohibición de que los padres adolescentes inscriban a sus hijos por sí mismos<sup>32</sup>.

- **El derecho a la familia**

El Código establece que “El niño o adolescente tiene derecho a vivir y desarrollarse en su familia, y, en caso de falta o insuficiencia de recursos materiales de sus familiares, el derecho a que el Estado los provea”. Consecuentemente, prohíbe expresamente “separar al niño o adolescente de su grupo familiar, o disponer la suspensión o pérdida de la patria potestad invocando la falta o insuficiencia de recursos”<sup>33</sup>.

Como ya se anticipó, el Código también regula institutos como la patria potestad, la guarda, la familia sustituta y la tutela, en tanto que la adopción está prevista en una ley específica, sancionada con anterioridad<sup>34</sup>. En cualquier caso, antes de adentrarnos en sus especificidades, resulta ineludible destacar que todas estas disposiciones se entrelazan con el Código Civil, que si bien no pertenece al proceso de codificación latinoamericana del siglo XIX -sino que fue sancionado en 1985<sup>35</sup>- es tributario del paradigma de llamada doctrina de la situación irregular, donde los niños y adolescentes son “menores”, objeto del derecho y atribuciones de sus padres, en vez de reconocerlos como sujetos autónomos de derecho.

Así, el Código Civil sigue el esquema de la “incapacidad absoluta” para los menores de 14 años y de la “incapacidad relativa” para los mayores de esa edad, en tanto que el CNA establece que la patria potestad implica el derecho y deber de los padres de representar a sus hijos en los actos de



© UNICEF/UNI171580/Crespo

la vida civil<sup>36</sup>. De este modo, en la normativa paraguaya no se ha recogido el principio de autonomía progresiva, que emana de la Convención<sup>37</sup>. Por el contrario, y de modo coherente con aquel enfoque preconvenacional, la única manera de que los NNYA adquieran autonomía es a través de la emancipación por medio de la obtención de un título universitario o el matrimonio, que está permitido a partir de los 16 años, con la autorización de los padres o tutores<sup>38</sup>. Como retiradamente se ha señalado, la admisión del matrimonio por debajo de los 18 años resulta incompatible con la Convención.

Regresando a los institutos regulados en el CNA, se advierte que se han previsto algunos límites a la guarda que procuran evitar que esta figura sea utilizada como vía para legalizar el tráfico de niños. Así, se establece expresamente que “toda persona que acoge a un niño o adolescente, sin que se le haya otorgado la guarda del mismo, estará obligada a comunicar este hecho al Juez en el plazo de dos días”<sup>39</sup> y que “El responsable de la guarda de un niño o adolescente no podrá transferir la misma a terceros”<sup>40</sup>, en ambos casos bajo apercibimiento de incurrir en un tipo penal específico, denominado “violación de las reglas de la adopción”<sup>41</sup>. Sin embargo, estas disposiciones no están armonizadas con la ley de adopción, que no prohíbe adoptar a aquel que haya obtenido la guarda de hecho. Por ello, en sus últimas observaciones finales al Estado, el Comité manifestó su preocupación porque “las familias que desean adoptar puedan escoger a un niño y llevarlo a casa antes incluso de que se declare al niño adoptable y sin que se evalúe a la familia”<sup>42</sup>.

De todas formas, es justo decir que Ley de Adopción en líneas generales se ajusta a los estándares que emanan de la Convención en la materia y de la interpretación que ha hecho el Comité sobre ella. Así, esta ley:





- \* promueve el mantenimiento del vínculo familiar, estableciendo un período de 45 días por el que deberán pasar obligatoriamente todos los padres biológicos o familiares que quieran dar a un niño en adopción, “período durante el cual el juez impulsará todas las medidas necesarias para mantener el vínculo familiar con la familia nuclear o ampliada”<sup>43</sup>.
- \* en la misma línea, cuando se trate de un niño de filiación desconocida, impone al juez competente el deber de realizar durante al menos 90 días “una investigación exhaustiva para la localización de los padres o miembros de su familia biológica”<sup>44</sup>.
- \* prioriza la adopción nacional por sobre la internacional.
- \* establece que “cuando dos o más hermanos sean declarados en estado de adopción, no se podrá separarlos, salvo razones justificadas”<sup>45</sup>.
- \* requiere que el juez tenga en cuenta la opinión del niño respecto de la adopción, en tanto que los mayores 12 años deben brindar su consentimiento<sup>46</sup>.
- \* reconoce el derecho de los NNyA adoptados a conocer su origen, pudiendo hacerlo incluso antes de alcanzar los 18 años -a diferencia de la legislación restrictiva de otros países de la región-<sup>47</sup>.

Sin embargo, algunos aspectos puntuales de esta ley deben ser revisados, dotando de mayor celeridad al procedimiento y, especialmente, contemplando los casos donde el consentimiento para dar al niño en adopción puede estar viciado. En ese sentido, debe destacarse que Paraguay asumió ante la Corte IDH la necesidad de efectuar tales reformas en el 2011<sup>48</sup>, sin que se hayan concretado hasta la fecha.

## • El derecho a la protección contra toda forma de violencia

En este campo, las normas más destacadas se encuentran por fuera del CNA<sup>49</sup>. Así, recientemente se aprobó una ley “De promoción del buen trato, crianza positiva y de protección a NNyA contra el castigo físico o cualquier tipo de violencia como método de corrección o disciplina”<sup>50</sup>, que prohíbe “el castigo físico y los tratos humillantes infligidos a niños, niñas y adolescentes como forma de corrección o disciplina”

en todos los ámbitos, pero especialmente se dirige al medio familiar, educativo y a las instituciones de protección de la niñez. Asimismo, anteriormente se había establecido un procedimiento especial para el tratamiento del maltrato infantil en la jurisdicción especializada<sup>51</sup> -aunque paradójicamente se omitió definir las conductas que quedan comprendidas en el concepto de maltrato infantil-, se había tipificado el maltrato de niños y adolescentes bajo tutela<sup>52</sup> y la violencia intrafamiliar<sup>53</sup>. A estas normas se agregan la ley de “Protección integral a las mujeres, contra toda forma de violencia”<sup>54</sup> -que también abarca a las niñas y adolescentes- y la Ley contra la Violencia Familiar, aunque allí no existen mayores referencias a los derechos de los NNyA<sup>55</sup>.

## • El derecho a la salud

El CNA se limita a reconocer el derecho a la salud como un derecho de los NNyA, pero sin avanzar en mayores especificidades, con la única excepción de una cláusula especial dirigida a garantizar las prácticas culturales de los que pertenecen a comunidades indígenas<sup>56</sup>. Así, no se contempla el derecho de los niños y adolescentes a ser informados sobre situación de salud, a ser oídos sobre el tratamiento a aplicarse ni a decidir sobre éste de acuerdo a su desarrollo y madurez, y apenas se prevé la remisión a la autoridad judicial cuando deba practicarse una intervención quirúrgica ante un peligro de muerte, si los padres se oponen por razones culturales o religiosas<sup>57</sup>. La normativa del sector de la salud tampoco contempla estos derechos, aunque tampoco existe ninguna ley que consagre los derechos de los pacientes adultos<sup>58</sup>.

Tan solo encontramos algunas precisiones más propias de la situación de los NNyA en lo relativo al derecho a la salud sexual y reproductiva, aunque de un modo bastante ambiguo. Así, el CNA establece que “El Estado, con la activa participación de la sociedad y especialmente la de los padres y familiares, garantizará servicios y programas de salud y educación sexual integral del niño y del adolescente, que tiene derecho a ser informado y educado de acuerdo con su desarrollo, a su cultura y valores familiares” y que “los servicios y programas para adolescentes deberán contemplar el secreto profesional, el libre consentimiento y el desarrollo integral de su personalidad respetando el derecho y la obligación de los padres o tutores”<sup>59</sup>. De esto modo, el CNA no es suficientemente claro en cuanto al derecho de los NNyA a acceder a educación sexual y servicios de salud reproductiva



-incluyendo métodos anticonceptivos- independientemente del permiso de sus padres. Esta ambigüedad es especialmente preocupante pues el Código Civil, como vimos, define a los adolescentes como “incapaces relativos”.

#### • **El derecho a la educación**

Algo similar sucede con el derecho a la educación, pues el CNA lo define como un derecho los NNyA<sup>60</sup>, impone al sistema educativo el deber de garantizar algunos derechos asociados de modo general<sup>61</sup> y contempla en particular la situación de los NNyA con discapacidad<sup>62</sup>. La Ley General de Educación<sup>63</sup>, en tanto, agrega previsiones para la educación campesina y rural<sup>64</sup>, así como para la de “grupos étnicos”<sup>65</sup>, en referencia a las comunidades indígenas, que además cuentan con una ley específica<sup>66</sup> y expreso respaldo en la Constitución. En cambio, las mujeres no son amparadas por un marco normativo específico, tal como ha reclamado el Comité CEDAW<sup>67</sup>, en especial para proteger a las adolescentes que atraviesan embarazos y promover la igualdad de género en todo el proceso educativo.

Sin embargo, en ninguna de estas normas se establecen mecanismos de participación para los NNyA en la gestión educativa o en las instancias de disciplina escolar, más allá de algunas referencias genéricas a su derecho a participar de entidades estudiantiles. Debe recordarse que el Comité, en su primera Observación General, señaló que “Debe promoverse la participación del niño en la vida escolar, la creación de comunidades escolares y consejos de alumnos, la educación y el asesoramiento entre compañeros, y la intervención de los niños en los procedimientos disciplinarios de la escuela, como parte del proceso

de aprendizaje y experiencia del ejercicio de los derechos”<sup>68</sup>. Y del mismo modo, señaló “la importancia de los estudios que puedan brindar una oportunidad para evaluar los progresos realizados, basados en el análisis de las ideas de todos los participantes en el proceso, inclusive de los niños que asisten ahora a la escuela o que ya han terminado su escolaridad, de los maestros y los dirigentes juveniles, de los padres y de los supervisores y administradores en la esfera de la educación”<sup>69</sup>.

Como vimos, la Constitución solo reconoce carácter obligatorio y gratuito a la educación hasta el nivel básico. La Ley General de Educación establece que ésta comprende nueve grados y extiende la gratuidad al nivel preescolar, así como “a los programas de complemento nutricional y al suministro de útiles escolares para los alumnos de escasos recursos”<sup>70</sup>, en tanto que la gratuidad y obligatoriedad de la educación media fue incorporada en una ley posterior<sup>71</sup>.

#### • **El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil**

Distinto es el despliegue que el CNA otorga al derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil, pues dedica todo un título a esta cuestión<sup>72</sup>. Estos artículos deben ser analizados en conjunto con el Código del Trabajo<sup>73</sup> y el Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas del trabajo infantil, que fue incorporado al orden interno por medio de la ley 1657/2001. Consecuentemente, la edad mínima de admisión al empleo es de 14 años -que coincide con el ciclo básico de educación-, elevándose a los 18 años en el caso del trabajo doméstico<sup>74</sup>. Por ello, este límite etario debe



incrementarse, armonizando esta legislación con la Ley 4088/2010 que convirtió en obligatoria a la educación media.

De todos modos, se advierte que por medio del CNA se ha procurado dotar de ciertas garantías a los adolescentes trabajadores, de manera tal que puedan continuar con la educación secundaria. Así, quienes no hayan cumplido 16 años o continúen asistiendo a instituciones educativas no pueden trabajar por cuenta ajena más de 4 horas diarias, en tanto que el trabajo nocturno de menores de 18 está prohibido, sin excepción alguna<sup>75</sup>.

Sin embargo, estas disposiciones -en particular las referidas al trabajo doméstico- no parecen ser suficientes, pues reiteradamente distintos órganos del sistema universal de derechos humanos han señalado la persistencia de la práctica del “criadazgo”, que consiste en una forma de trabajo infantil doméstico, de la que son víctimas en especial las niñas, que sufren “condiciones de empleo que dificultan su pleno desarrollo, equivalen a la explotación laboral y las sitúan en riesgo de sufrir abusos físicos, psicológicos y sexuales”<sup>76</sup>. De hecho, si bien puede considerarse que esta práctica constituye el delito de trata de personas, el Comité ha reclamado su tipificación autónoma<sup>77</sup>.

- **El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata**

Precisamente, la Ley Integral contra la Trata de Personas<sup>78</sup> constituye la principal herramienta normativa para la protección contra la explotación y los abusos sexuales, además de las clásicas disposiciones del Código Penal. Esta ley distingue tres formas de trata de personas según sus fines -explotación sexual, laboral o extracción de órganos- y otorga un plus de protección a los menores de edad, no solo con el establecimiento de agravantes en la pena cuando éstos sean víctimas -con un agravante adicional cuando sean menores de 13 años-, sino especialmente a partir de la previsión de medidas y procedimientos de acuerdo a “sus necesidades y derechos específicos”<sup>79</sup>. Entre otras medidas, se contempla que “las entrevistas, los exámenes y otros tipos de investigaciones estarán a cargo de profesionales especializados, y se realizarán en un entorno adecuado y en un idioma que el niño, niña o adolescente utilice y comprenda y en presencia



© UNICEF/UN0312202/Sokol

de sus padres, su tutor legal o una persona de apoyo” y que “se evitará la presencia del procesado durante los testimonios de niños, niñas o adolescentes víctimas y testigos ante los tribunales”. Además, expresamente se dispuso que las medidas de protección no podrán implicar la privación de su libertad y que “se procurará la reintegración a su familia nuclear o ampliada o a su comunidad”<sup>80</sup>.

El Código Penal, en tanto, tiene un capítulo específico titulado “Hechos punibles contra niños y adolescentes”, donde la mayoría de los artículos se refieren a delitos contra la libertad sexual. Si bien, en líneas generales, los hechos que allí se han tipificado se encuentran dentro de los parámetros habituales en la región, algunos artículos en particular son de dudosa compatibilidad con la Convención y otros tratados internacionales de derechos humanos.

Así, se penaliza solo con multa, bajo la figura del estupro, al hombre que “por medio de la persuasión” tenga relaciones sexuales extramaritales con una mujer de 14 a 16 años<sup>81</sup>. Además, solo penaliza el acto sexual cuando quien es menor de edad es mujer, fortaleciendo los estereotipos de género y dejando

*La edad mínima para contraer matrimonio es de 16 años, si existe la autorización de los padres o tutores y de la autoridad judicial. Como retiradamente se ha señalado, la admisión del matrimonio por debajo de los 18 años resulta incompatible con la Convención.*

por fuera de la tutela penal a los adolescentes varones.

Igualmente cuestionable es el artículo que penaliza los “actos homosexuales con personas menores”<sup>82</sup>, pues establece una penalidad agravada en estos casos, violando el principio de no discriminación.

En cambio, merece destacarse positivamente la Ley “Contra el comercio y difusión comercial o no comercial de material pornográfico utilizando la imagen u representación de menores o incapaces”<sup>83</sup>, que tipifica incluso la mera tenencia de este material y contempla medidas de protección especial para los niños y adolescentes durante el proceso penal.

Finalmente, tal como ya se indicó, la edad mínima para contraer matrimonio es de 16 años, si existe la autorización de los padres o tutores y de la autoridad judicial. Como retiradamente se ha señalado, la admisión del matrimonio por debajo de los 18 años resulta incompatible con la Convención.

- **El sistema de responsabilidad penal adolescente**

El último libro del CNA se refiere a las infracciones a la ley penal por parte de los adolescentes, fijando así la edad mínima para la responsabilidad penal en 14 años. En líneas generales, puede decirse que el Código respeta el principio de especialidad y sigue los estándares que ha fijado el Comité en la materia y, más específicamente, la Corte IDH<sup>84</sup>.

Sin embargo, algunas disposiciones medulares son muy cuestionables y no pueden considerarse compatibles con la Convención. Así, si bien se prevé a la prisión preventiva como una medida excepcional que solo puede

aplicarse ante la improcedencia de medidas alternativas, el CNA admite entre éstas últimas a la internación en un hogar, lo que constituye otro modo de privación de la libertad, bajo el argumento de que se trata de una medida de protección y sin ofrecer suficientes garantías procesales a los adolescentes que son sometidos a este régimen<sup>85</sup>. Debe recordarse que, de acuerdo a la Observación General del Comité, “Los principios fundamentales relativos a la privación de libertad son los siguientes: a) la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; y b) ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente”<sup>86</sup>. La privación de la libertad a través de la internación en un hogar, como está prevista en el CNA, desconoce estos principios.

Otra disposición cuestionable es que el CNA contempla penas excesivamente largas -de hasta 8 años-<sup>87</sup> para los adolescentes en conflicto con la ley penal. Como ha advertido la CIDH, ese tipo de plazos prolongados no es compatible “con el postulado de brevedad de la privación de la libertad aplicable a las personas menores de edad”<sup>88</sup>.



### 3. Recomendaciones

Las principales críticas que podemos efectuar del Código de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay, así como de la demás legislación relacionada que hemos reseñado en el apartado anterior, consisten más en algunas omisiones de contemplar ciertos derechos específicos de los NNyA, que en una legislación incompatible con la Convención -salvo algunos casos puntuales, como los advertidos sobre la administración de justicia penal juvenil o la admisión del matrimonio adolescente-.

En ese sentido, como vimos, el principio de interés superior del niño, si bien es enunciado de un modo amplio, debe contemplar expresamente su utilización como herramienta interpretativa frente a posibles conflictos normativos.

En relación al derecho a la identidad, estudios estadísticos recientes indican que 17,2% de las niñas y niños menores de un año no están inscriptos en el Registro Civil, cifra que asciende al 31,3% entre las niñas y niños indígenas menores de 5 años<sup>89</sup>, por lo que es recomendable modificar la legislación de forma tal de que el sistema de registración de nacimientos sea más inclusivo<sup>90</sup>. Si bien en el año 2015 se aprobó el "Plan de cedulação masiva de niños y niñas en edad escolar"<sup>91</sup>, persisten algunos límites en la Ley del Registro Civil que podrían ser eliminados, como la prohibición de que los padres adolescentes inscriban a sus hijos por sí mismos.

En este ámbito, como vimos, la legislación no contempla la posibilidad de que los NNyA adecuen sus documentos y su nombre a su género auto-percibido. Por ello, se recomienda que se modifique la Ley del Registro del Estado Civil, para que los NNyA puedan ejercer este derecho, de acuerdo al principio de autonomía progresiva y siguiendo los lineamientos fijados por la Corte IDH en la materia<sup>92</sup>.

Del mismo modo, la definición del derecho a la identidad efectuada en el CNA podría ser ampliada, justamente a fin de incorporar conceptos como la identidad de género y la identidad cultural.

Otras leyes que omiten considerar los derechos específicos de los NNyA son la Ley General de Educación y el Código Sanitario. En el primer caso, debería reconocerse expresamente su derecho a participar en la gestión educativa y contemplarse la situación de las adolescentes que cursan embarazos,

de forma tal de garantizar su continuidad en el sistema educativo<sup>93</sup>. En materia de salud, como vimos, Paraguay carece de una ley que reconozca los derechos de los pacientes, lo que en el caso de los NNyA es especialmente preocupante porque no se les reconoce capacidad jurídica para ser informados, oídos y, eventualmente, decidir sobre sus tratamientos.

En ese sentido, es necesario revisar el sistema de incapacidad absoluta y relativa que continúa vigente en el Código Civil. Ese sistema corresponde a un enfoque previo a la Convención, desconociendo el principio de autonomía progresiva. Del mismo modo, es indispensable aumentar la edad mínima para contraer matrimonio a los 18 años, sin excepciones ni diferencias de género.

También debe elevarse la edad mínima para trabajar, de manera tal que coincida con el final de la enseñanza obligatoria -educación media-, lo que no ocurre antes de los 17 años. Mucho más imprescindible aún es tipificar como delito penal autónomo la práctica del "criadazgo". Si bien se ha señalado que esta práctica encuadra dentro del delito de trata de personas con fines de explotación laboral, su arraigo y persistencia en la sociedad aconsejan una tipificación específica, tal como ha reclamado el Comité.

También deben ser modificados los artículos 137 y 138 del Código Penal, fijando una edad mínima para el consentimiento sexual que no distinga géneros ni diferencie entre el carácter homosexual o heterosexual de la relación. Distinciones como las que contienen actualmente esos artículos son incompatibles con la prohibición de discriminación prevista en el artículo 2 de la Convención.

Asimismo, debe reducirse sustantivamente la pena máxima que puede imponerse a los adolescentes infractores de la ley penal y modificarse el artículo 232 del CNA, de forma tal que no pueda admitirse otra medida privativa de la libertad además de la prisión preventiva y la imposición de una pena -tras un debido proceso-, que de por sí deben ser excepcionales.

Finalmente, es recomendable que se otorgue jerarquía constitucional a la Convención.



#### Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 Art. 54.
- 5 “Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.”
- 6 Art. 49. “La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes.”
- 7 Art. 53. “Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad. Serán penados por la ley en caso de incumplimiento de sus deberes de asistencia alimentaria. Los hijos mayores de edad están obligados a prestar asistencia a sus padres en caso de necesidad.  
La ley reglamentará la ayuda que se debe prestar a la familia de prole numerosa y a las mujeres cabeza de familia. Todos los hijos son iguales ante la ley. Esta posibilitará la investigación de la paternidad. Se prohíbe cualquier calificación sobre la filiación en los documentos personales.”
- 8 Art. 55. “La maternidad y la paternidad responsables serán protegidas por el Estado, el cual fomentará la creación de instituciones necesarias para dichos fines.”
- 9 Art. 60. “El Estado promoverá políticas que tengan por objeto evitar la violencia en el ámbito familiar y otras causas destructoras de su solidaridad.”
- 10 Art. 61. “El Estado reconoce el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente el número y la frecuencia del nacimiento de sus hijos, así como a recibir, en coordinación con los organismos pertinentes educación, orientación científica y servicios adecuados, en la materia. Se establecerán planes especiales de salud reproductiva y salud materno infantil para la población de escasos recursos.”
- 11 Art. 27, último párrafo. “La ley regulará la publicidad a los efectos de la mejor protección de los derechos del niño, del joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer.”
- 12 Art. 56. “Se promoverán las condiciones para la activa participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural del país.”
- 13 Art. 90. “Se dará prioridad a los derechos del menor trabajador para garantizar su normal desarrollo físico, intelectual y moral.”
- 14 Art. 73. “Del derecho a la educación y de sus fines. Toda persona tiene derecho a la educación integral y permanente, que como sistema y proceso se realiza en el contexto de la cultura de la comunidad. Sus fines son el desarrollo pleno de la personalidad humana y la promoción de la libertad y la paz, la justicia social, la solidaridad, la cooperación y la integración de los pueblos; el respeto a los derechos humanos y los principios democráticos; la afirmación del compromiso con la Patria, de la identidad cultural y la formación intelectual, moral y cívica, así como la eliminación de los contenidos educativos de carácter discriminatorio. La erradicación del analfabetismo y la capacitación para el trabajo son objetivos permanentes del sistema educativo.”  
Art. 74. “Del derecho de aprender y de la libertad de enseñar. Se garantizan el derecho de aprender y la igualdad de oportunidades al acceso a los beneficios de la cultura humanística, de la ciencia y de la tecnología, sin discriminación alguna. Se garantiza igualmente la libertad de enseñar, sin más requisitos que la idoneidad y la integridad ética, así como el derecho a la educación religiosa y al pluralismo ideológico.”  
Art. 75. “De la responsabilidad educativa. La educación es responsabilidad de la sociedad y recae en particular en la familia, en el Municipio y en el Estado. El Estado promoverá programas de complemento nutricional y suministro de útiles escolares para los alumnos de escasos recursos.”
- 15 Art. 76. “La educación escolar básica es obligatoria. En las escuelas públicas tendrá carácter gratuito. El Estado fomentará la enseñanza media, técnica, agropecuaria, industrial y la superior o universitaria, así como la investigación científica y tecnológica. La organización del sistema educativo es responsabilidad esencial del Estado, con la participación de las distintas comunidades educativas. Este sistema abarcará a los sectores públicos y privados, así como al ámbito escolar y extraescolar.”
- 16 Art. 66. “El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural.”
- 17 Art. 67. “La enseñanza en los comienzos del proceso escolar se realizará en la lengua oficial materna del educando. Se instruirá asimismo en el conocimiento y en el empleo de ambos idiomas oficiales de la República  
En el caso de las minorías étnicas cuya lengua materna no sea el guaraní, se podrá elegir uno de los dos idiomas oficiales.”
- 18 Ley 1680/2001.
- 19 Ley 3879.
- 20 Ley 6083.
- 21 Art. 3 CNA.
- 22 Recuérdese que el Comité, en su Observación General N° 14, definió al interés superior del niño como un derecho sustantivo, un principio interpretativo fundamental y una norma de procedimiento para cualquier decisión que se tome en relación a los niños y, específicamente en relación a su carácter de pauta interpretativa, afirmó que “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”. Comité de los derechos del niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).
- 23 La Constitución establece que “Son de nacionalidad paraguaya natural: 1. las personas nacidas en el territorio de



- la República; 2. los hijos de madre o padre paraguayo quienes, hallándose uno o ambos al servicio de la República, nazcan en el extranjero; 3. los hijos de madre o padre paraguayo nacidos en el extranjero, cuando aquéllos se radiquen en la República en forma permanente, y 4. los infantes de padres ignorados, recogidos en el territorio de la República...” (art. 146). Se advierte que sigue la regla del *ius soli*, reconociendo excepcionalmente el *ius sanguini*, y fijando una última cláusula suficientemente amplia para que aquellos niños que sean abandonados tengan indiscutiblemente la nacionalidad paraguaya.
- 24 Art. 18 CNA.
- 25 V. gr. Colombia o Ecuador (ver los capítulos referidos a esos países en este informe).
- 26 En tanto dispone que “Se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.
- 27 Este artículo establece que no se negará a los niños que pertenecen a minorías étnicas o a pueblos indígenas el derecho “a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.
- 28 Debe recordarse, tal como se ha apuntado al evaluar la legislación restrictiva de otros países (v. gr. Ecuador), que la Corte IDH ha afirmado que el derecho a la identidad de género ampara “a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida” y que “debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación”. Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 25 de noviembre de 2017, párr. 154. Ver también Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, CRC/C/GC/20, párr. 34, y “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género” (“Principios de Yogyakarta”).
- 29 Art. 19 CNA. “Las instituciones públicas o privadas de salud, según las normas del Código Sanitario, estarán obligadas a llevar un registro de los nacidos vivos en el que se dejará impresa la identificación dactilar de la madre y la identificación palmatócópica del recién nacido, además de los datos que correspondan a la naturaleza del documento. Un ejemplar de dicho registro se expedirá en forma gratuita a los efectos de su inscripción en el Registro Civil y otro ejemplar se remitirá a las autoridades sanitarias respectivas. El Estado proveerá gratuitamente a la madre la primera copia del Certificado de Nacimiento.”
- 30 Art. 42 Código Civil. “Toda persona tiene derecho a un nombre y un apellido, que deben ser inscriptos en el Registro del Estado Civil”.
- 31 Esta ley a su vez fue modificada por la Ley 1377/99, que reforzó la gratuidad de la inscripción de nacimientos, eliminando las multas para las inscripciones tardías. Con esta reforma también se implantó la gratuidad de la expedición del certificado de nacimiento y de la primera Cédula de Identidad Civil.
- 32 Art. 60 Ley 1266/87.
- 33 Art. 8 CNA. De manera similar, la Ley de Adopción dispone que “La falta o carencia de recursos materiales de la familia biológica del niño y adolescente en ningún caso constituirá motivo suficiente para la pérdida del derecho a ser criado por ella” (Ley 1169, art. 4).
- 34 Ley 1169, sancionada en 1997.
- 35 En ese entonces, Paraguay se encontraba bajo la dictadura militar al mando del General Alfredo Stroessner, quien gobernó de facto el país entre 1954 y 1989.
- 36 Art. 71.e CNA.
- 37 En el CNA apenas encontramos algunas referencias aisladas a este principio, usualmente en relación al derecho de los NNyA a ser oídos, que no alcanzan a matizar las reglas del Código Civil. Por ejemplo, se prevé que en caso de que la convivencia del niño o adolescente con sus padres “sea lesiva a su interés o conveniencia”, el juez que intervenga “deberá oír la opinión del niño o adolescente y valorarla teniendo en cuenta su madurez y grado de desarrollo” (art. 92 CNA) y, de manera similar, en caso de controversia entre los padres sobre la tenencia (art. 93 CNA). Otra remisión tácita al concepto de autonomía progresiva es la facultad de los adolescentes de administrar el usufructo de los bienes que adquieran en retribución de su empleo (art. 83 CNA).
- 38 Esta edad fue fijada por medio de una reforma legal efectuada en 2015 (ley 5419/2015), pues anteriormente se admitía el matrimonio desde los 14 años en el caso de las mujeres y desde los 16 años en el caso de los hombres. Aunque esta reforma implicó un importante avance, lamentablemente se desaprovechó la oportunidad de cumplir cabalmente con el mandato de la Convención. Ver también arts. 39, 139 y 148 Código Civil y art. 102 CNA.
- 39 Art. 107 CNA.
- 40 Art. 109 CNA.
- 41 Art. 222 Código Penal.
- 42 CRC/C/PRY/CO/3, párr. 44.
- 43 Art. 21.
- 44 Art. 22.
- 45 Art. 9.
- 46 Arts. 18 y 41.
- 47 Art. 5 y 55.
- 48 Corte IDH, “Asunto L.M.”, Medidas provisionales respecto de Paraguay, 1 de julio de 2011.
- 49 Aunque el CNA establece que la patria potestad puede suspenderse “por violencia que perjudique la salud física o mental y la seguridad de los hijos, aun cuando sea ejercida a título de disciplina y, sin perjuicio de otras medidas acordes a la gravedad del hecho” (art. 72.e).
- 50 Ley 5659/2016.
- 51 Ley 4295/2011.
- 52 Art. 134 Código Penal: “El encargado de la educación, tutela o guarda de una persona menor de dieciocho años de edad,

- que sometiera a éste a sufrimientos síquicos, maltratos graves y repetidos o lesiones en su salud, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa, salvo que el hecho sea punible como lesión grave según el artículo 112.”
- 53 Art. 229 Código Penal (cfr. ley 5378/2014). “Violencia familiar 1°. El que, aprovechándose del ámbito familiar o de convivencia, ejerciera violencia física o psíquica sobre otro con quien convive o no, será castigado con pena privativa de libertad de uno a seis años. 2°. Cuando el hecho de violencia provocara los resultados de la Lesión Grave, se aplicará la sanción prevista en el Artículo 112 del Código Penal.”
- 54 Ley 5777/2016.
- 55 Ley 1600/2000. Va de suyo que la ley comprende a los NNyA, pero no les brinda un marco legal de protección específico.
- 56 Art. 13 CNA. “El niño o adolescente tiene derecho a la atención de su salud física y mental, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de condiciones a los servicios y acciones de promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud. Si fuese niño o adolescente perteneciente a un grupo étnico o a una comunidad indígena, serán respetados los usos y costumbres médico-sanitarios vigentes en su comunidad, toda vez que no constituyan peligro para la vida e integridad física y mental de éstos o de terceros. En las situaciones de urgencia, los médicos están obligados a brindarles la asistencia profesional necesaria, la que no puede ser negada o eludida por ninguna razón.” También es relevante el art. 15: “El Estado proveerá gratuitamente asistencia médica y odontológica, las medicinas, prótesis y otros elementos necesarios para el tratamiento, habilitación o rehabilitación del niño o adolescente de escasos recursos económicos”.
- 57 Art. 17 CNA.
- 58 Las leyes más relevantes en esta materia son la Ley del Ministerio de la Salud Pública (n° 2001/1936) y el Código Sanitario (ley 836/80). La primera de ellas creó un organismo denominado “Consejo del Niño”, en el ámbito del Ministerio de Salud, al que compete “la aprobación de todas las medidas que guarden relación con la asistencia y protección de los niños de toda la República”, pero no contempla ninguna forma de participación de los NNyA (art. 38).
- 59 Art. 14 CNA.
- 60 Art. 20 CNA: “El niño y el adolescente tienen derecho a una educación que les garantice el desarrollo armónico e integral de su persona, y que les prepare para el ejercicio de la ciudadanía.”
- 61 Art. 21 CNA: “El sistema educativo garantizará al niño y al adolescente, en concordancia con lo dispuesto en la Ley General de Educación: a) el derecho a ser respetado por sus educadores; b) el derecho de organización y participación en entidades estudiantiles; c) la promoción y difusión de sus derechos; d) el acceso a escuelas públicas gratuitas cercanas a su residencia y e) el respeto a su dignidad.”
- 62 Art. 22 CNA: “El niño y el adolescente con discapacidad física, sensorial, intelectual o emocional, tienen derecho a recibir cuidados y atención adecuados, inmediatos y continuos, que contemplen estimulación temprana y tratamiento educativo especializado, tendiente a su rehabilitación e integración social y laboral, que les permitan valerse por sí mismos y participar de la vida de su comunidad en condiciones de dignidad e igualdad. En ningún caso se permitirá la discriminación o el aislamiento social de los afectados.” A su vez, en el año 2013 se aprobó la Ley de Educación Inclusiva (ley nro. 5136/2013), que “tiene por objeto establecer las acciones correspondientes para la creación de un modelo educativo inclusivo dentro del sistema regular, que remueva las barreras que limiten el aprendizaje y la participación, facilitando la accesibilidad de los alumnos con necesidades específicas de apoyo educativo por medio de recursos humanos calificados, tecnologías adaptativas y un diseño universal” (art. 1).
- 63 Ley 1264/2012.
- 64 Art. 79 LGE: “Las autoridades educativas nacionales, departamentales y municipales proveerán un servicio de educación campesina y rural formal, no formal y refleja. Se buscará la educación del hombre campesino o rural, y la de su familia, ayudándole a su capacitación como agente activo del desarrollo nacional. Este servicio buscará mejorar su nivel y calidad de vida, sus condiciones humanas, ecológicas, de vivienda y trabajo. Se desarrollará la formación técnica en actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales, industriales, agroindustriales y otras.”
- 65 Art. 77 LGE: “La educación de los grupos étnicos estará orientada por los principios y fines generales de la educación establecidos en la presente ley.” Art. 78 “La educación en los grupos étnicos tendrá como finalidad afianzar los procesos de identidad, e integración en la sociedad paraguaya, respetando sus valores culturales.”
- 66 Ley 3231/2007, que “reconoce y garantiza el respeto y el valor de la existencia de la educación indígena” y dispone que “Todos los miembros de los pueblos y las comunidades indígenas tienen garantizada una educación inicial, escolar básica y media acorde a sus derechos, costumbres y tradiciones, con la finalidad de fortalecer su cultura y posibilitar su participación activa en la sociedad”. Esta ley creó la Dirección General de Educación Escolar Indígena para garantizar estos derechos.
- 67 Ver Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general núm. 36 (2017) sobre el derecho de las niñas y las mujeres a la educación, CEDAW/C/GC/36.
- 68 CRC, Observación General nro. 1, “Párrafo 1 del artículo 29: Propósito de la educación”, CRC/GC/2001/1, párr. 8
- 69 CRC/GC/2001/1, párr. 22.
- 70 Art. 32 LGE, aunque en este último caso se asume como un derecho progresivo.
- 71 Ley 4088/2010.
- 72 Título II, “De la protección a los adolescentes trabajadores”, arts. 52 a 69.
- 73 Ley 213/1993.
- 74 Ley del Trabajo Doméstico (nro. 5407/2015).
- 75 Art. 58 CNA: “El adolescente trabajador que haya cumplido catorce años y hasta cumplir los dieciséis años no podrá trabajar más de cuatro horas diarias ni veinte y cuatro horas semanales. El adolescente trabajador de dieciséis años hasta cumplir los dieciocho años no podrá trabajar más de seis horas diarias ni treinta y seis semanales. Para los trabajadores



- que todavía asistan a instituciones educativas, las horas diarias de trabajo quedarán reducidas a cuatro. El adolescente trabajador que haya cumplido catorce años y hasta cumplir los dieciocho años no será empleado durante la noche en un intervalo de diez horas, que comprenderá entre las veinte a las seis horas.”
- 76 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/PRY/CO/7, párr. 34.c.
- 77 CRC/C/PRY/CO/3, párr. 66.
- 78 Nro. 4788/2012.
- 79 Art. 36.1 Ley Integral contra la Trata de Personas.
- 80 Art. 36.1 Ley Integral contra la Trata de Personas.
- 81 Art. 137 Código Penal: “Estupro. 1º. El hombre que por medio de la persuasión lograra realizar el coito extramarital con una mujer de catorce a dieciséis años, será castigado con pena de multa. 2º. Cuando el autor sea menor de dieciocho años se podrá prescindir de la pena.”
- 82 Art. 138 Código Penal: “Artículo 138.- Actos homosexuales con personas menores. El que siendo mayor de edad realizara actos sexuales con una persona del mismo sexo, de catorce a dieciséis años, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.”
- 83 Ley 2861/2006.
- 84 Si bien el tribunal regional emitió una célebre sentencia condenado a Paraguay por la violación de numerosos derechos garantizados en la CADH en relación a su sistema de administración de la justicia penal, aquel caso trataba sobre hechos previos a la sanción del CNA. Ver Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones, Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.
- 85 Art. 232 CNA: “Hasta que la sentencia quede firme, el Juzgado Penal de la Adolescencia podrá decretar medidas provisionarias con el fin de promover la educación y de garantizar las prestaciones necesarias para el sustento del procesado. El Juzgado Penal de la Adolescencia podrá ordenar la internación transitoria del adolescente en un hogar adecuado, en espera de las medidas definitivas resultantes del proceso, si ello fuera recomendable para proteger al adolescente frente a influencias nocivas para su desarrollo y el peligro presente de la realización de nuevos hechos punibles.”
- 86 Comité de los derechos del niño, Observación general nro. 10, “Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, párr. 79.
- 87 El art. 207 CNA establece “La medida privativa de libertad tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de cuatro años. En caso de un hecho calificado como crimen por el Derecho Penal común, la duración máxima de la medida será de ocho años”. Debe señalarse que el Código Penal distingue entre crímenes y delitos, ubicando en la primera categoría a “los hechos punibles cuya sanción legal sea pena privativa de libertad mayor de cinco años” y en la segunda a los que tienen una pena inferior (art. 13 CP).
- 88 CIDH, Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, párr. 369.
- 89 Ver Encuesta de Indicadores Múltiples por Conglomerado (MICS), UNICEF y otros, 2016, disponible en <https://www.unicef.org/paraguay/spanish/unicefpy-mics2016.pdf>.
- 90 En el mismo sentido, el Comité CEDAW, tras recordar que esto puede “impedir que las niñas no inscritas tengan acceso a los servicios básicos, como la salud y la educación, y que pueda situarlas en riesgo de apatridia y trata”, recomendó que Paraguay “acelere los esfuerzos para lograr el registro universal de los nacimientos, en particular mediante el uso de la tecnología moderna para simplificar los procedimientos”. CEDAW/C/GC/36, párr. 30/31.
- 91 Decreto del Poder Ejecutivo N° 3.238/15.
- 92 Ver Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 25 de noviembre de 2017, párr. 154. Ver en este mismo informe observaciones sobre Ecuador, que tampoco contempla este derecho, o Argentina (que lo ha previsto expresamente).
- 93 En este sentido, el Comité CEDAW exigió al Estado “Modificar o suprimir las leyes y políticas que autoricen la expulsión de las niñas y maestras embarazadas y velar por que no se pongan impedimentos a su reincorporación después del parto”. CEDAW/C/GC/36.



# PERÚ



© UNICEF Perú/2008

## 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución de la República del Perú

La Constitución peruana es especialmente lacónica respecto al reconocimiento específico de los derechos del Niño, niña y adolescentes. Así, el art. 4 de la Constitución es el único en que se hace referencia expresa al niño, como sujeto de especial consideración en los siguientes términos: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”.

Instrumento	
CDN	Jerarquía constitucional.
Reservas	No hizo.
Declaraciones	No hizo.
PF 1 <sup>1</sup>	Ratificado en 2002.
PF 2 <sup>2</sup>	Ratificado en 2002.
PF 3 <sup>3</sup>	Ratificado en 2016.

*La Constitución precisa que “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos” y que “Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”.*

Si bien el sentido literal podría conducir a una interpretación restringida del deber de protección, el Tribunal Constitucional ha establecido de modo categórico<sup>4</sup> que sobre la base normatividad internacional de los derechos humanos “*el artículo 4° de la Constitución reconoce que la “comunidad y el Estado protegen especialmente al niño”. (...) e impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral*”.

Asimismo, que “Por ello, ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artículo 4° de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado”.

Además, la Constitución precisa que “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos” y que “Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”, así como que “Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes” y que “Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”<sup>5</sup>.

Asimismo, si bien la Constitución no reconoce otros derechos específicos a los NNyA en tanto tales, indudablemente se encuentran comprendidos dentro de los derechos reconocidos a “toda persona” en el artículo 2, donde se enumeran ampliamente un catálogo de derechos reconocidos en la CDN y otros

tratados de derechos humanos<sup>6</sup>, así como otros artículos referidos al derecho a la salud<sup>7</sup>, seguridad social<sup>8</sup> y, fundamentalmente, a la educación<sup>9</sup> y la protección al trabajador<sup>10</sup>.

Justamente la Constitución presta especial atención al derecho a la educación. Así, entre otras previsiones, dispone que es obligatoria y gratuita en los niveles inicial, primario y secundario. Asimismo, establece que “El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo”, “fomenta la educación bilingüe e intercultural”<sup>11</sup> y que es su deber “asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas”<sup>12</sup>.

En cuanto a la protección en el ámbito laboral, la Constitución establece que “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan”<sup>13</sup>. En este caso, tal como se ha observado respecto de otros países con fórmulas similares en su Constitución<sup>14</sup>, resulta cuestionable que no se haya promovido la erradicación del trabajo infantil o establecido una edad mínima para la admisión al empleo, como reclama la Convención, optándose en cambio por una redacción que podría conducir a legitimar el trabajo infantil.

Finalmente, vale la pena destacar que la Constitución reconoce la nacionalidad peruana a todas las personas nacidas “en el territorio de la República”, sin excepciones, así como a los “nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad”<sup>15</sup>. De esta forma, el derecho a la nacionalidad de los NNyA se encuentra suficientemente garantizado en la norma fundamental del Estado.

## 2. El “Código de los Niños y Adolescentes” y otras leyes relacionadas

El “Código de los Niños y Adolescentes”<sup>16</sup> (en adelante, el Código o CNA) que actualmente se encuentra vigente en Perú fue sancionado en el año 2000 como una reforma integral a un Código aprobado 1992<sup>17</sup>, que a su vez reemplazaba al “Código de Menores” sancionado en 1962<sup>18</sup>. Antes de ingresar al análisis del CNA, resulta indispensable destacar que cuando fue sancionado Perú se encontraba inmerso en un proceso prologando de fuerte debilidad del sistema democrático y aparatado de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos<sup>19</sup>. Si bien desde entonces se le han realizado algunas modificaciones parciales, lamentablemente han fracasado todas las iniciativas de reforma integral que impulsaban un Código más ajustado a la Convención y a los estándares fijados por el Comité.

Este Código está organizado en un Título Preliminar -donde se define el alcance del Código y algunos principios generales- y en cuatro libros, que abordan los derechos específicos de los NNyA, ciertas reglas y derechos en el ámbito de las relaciones de familia, así como el sistema de protección la niñez y la administración de justicia especializada, incluyendo al procedimiento respecto de los adolescentes en conflicto con la ley penal<sup>20</sup>. De acuerdo al alcance de este informe, centraremos el análisis en las primeras cuestiones.

### • El principio de interés superior de los NNyA

En el Título Preliminar precisamente se recoge el principio de interés superior. Sin embargo, se lo incorpora a través de una fórmula limitada, pues se enuncia que “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”<sup>21</sup>. De este modo, tal como se ha criticado de redacciones similares en la legislación de otros países<sup>22</sup>, la fórmula utilizada en Perú parece restringir el principio de interés superior al concepto de derecho sustantivo, sin aludir a su utilización como pauta de interpretación ni regla procedimental<sup>23</sup>. Sin embargo, dicho cuestionamiento habría sido superado al menos parcialmente mediante la promulgación de la Ley N° 30466 (Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño) y su reglamento, que de manera algo confusa fija los criterios de determinación del interés superior del niño.

Es de destacar que el Título Preliminar incorpore una regla interpretativa muy valiosa. Así, se dispone que en la interpretación y aplicación del Código “se tendrá en cuenta los principios y las disposiciones de la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño y de los demás convenios internacionales ratificados por el Perú”<sup>24</sup>. Si bien puede sobreentenderse que la remisión a la Convención autoriza a considerar la interpretación que de ésta realiza el Comité, sería positivo ampliar este artículo para incluir expresamente,

*El CNA incluye el derecho de los niños y niñas a ser inscriptos “inmediatamente después de su nacimiento”, previéndose que debe otorgarse el primer certificado de nacimiento de manera gratuita.*



al menos, a las Observaciones Generales del Comité como fuente de interpretación.

Asimismo, completando las fuentes de interpretación, este mismo art. VII dispone que “Las normas del Código Civil, Código Penal, Código Procesal Civil y Código Procesal Penal se aplicarán cuando corresponda en forma supletoria al presente Código” y que “Cuando se trate de niños o adolescentes pertenecientes a grupos étnicos o comunidades nativas o indígenas, se observará, además (...) sus costumbres, siempre y cuando no sean contrarias a las normas de orden público”. Esta última fórmula, si bien se entiende que ha procurado garantizar el respeto por la autonomía e identidad cultural de los pueblos indígenas, también podría ser mejorada, pues la alusión a normas “de orden público” resulta excesivamente amplia. Las llamadas normas “de orden público” son indeterminadas y pueden comprender a cualquier disposición a la que el Estado decida darle ese carácter, independientemente de su ligazón con los tratados de derechos humanos. En ese sentido, la Corte IDH ha advertido la dificultad de precisar de modo unívoco un concepto como el “orden público”, señalando que puede “ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos”, por lo que subrayó que de ninguna manera podría invocarse el “orden público” como medio “para suprimir un derecho garantizado por la Convención [en referencia a la CADH] o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”<sup>25</sup>. Por ello, sería más sencillo y menos abierto a la discrecionalidad del intérprete, garantizar los derechos los NNyA pertenecientes a comunidad indígenas siguiendo una fórmula como la del artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niños -y el art. 27 del PIDCP en la que está basada-. Además, el CNA no contiene ningún otro artículo que aluda a los derechos específicos de los NNyA de comunidades indígenas, por lo que se torna más importante aún que contar con una cláusula general que garantice adecuadamente esos derechos.

## • El derecho a la identidad

El CNA reconoce el derecho a la identidad de modo similar a la Convención, indicando que éste “incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos”<sup>26</sup>. Sin embargo, no deja de llamar la atención la promulgación del Decreto

Legislativo 1377, que si bien reconoce la legitimidad procesal de la madre-cónyuge para impugnar la paternidad del hijo nacido dentro del matrimonio, lo admite tomando como única prueba la sola declaración de esta. Es decir, sin otro u otros elementos adicionales probatorios, lo que podría afectar el derecho a la identidad biológica de los niños, niñas y adolescentes, y otros derechos, como los de naturaleza sucesoria.

También se dispone que “Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal” y que cuando se produzca tal alteración se deberá restablecer “la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos”<sup>27</sup>.

Como se ha señalado al evaluar otros Códigos que contienen fórmulas similares<sup>28</sup>, si bien esta definición del CNA es ajustada a los artículos 7 y 8 de la Convención, lamentablemente deja por fuera el concepto de identidad cultural, que es recogido en otros códigos de la región<sup>29</sup> y tiene soporte en otros artículos de la Convención -como los arts. 20<sup>30</sup> y 30<sup>31</sup>-, que pueden ponderarse a luz del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos. Tampoco se recoge el concepto de identidad de género, que puede derivarse de la prohibición de discriminación y los derechos a la libertad de expresión y protección de la vida privada -artículos 2, 13 y 16 la Convención-.

El CNA también incluye el derecho de los niños y niñas a ser inscriptos “inmediatamente después de su nacimiento”, previéndose que debe otorgarse el primer certificado de nacimiento de manera gratuita<sup>32</sup>. El procedimiento de inscripción está regulado en la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil<sup>33</sup>, donde se distingue entre las inscripciones practicadas en las dependencias ubicadas en los hospitales dependientes del Ministerio de Salud -que pueden hacerse dentro de los 3 días de producido el nacimiento-, las efectuadas dentro de los 30 días posteriores y las que se realizan una vez vencido ese plazo. Si bien, lógicamente, a mayor de demora en la inscripción aumentan los requisitos, todos ellos resultan razonables y dentro de las reglas de estilo<sup>34</sup>.

Estas disposiciones del CNA y de la Ley 26.497 se complementan con algunos artículos del Código Civil, donde se reconoce el derecho de toda persona a llevar un nombre y apellido y se contemplan algunas acciones para su protección<sup>35</sup>. Sin embargo, en ninguna de estas tres normas se contemplan los





© UNICEF Perú/2008

derechos de los miembros de los pueblos indígenas a ser inscriptos con nombres de uso en sus lenguas ni tampoco se contempla la posibilidad de efectuar cambios en el nombre y el género para ajustarlo a la autopercepción de género de la persona<sup>36</sup>. De esta forma, se patentiza la necesidad de ampliar la definición del derecho a la identidad que sigue el CNA.

### • El derecho a la familia

A renglón seguido, el Código aborda el **derecho "a vivir en una familia"** y dispone que los NNA solo pueden ser separados de su familia en los casos previstos en la ley "y con la finalidad exclusiva de protegerlos"<sup>37</sup>. Si bien es correcto que solo se admita la separación en los casos expresamente previstos en la ley -tal como lo exige el art. 9 de la Convención-, el mismo CNA contiene otros artículos donde se

regulan esos casos con excesiva amplitud. Así, entre otros supuestos, se admite la suspensión o pérdida de la patria potestad por "darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan" o por "permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad"<sup>38</sup>.

Otra de las causales de suspensión o pérdida de la patria potestad que aparece enunciada de modo amplio en el CNA es la "declaración judicial de desprotección familiar"<sup>39</sup>. Un Decreto Legislativo posterior procuró delimitar el alcance de esta causal<sup>40</sup>, definiendo que "los criterios de calificación de la desprotección familiar son siempre restrictivos y objetivos", aunque lamentablemente se delegó en la reglamentación la definición de las "circunstancias y supuestos de desprotección familiar". Definiciones tan relevantes no deben quedar sujetas a la discrecionalidad de la administración y, de hecho, no solo el CNA sino la propia Convención reclama que los supuestos de separación familiar sean definidos

por ley<sup>41</sup>. De todos modos, es justo decir que recientemente se emitió esa reglamentación a través de un decreto que delimita con precisión los supuestos de “desprotección familiar” y que, más allá de carecer del estatus de ley, no presenta problemas de fondo<sup>42</sup>.

Además, debe destacarse que el art. 3.g del Decreto Legislativo 1297/2016 también establece que en ningún caso la situación de pobreza de la familia o la discapacidad del NNoA -o de algún miembro de la familia- puede justificar su separación. Este decreto, además, implicó la derogación de la “Ley de Mendicidad”<sup>43</sup>, cuya incompatibilidad con la Convención había sido advertida por el Comité.

La adopción, en tanto, está regulada en un título específico del CNA, así como en algunos artículos del Código Civil y, especialmente, en el mencionado Decreto Legislativo 1297/2016<sup>44</sup>. Es en esta última norma donde se ha regulado con mayor detalle el instituto de la adopción, junto a otras medidas de protección, como el acogimiento familiar y residencial. En líneas generales, este Decreto Legislativo se ajusta plenamente a la Convención y a las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños<sup>45</sup>, así como al estándar fijado por el Comité en la materia. De este modo, organiza la intervención estatal frente a situaciones de riesgo o desprotección familiar de acuerdo a los siguientes principios<sup>46</sup>:

- Incorpora una definición clara de riesgo y desprotección familiar lo que permite mejorar la actividad preventiva estatal frente a las situaciones de desatención de los niños, niñas y adolescentes, así como modular la intervención estatal en el entorno familiar.
- Celeridad, idoneidad, especialidad, profesionalización, excepcionalidad y temporalidad de la intervención.
- Promoción de la integración familiar en la familiar de origen, constituyendo el apoyo a esta la medida de protección prioritaria y solo admitiéndose la separación cuando todos los medios posibles para mantener al NNoA en su familia no han surtido efecto o han sido descartados (principio de necesidad).
- Interés superior del niño en sus tres dimensiones (derecho sustantivo, principio de interpretación y norma de procedimiento), estableciéndose expresamente que “en ningún caso su aplicación puede disminuir o restringir los derechos y garantías reconocidos a las niñas, niños y adolescentes” y reconociendo su carácter

preferente en caso de conflicto de derechos.

- Subsidiaridad progresiva de la actuación del Estado, debiendo la intervención ser proporcional al grado de riesgo o desprotección familiar en la que se encuentre el NNoA.
- Interculturalidad, reconociendo “las diferentes visiones culturales, concepciones de bienestar y desarrollo de los diversos grupos étnico-culturales del país al que pertenecen las niñas, niños y adolescentes, para garantizar el ejercicio de sus derechos” y la especial atención que deben recibir los NNYA “pertenecientes a pueblos indígenas u originarios, comunidades campesinas o comunidad nativas, a quienes debe fortalecerse en su identidad étnico-lingüística”<sup>47</sup>.
- Aplicación preferente del acogimiento familiar respecto del acogimiento residencial<sup>48</sup>.
- Preservación de los vínculos fraternos, priorizando la ubicación de grupos de hermanos en una misma familia o centro de acogida<sup>49</sup>.
- Priorización de la adopción nacional por sobre la internacional.

Del mismo modo, se reconoce expresamente los derechos de los NNYA a:

- Opinar, ser escuchado y que dicha opinión sea tomada en cuenta en todas las decisiones que se tomen, tanto en la fase administrativa como judicial, en todas sus etapas, teniendo en consideración su madurez y desarrollo, garantizando su intimidad, seguridad, la ausencia de coacción y el uso de métodos acordes a su edad<sup>50</sup>.
- Contar con derecho de defensa y representación legal de sus intereses en el procedimiento de adopción.
- Derecho a conocer y saber sobre sus orígenes en caso de adopción, que puede ser ejercido aún antes de alcanzar la mayoría de edad y sin necesidad de representación legal<sup>51</sup>.
- Derecho a conservar el nombre aun cuando variaran sus apellidos, excepto cuando esto sea contrario a su interés superior.
- Derecho a conservar su nacionalidad y los derechos inherentes a la misma, lo que es especialmente relevante en el caso de adopciones internacionales.

- Derecho de los NNyA con discapacidad a acceder a un apoyo integral de servicios de salud, educación, protección social y vivienda con la finalidad de satisfacer sus necesidades y las de sus familias.

Quizás una de las pocas cosas que pueda cuestionarse de la regulación de la adopción en Perú es que, al igual que la mayoría de los países de la región, no reconoce excepciones a la regla de irrevocabilidad<sup>52</sup>. Al respecto, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas -que ha sido ratificada por Perú- exige que se establezcan procedimientos de revisión, revocación o nulidad de adopciones, contemplando específicamente la desaparición forzada como causal de la anulación<sup>53</sup>. Es importante regular un procedimiento de este tipo, de modo tal que puedan revisarse las adopciones fraudulentas o realizadas con la finalidad de legalizar situaciones irregulares.

En ese sentido, es valioso que por medio del Decreto Legislativo 1297/2016 se procuró controlar fuertemente el acogimiento de hecho<sup>54</sup>, indicando que es deber de la persona que asume el cuidado del NNoA informar a las autoridades competentes para que estas, entre otras precauciones, eviten que se consoliden de modo fraudulento vínculos con NNoA en situación de desprotección familiar. Este tipo de medidas pueden reforzarse restringiendo la posibilidad de solicitar la adopción con fundamento en el acogimiento de hecho, tal como han hecho otros países de la región<sup>55</sup>.

## • El derecho a la protección contra toda forma de violencia

Una reforma efectuada en 2015 incorporó al CNA el derecho al buen trato<sup>56</sup>, derogándose la facultad de los padres que ejercen la patria potestad de “corregir moderadamente”<sup>57</sup> a sus hijos y se prohibió el castigo físico y humillante a NNyA en todos los ámbitos<sup>58</sup>.

A su vez, casi paralelamente, se aprobó la “**Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes de la familia**”<sup>59</sup>. Si bien esta norma señala que presta especial consideración a los NNyA (art. 6), consagra al interés superior del niño como uno de sus principios rectores y, entre otras medidas orientadas a los NNyA, reconoce derechos específicos en el campo de la educación<sup>60</sup>, y establece algunas medidas en orden a evitar los efectos de la victimización secundaria o “revictimización” (art. 19), resulta evidente que carece de un enfoque integral de derechos de los niños, niñas y adolescentes, en la medida que centra su regulación en la violencia contra la mujer (o género) o intrafamiliar, dejando a los niños y adolescentes varones no suficientemente protegidos frente a la violencia en cualquiera de los ámbitos de su vida.

En todo caso, corresponde indicar que el reglamento de la mencionada Ley contiene algunas disposiciones interesantes. Así: i. Se reconoció la calidad de víctima a los NNyA que hayan sido testigos de violencia familiar “o que hayan sufrido daños por haber intervenido para prestar asistencia la víctima o por cualquier otra circunstancia en el contexto de la violencia”<sup>61</sup>; ii. Se amplió la definición de violencia sexual contra NNyA, especificándose que comprende cualquier conducta con

*Una reforma efectuada en 2015 incorporó al CNA el derecho al buen trato, derogándose la facultad de los padres que ejercen la patria potestad de “corregir moderadamente” a sus hijos y se prohibió el castigo físico y humillante a NNyA en todos los ámbitos.*

connotación sexual que se aprovecha de su especial vulnerabilidad y no requiere “que medie violencia o amenaza”<sup>62</sup>; iii. Se dispuso expresamente que en los procesos que involucren a NNyA se debe guardar reserva sobre su identidad, prohibiéndose a los medios de comunicación revelarla o brindar información que permita identificarlos<sup>63</sup>; iv. Se reconoció la capacidad de los NNyA de “denunciar actos de violencia en su agravio o en agravio de otras personas sin la necesidad de la presencia de una persona adulta”<sup>64</sup>; v. Se dispuso la intervención de la Fiscalía de Familia en todos los casos de violencia donde las víctimas sean NNyA<sup>65</sup>; y vi. Se estableció el derecho de patrocinio legal gratuito para las víctimas contempladas en esta ley<sup>66</sup>.

En el Código Penal, en tanto, se otorga un plus de protección a los NNyA, pues establece que en cualquier delito que los tenga por víctimas esta circunstancia será considerada un agravante para mensurar la pena<sup>67</sup>. Del mismo modo, también es un agravante la utilización de menores en la ejecución de los delitos o abusar del parentesco del autor con la víctima<sup>68</sup>.

- **El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata**

Asimismo, el Código Penal tiene un lugar destacado en relación a la protección contra la explotación económica y sexual, especialmente con la tipificación de la trata de personas. Esta figura está adecuadamente descrita -comprendiendo tanto la trata con fines de explotación laboral como sexual, así como otras prácticas análogas-, agregándose que en relación a los NNyA se establece que se configura el delito independientemente del medio utilizado por el autor para captar a la víctima -sin exigirse acreditar engaño o coacción, lo que facilita claramente la prueba- o del consentimiento que esta pudiera haber prestado, que carece de toda validez jurídica<sup>69</sup>.

También se encuentra tipificada la explotación sexual comercial infantil y adolescente en ámbito del turismo<sup>70</sup> y el grooming<sup>71</sup>. Un artículo general, además, penaliza a quien mediante una prestación económica u otro tipo de ventaja realice actos sexuales con una persona mayor de catorce y menor de dieciocho años, criminalizando así adecuadamente a los clientes de prostitución infantil, independientemente de su

conexión con el turismo<sup>72</sup>. El límite etario parece responder a que el Código Penal fija en catorce años la edad para el consentimiento sexual, constituyendo una violación todo acto sexual con un niño de edad inferior<sup>73</sup>. Los condenados por este último delito, además, no pueden ser favorecidos con un indulto o conmutación de pena ni acceder a ciertos beneficios penitenciarios<sup>74</sup>, y además son privados del ejercicio de la patria potestad<sup>75</sup>.

- **El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil**

La regulación seguida por Perú en relación a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil es más problemática. El CNA establece que “El adolescente que trabaja será protegido en forma especial por el Estado” y reconoce “el derecho de los adolescentes a trabajar (...) siempre y cuando no exista explotación económica y su actividad laboral no importe riesgo o peligro, afecte su proceso educativo o sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”<sup>76</sup>. Sin embargo, en el mismo cuerpo normativo se fija una edad mínima de admisión al empleo notoriamente baja, de apenas doce años. Si bien el Código, como es habitual en la región, fija edades distintas según el tipo de actividad, establece la edad mínima en doce años con una regla excepcional sumamente amplia<sup>77</sup>. Esta edad mínima es incompatible con la Convención y no puede tolerarse, ni si quiera alegando los límites de duración de la jornada laboral<sup>78</sup> ni otras regulaciones protectorias que contiene el CNA<sup>79</sup>.

Como reiteradamente se ha señalado en este informe<sup>80</sup>, si bien la Convención no establece una edad mínima determinada para la admisión al trabajo<sup>81</sup>, el Convenio 138 de la OIT<sup>82</sup> exige que esta no sea inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a los 15 años. De hecho, en sus últimas observaciones finales al Estado peruano, el Comité le reclamó que eleve la edad mínima a los 15 años, “edad en la que termina la educación obligatoria”, y que “garantice que todas las formas peligrosas y abusivas de trabajo, incluido el trabajo doméstico, quedan prohibidas para los niños menores de 18 años”<sup>83</sup>.

Por otro lado, corresponde advertir que en el artículo 51 del CNA se autoriza la realización de ciertas actividades (labores agrícolas no industriales, labores



industriales, comerciales o mineras, y pesca industrial) que luego fueron incluidas como trabajos peligrosos y prohibidos en el Decreto Supremo N° 003-2010-MIMDES. Si bien, el principio de jerarquía normativa permitiría sostener que en caso de conflicto prevalece lo dispuesto en el Código de los Niños y Adolescentes (tiene rango de Ley), en la medida que transgrede lo dispuesto en el Convenio OIT 182, referido a las peores formas de trabajo infantil, resulta aconsejable su modificación expresa.

Asimismo, existen actividades peligrosas omitidas (p. ej. al cuidado y protección de vehículos motorizados); hay poca claridad respecto de la prohibición del trabajo doméstico, y se observa la necesidad de precisar los trabajos prohibidos con otras normas, ya que, en determinados casos, para poder determinar su peligrosidad (p.ej. levantamiento y traslado manual de carga que exceda los límites permitidos) se requiere acudir a otras normas.

Todo ello, conlleva a la necesidad de que la normativa que regula los trabajos prohibidos para adolescentes sea nuevamente revisada y actualizada.

### • El derecho a la educación

De conformidad con la Constitución, en la Ley General de Educación<sup>84</sup> (LGE) se le reconoce expresamente como un derecho (art. 3<sup>85</sup>), además de contener un concepto de educación (art. 2<sup>86</sup>). Asimismo, se precisa que su obligatoriedad comprende desde el nivel inicial hasta el secundario, que típicamente se concluye a los 17 años. En todos estos niveles, la educación pública es gratuita (art. 4<sup>87</sup>).

El CNA, en tanto, contiene algunos artículos referidos a garantizar el principio de no discriminación en el ámbito educativo -donde se incluye

que “La niña o la adolescente, embarazada o madre, no debe ser impedida de iniciar o proseguir sus estudios”<sup>88</sup>- y la identidad cultural.

Respecto al primero, cabe resaltar la promulgación de la Ley N° 29600, que fomenta la reinserción escolar por embarazo y regula cómo el servicio educativo debiera atender a las adolescentes embarazadas y garantizar la culminación de su trayectoria escolar.

En cuanto al derecho a la identidad, corresponde agregar que la LGE avanza sobre esta última cuestión, garantizando la Educación Bilingüe intercultural en todo el sistema educativo y reconociendo “el derecho de los pueblos indígenas a una educación en condiciones de igualdad con el resto de la comunidad nacional”<sup>89</sup>. Así, esta ley “Asegura la participación de los miembros de los pueblos indígenas en la formulación y ejecución de programas de educación para formar equipos capaces de asumir progresivamente la gestión de dichos programas”<sup>90</sup>, aunque no contiene mayores precisiones, las que deben rastreadarse en la reglamentación.

En cuanto a los derechos de los NNyA en general, la LGE, entre otros, reconoce su derecho a organizarse, “a fin de ejercer sus derechos y participar responsablemente en la Institución Educativa y en la comunidad” y a “opinar sobre la calidad del servicio educativo que recibe”<sup>91</sup>.

### • El derecho a la salud

El CNA dispone que “El niño y el adolescente tienen derecho a la atención integral de su salud, mediante la ejecución de políticas que permitan su desarrollo físico e intelectual en condiciones adecuadas”<sup>92</sup> y presta especial atención aquellos que sufren



discapacidades<sup>93</sup>. Asimismo, dispone que deben recibir tratamientos especializados en salud los NNyA “adictos a sustancias psicotrópicas”<sup>94</sup> y aquellos que son “víctimas de maltrato físico, psicológico o de violencia sexual”<sup>95</sup>. Esta última cuestión, como vimos, tiene un abordaje mucho más amplio y específico en la “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes de la familia” y en su reglamentación.

La Ley General de Salud (LGS)<sup>96</sup>, en tanto, no aborda los derechos de los NNyA en particular, salvo de modo excepcional. Así, reconoce una serie de derechos para todas las personas, entre los que cabe incluir a los NNyA<sup>97</sup> y en particular respecto del derecho a la alimentación agrega que “en los programas de nutrición y asistencia alimentaria, el Estado brinda atención preferente al niño, a la madre gestante y lactante, al adolescente y al anciano en situación de abandono social”<sup>98</sup>. En ese sentido, es ineludible destacar la “Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes”<sup>99</sup>, donde también se promueve la educación nutricional y la actividad física y se regula la publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a menores de 16 años.

Regresando a la LGS, su principal déficit es que no se reconoce el derecho de los NNyA a brindar su consentimiento para los tratamientos a los que son sometidos, ni a ser oídos en el proceso decisorio, de acuerdo a su desarrollo progresivo. Toda vez que el Código Civil peruano mantiene el sistema de la incapacidad civil para los menores de 18 años<sup>100</sup>, el consentimiento para los tratamientos médicos es otorgado por sus representantes legales y, en caso de negativa, el médico tratante o el establecimiento de salud deben comunicar la situación a la autoridad judicial competente<sup>101</sup>.

Tal como se ha indicado al reseñar la legislación similar de otros países de la región<sup>102</sup>, si bien la delimitación de la madurez de los NNyA para brindar su consentimiento para un tratamiento médico es siempre un asunto problemático, el camino elegido por la legislación peruana desatiende por completo los principios de autonomía progresiva y del interés superior del niño, que reclaman que al menos se tenga en cuenta su opinión<sup>103</sup>. Sobre este asunto, recientemente el Comité ha señalado sin ambages que “Las intervenciones y los tratamientos médicos deben contar con el consentimiento voluntario e informado del adolescente, con independencia de que se exija o no también el de un progenitor o representante legal”<sup>104</sup>.

En cuanto a los derechos sexuales y reproductivos, la LGS establece que “toda persona tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia”<sup>105</sup>, pero tampoco aborda la cuestión específica de los NNyA. Así, en función de la regla general de la incapacidad civil y el art. 4 de la LGS, la norma no parece garantizar el derecho de los NNyA a acceder a métodos anticonceptivos sin el consentimiento de sus representantes legales. De hecho, en sus últimas Observaciones Finales sobre Perú, el Comité manifestó su preocupación por “la falta de acceso de los adolescentes a servicios de salud sexual y reproductiva, salvo que estén acompañados por un progenitor o tutor, y a métodos anticonceptivos modernos, incluidos los anticonceptivos de emergencia”<sup>106</sup>.

En aquella ocasión, el Comité también cuestionó al Estado “el hecho de que el aborto sea ilegal en casos de violación o incesto y la interpretación restrictiva del aborto terapéutico, situación que obliga a las niñas a recurrir a abortos peligrosos con riesgo para su salud y para su vida”<sup>107</sup>. A ello debemos agregar que el Código Penal también desconoce los derechos de las niñas y adolescentes en el caso del aborto terapéutico, pues para que éste pueda practicarse se requiere el consentimiento de su representante legal<sup>108</sup>.

## • El sistema de responsabilidad penal adolescente

Actualmente este sistema se encuentra regulado en el “Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes”<sup>109</sup>, retirándolo del CNA, que originalmente lo abordaba.

Una primera cuestión a advertir, es que contrariamente a lo establecía el art. 184 del CNA, no se distingue entre los menores de 14 años, que solo eran pasibles de medidas de protección, y los mayores de 14 de años de edad pero menores de 18 años que son pasibles de medida socio-educativas, que incluyen la privación de la libertad bajo la denominación de “internación en un centro juvenil”<sup>110</sup>.

Si bien se define a esta medida como “excepcional” y de “último recurso”, las causales que admiten su imposición son excesivamente amplias. De todos modos, cabe destacar que ha sido suprimida la causal que permitía el internamiento del adolescente por alta peligrosidad, lo que deber ser valorado positivamente pues constituía una clara manifestación del derecho penal de autor.

Asimismo, el período mínimo y máximo de duración de la privación de la libertad para ciertos delitos es excesivamente prolongado. Así, se fija en un mínimo de 8 años y un máximo de 10 años para algunos delitos especialmente graves<sup>111</sup>: sicariato o violación sexual de menor de edad, seguida de muerte o lesión grave y terrorismo. En cualquier caso, estos prolongados plazos de privación de la libertad, como ha señalado la CIDH, “no son compatibles con el postulado de brevedad de la privación de la libertad aplicable a las personas menores de edad”<sup>112</sup>.

Por otro lado, por razones de seguridad los adolescentes que llegan a la mayoría de edad pueden ser trasladados a unidades penales de adultos, aunque deben ser mantenidos en módulos separados<sup>113</sup>. En todo caso, debe recordarse que el Comité ha indicado que quienes llegan a la mayoría de edad mientras están privados de su libertad “Deberían poder permanecer en el centro de menores si ello coincide con el interés superior del niño y no atenta contra el interés superior de los niños de menor edad internados en el centro”<sup>114</sup>.

Asimismo, se admite la sanción de incomunicación o aislamiento durante la ejecución de la internación<sup>115</sup>. Como ya se ha señalado en otros capítulos de este informe<sup>116</sup>, el régimen de aislamiento -aún sobre adultos- resulta severamente cuestionable desde el derecho internacional de los derechos humanos<sup>117</sup> y en el caso de los NNyA se encuentra expresamente prohibido en las “Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad”<sup>118</sup>, que deben ser integradas en la interpretación del art. 37 de la Convención sobre Derechos del Niño.

No obstante, en comparación con el CNA, el nuevo cuerpo normativo mejora la regulación de los principios, derechos y garantías procesales, las

fases del proceso, consagrándose como principio rector del proceso el principio acusatorio<sup>119</sup>.

Además, se han incorporado otras formas de terminación alternativas del proceso, además de la remisión, como el acuerdo reparatorio y el mecanismo restaurativo.

*Tal como se expuso en el apartado anterior, deben ampliarse y regularse con mayor claridad, la cuestión de la capacidad de ejercicio, el derecho a la identidad y los derechos reconocidos a los NNyA de pueblos indígenas.*



© UNICEF Perú/2008



### 3. Recomendaciones

En primer lugar, resulta ineludible señalar que el Código de Perú requiere una revisión integral. En general, los derechos de los NNyA deben ser reconocidos con un alcance más amplio, comprendiendo toda su especificidad.

El Código también carece de un adecuado enfoque de género, pues no presta atención a la situación a las niñas y adolescentes en particular, y hasta utiliza un lenguaje que promueve la desigualdad, que se patentiza en el título en género masculino<sup>120</sup>.

Tal como se expuso en el apartado anterior, deben ampliarse y regularse con mayor claridad, la cuestión de la capacidad de ejercicio, el derecho a la identidad y los derechos reconocidos a los NNyA de pueblos indígenas.

Estas deficiencias del Código contrastan con algunas leyes especiales aprobadas en los últimos años, como las referidas a la desprotección familiar, que se encuentran entre las más avanzadas de la región. En cualquier caso, algunas cuestiones abordadas en la reglamentación -como los supuestos en los que procede la declaración judicial de desprotección familiar o algunos derechos de los NNyA víctimas de violencia- podrían jerarquizarse convirtiéndolas en ley del Congreso.

En cambio, otras leyes especiales -como la Ley General de Salud- requieren urgentes actualizaciones, a fin de recoger más específicamente los derechos de los NNyA. En materia de salud, tal como reclamó el Comité, es ineludible garantizar el acceso a métodos anticonceptivos y, al menos, al aborto terapéutico, sin depender de la conformidad de los padres. También se observa la falta de una ley que garantice el acceso a la educación sexual<sup>121</sup>.

Finalmente, el Código Civil también debe ser revisado, pues continúa definiendo a los menores de 16 años como absolutamente incapaces y a los mayores de esa edad -pero menores de 18 años- como relativamente incapaces<sup>122</sup>, desconociendo el principio de autonomía progresiva e impactando en el ejercicio de los derechos por los NNyA. A ello se agrega que debe elevarse la edad mínima para contraer matrimonio a los 18 años, sin excepciones, pues el Código Civil aún admite el matrimonio desde los 16 años, si existe asentimiento de los padres o dispensa judicial<sup>123</sup>.



### Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 STC Exp. N.º 01817-2009-PHC/TC. Lima. J.A.R.R.A. y V.R.R.A., de fecha 7 de octubre del 2009, FJ. 6 y 7.
- 5 Art. 6 CPP.
- 6 Tales como el derecho a la vida, identidad, libre desarrollo, igualdad ante la ley, libertad de expresión, libertad religiosa, nacionalidad, inviolabilidad del domicilio, etc.
- 7 Art. 7 CPP.
- 8 Art. 10 CPP.
- 9 Art. 13 CPP, entre otros.
- 10 Art. 23 CPP.
- 11 Art. 17 CPP.
- 12 Art. 16 CPP.
- 13 Art. 23 CPP.
- 14 V. gr. Paraguay.
- 15 Y también dispone que “Son asimismo peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú”. Art. 52 CPP.
- 16 Ley 27.337.
- 17 Decreto ley 26.102, de 1992.
- 18 Ley 13.968. Si bien este Código estaba inspirado en la Declaración Universal de los Derechos del Niño, seguía la doctrina de la “situación irregular”.
- 19 El Código se publicó en el boletín oficial “El Peruano” el 7 de agosto de 2000, pocos días después de que Alberto Fujimori iniciara su tercer mandato presidencial, tras acusaciones serias de fraude en el proceso electoral. Además, debe recordarse que en su primer mandato presidencial Fujimori realizó un “autogolpe” de Estado, disolviendo el Congreso, y el Estado desplegó una política de represión interna por medio de crímenes de lesa humanidad, tal como luego los calificara la Corte IDH y la propia justicia peruana. De hecho, en su segundo mandato, Fujimori retiró a Perú de la competencia contenciosa de la Corte IDH.
- 20 Parcialmente vigente, dada la implementación progresiva del Código de Responsabilidad Juvenil (Segunda Disposición Complementaria Final del D. Leg. 1348, Decreto Legislativo que aprueba el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes). El Código está organizado del siguiente modo: Libro Primero: Derechos y libertades. Libro Segundo: Sistema nacional de atención integral al niño y al adolescente. Libro Tercero: Instituciones familiares. Libro Cuarto: Administración de justicia especializada en el niño y el adolescente.
- 21 Art. IX CNA.
- 22 Ver capítulos sobre Colombia, Chile, Paraguay, entre otros, en este mismo informe.
- 23 Debe recordarse que de acuerdo al Comité, el interés superior es “un concepto triple”, que incluye esos tres elementos: Comité de los derechos del niño, Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).
- 24 Art. VII CNA.
- 25 La Corte agregó que cuando se invoquen conceptos como el “orden público” o el “bien común” “como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”. Corte IDH, Opinión Consultiva 5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas”, 13/11/1985, párr. 67.
- 26 Art. 6 CNA.
- 27 Art. 6 CNA.
- 28 V. gr. Paraguay.
- 29 V. gr. Colombia o Ecuador (ver los capítulos referidos a esos países en este informe).
- 30 En tanto dispone que “Se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.
- 31 Este artículo establece que no se negará a los niños que pertenecen a minorías étnicas o a pueblos indígenas el derecho “a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.
- 32 Art. 7 CNA.
- 33 Ley 26.497/1995.
- 34 Ver arts. 46 a 48 de la Ley 26.497/1995. Es interesante también que esta ley prevé que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) puede excepcionalmente disponer, cuando las circunstancias así lo justifiquen, que, en el caso de lugares de difícil acceso como son los centros poblados alejados y en zonas de frontera, zonas de selva y ceja de selva, y comunidades campesinas y nativas que cuentan con oficinas de registro civil previamente autorizadas, la inscripción de los nacimientos ordinarios se realice en dichas localidades en un plazo de noventa (90) días calendario de ocurrido el alumbramiento (art. 51). Si bien el éxito de una medida de este tipo depende de su implementación más que de una definición normativa, resulta destacable el intento de garantizar el registro universal de nacimientos.
- 35 Arts. 17 a 31 del Código Civil.
- 36 Debe recordarse, tal como se ha apuntado al evaluar la legislación restrictiva de otros países (v. gr. Ecuador, Paraguay), que la Corte IDH ha afirmado que el derecho a la identidad de género ampara “a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida” y que “debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación”. Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 25



- de noviembre de 2017, párr. 154. Ver también Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, CRC/C/GC/20, párr. 34, y “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género” (“Principios de Yogyakarta”).
- 37 Art. 8 CNA: “El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.”
- 38 Arts. 75 y 77 CNA.
- 39 Se ha señalado que “cuando la ley deja los criterios de separación en manos de los tribunales, de modo que es únicamente el juez quien decide cuál es el interés superior del niño, el Estado debe asegurarse de que los jueces ejercen esta facultad con objetividad”. Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 152.
- 40 Decreto Legislativo 1297/2016. Art. 3.g: “Situación de desprotección familiar. Es la situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado desempeño de los deberes de cuidado y protección por parte de los responsables del cuidado de los niños, niñas y adolescentes y que afecta gravemente el desarrollo integral de una niña, niño o adolescente. La situación de desprotección familiar tiene carácter provisional e implica la separación temporal de la niña, niño o adolescente de su familia para su protección, así como el apoyo especializado a la familia para la remoción de las circunstancias que la motivaron, aplicando las medidas de protección apropiadas establecidas en esta ley, promoviendo la reintegración familiar. En el caso de hermana o hermano cabeza de familia no implica la separación temporal de su familia”.
- 41 Art. 9.1 CDN: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño” (el destacado es propio). Al respecto, la Corte IDH, interpretando las referencias a ley como modo de limitar o regular derechos previstos en la CADH, ha indicado que debe entenderse por éstas exclusivamente a las normas sancionadas por el Poder Legislativo. Así, “El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal. Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.” Corte IDH, Opinión Consultiva 6/86, 09/05/1986, párr. 21/22. Si bien esta interpretación de la Corte IDH se refiere a qué debe entenderse por el vocablo “ley” en el marco de la CADH, su criterio resulta plenamente aplicable a la CDN, pues se apoya en principios generales del derecho internacional de los derechos humanos. A ello debe agregarse que el Decreto Legislativo, de por sí, es una norma emitida por el Poder Ejecutivo Nacional en uso de atribuciones del Poder Legislativo que le fueron temporariamente delegadas.
- 42 Decreto Supremo 1/2018 MIMP, art. 4: “Se entiende por situación de desprotección familiar cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad, que valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, y de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo, suponga una afectación grave para la integridad física o mental de la niña, niño o adolescente:
- a) El abandono de la niña, niño o adolescente, que se produce cuando faltan las personas que asumen su cuidado en ejercicio de la patria potestad, tenencia o tutela; o porque éstas no quieren o no pueden ejercerla.
  - b) Amenaza o afectación grave para la vida, salud e integridad física de la niña, niño o adolescente. Entre otros:
    - b.1 Cuando se produzca violencia sexual o violencia física o psicológica grave por parte de miembros de su familia de origen o éstos lo consintieran o actuaran de manera negligente.
    - b.2 Cuando la niña, niño o adolescente haya sido identificada/o como víctima del delito de trata de personas y dicha situación se vincule al incumplimiento de los deberes de cuidado de los integrantes de la familia de origen, de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo. Corresponde al Ministerio Público determinar la participación o no de la familia de origen en el delito. Asimismo, corresponde a la Unidad de Protección Especial determinar las competencias parentales para asumir el cuidado de la niña, niño o adolescente víctima.
    - b.3 Cuando la niña, niño o adolescente consume de manera reiterada sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas, con el conocimiento, consentimiento o tolerancia de los padres, tutores o integrante de la familia de origen responsable de su cuidado.
  - c) Trabajo infantil en situación de calle o aquel que suponga una afectación de derechos que revista gravedad para la niña, niño o adolescente de acuerdo a la Tabla de Valoración de Riesgo.
  - d) La inducción a la mendicidad, delincuencia, explotación sexual, trabajo forzoso o cualquier otra forma de explotación de similar naturaleza o gravedad.

- e) Otras circunstancias que perjudican gravemente el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente y cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia, incluidas la persistencia de situaciones de riesgo de desprotección familiar que no se han revertido a pesar de la actuación estatal. Estas circunstancias o supuestos dan inicio al procedimiento por desprotección familiar.”
- 43 Ley 28190/2004. En rigor, se derogaron los artículos centrales de esta ley, dejando vigentes exclusivamente aquellos por los cuales se modificó el Código Penal y el CNA.
- 44 Este decreto entró recientemente en vigencia, justamente con la aprobación de su decreto reglamentario (Decreto Supremo 1/2018 MIMP, publicado en “El Peruano” el 10/02/2018).
- 45 A/RES/64/142.
- 46 Art. 4 Decreto Legislativo 1297/2016. Las citas subsiguientes corresponden todas a dicho artículo, donde se incluyen algunos principios adicionales, salvo indicación en contrario.
- 47 Art. 101.D Decreto Legislativo 1297/2016.
- 48 Art. 101.B Decreto Legislativo 1297/2016.
- 49 Art. 101 C Decreto Legislativo 1297/2016.
- 50 Arts. 5.F, 7, 99, 128.H y 138, entre otros, Decreto Legislativo 1297/2016.
- 51 Arts. 128.E y 145 Decreto Legislativo 1297/2016.
- 52 Art. 127 Decreto Legislativo 1297/2016.
- 53 Art. 25.4 Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.
- 54 Este “Se produce cuando una persona o personas con vínculo familiar o sin él, sin contar con título jurídico ni obligación legal, asume de manera voluntaria, continua y transitoria, las obligaciones de cuidado y protección de una niña, niño o adolescente” (art. 148 Decreto Legislativo 1297/2016).
- 55 V. gr. Argentina (ver art. 611 del Código Civil y Comercial de la Nación).
- 56 Art. 3.A CNA: “Los niños, niñas y adolescentes, sin exclusión alguna, tienen derecho al buen trato, que implica recibir cuidados, afecto, protección, socialización y educación no violentas, en un ambiente armonioso, solidario y afectivo, en el que se le brinde protección integral, ya sea por parte de sus padres, tutores, responsables o representantes legales, así como de sus educadores, autoridades administrativas, públicas o privadas, o cualquier otra persona. El derecho al buen trato es recíproco entre los niños, niñas y adolescentes.”
- 57 Art. 74.D CNA, redacción original.
- 58 Ley 30.403/2015.
- 59 Ley 30.364/2015.
- 60 Art. 12 Ley 30.364: “La persona víctima de la violencia a que se refiere la presente Ley tiene, entre otros, los siguientes derechos: a. Al cambio de lugar y horario de estudios sin menoscabo de sus derechos. b. A la justificación de inasistencias y tardanzas derivadas de actos de violencia. Estas inasistencias o tardanzas no pueden exceder de cinco días en un período de treinta días calendario o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario. c. A la atención especializada en el ámbito educativo de las escuelas de la violencia, de modo que el servicio educativo responda a sus necesidades sin desmedro de la calidad del mismo. Es obligación del Estado la formulación de medidas específicas para favorecer la permanencia de las víctimas en el ámbito educativo y, de ser el caso, favorecer su reinserción en el mismo.”
- 61 Art. 4.1 Decreto Supremo 9-2016-MIMP.
- 62 Art. 5 Decreto Supremo 9-2016-MIMP.
- 63 Arts. 9 y 124 Decreto Supremo 9-2016-MIMP.
- 64 Art. 17 Decreto Supremo 9-2016-MIMP.
- 65 Art. 21 Decreto Supremo 9-2016-MIMP.
- 66 Art. 70 Decreto Supremo 9-2016-MIMP.
- 67 Art. 46.2.n Código Penal.
- 68 Arts. 46.D y 46.E Código Penal.
- 69 Arts. 181.A y 181.B Código Penal (t. o. por Ley N° 29408/2018).
- 70 Art. 189 Código Penal (t.o. por Ley 29408/2009).
- 71 Art. 183.B Código Penal (t.o. por ley 30.171/2014).
- 72 Art. 179.A Código Penal.
- 73 Art. 173 Código Penal. Anteriormente, el CP fijaba la edad para el consentimiento sexual en 18 años. Sin embargo, tras una demanda promovida por más de diez mil ciudadanos en la que se cuestionó dicho límite por vulnerar diversos derechos de los adolescentes, una sentencia del Tribunal Constitucional lo declaró inconstitucional (Expediente N° 0008-2012-PI-TC, sentencia del 24 de enero de 2013).
- 74 No pueden acceder a la redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad ni liberación condicional. Ley 28.704/2006.
- 75 Art. 75 del CNA.
- 76 Art. 22 CNA.
- 77 Art. 51 CNA. “Las edades mínimas requeridas para autorizar el trabajo de los adolescentes son las siguientes: Para el caso del trabajo por cuenta ajena o que se preste en relación de dependencia:  
a) Quince años para labores agrícolas no industriales;  
b) Dieciséis años para labores industriales, comerciales o mineras; y,  
c) Diecisiete años para labores de pesca industrial.  
2. Para el caso de las demás modalidades de trabajo la edad mínima es de catorce años. Por excepción se concederá autorización a partir de los doce años, siempre que las labores a realizar no perjudiquen su salud o desarrollo, ni interfieran o limiten su asistencia a los centros educativos y permitan su participación en programas de orientación o formación profesional.  
Se presume que los adolescentes están autorizados por sus padres o responsables para trabajar cuando habiten con ellos, salvo manifestación expresa en contrario de los mismos.”
- 78 Art. 56 CNA: “El trabajo del adolescente entre los doce y catorce años no excederá de cuatro horas diarias ni de veinticuatro horas semanales. El trabajo del adolescente, entre los quince y diecisiete años no excederá de seis horas diarias ni de treinta y seis horas semanales.”
- 79 Por ejemplo, el art. 61 dispone que “Los empleadores que contraten adolescentes están obligados a concederles facilidades que hagan compatibles su trabajo con la asistencia regular a la escuela” y que “El derecho a vacaciones remuneradas pagadas se concederá en los meses de vacaciones escolares”.
- 80 V. gr. capítulos sobre Bolivia y Paraguay.
- 81 Ver art. 30 de la CDN.
- 82 Convenio sobre la edad mínima (núm. 138, 1973). Ver también la Recomendación (núm. 146) que lo complementa y Convenio

- sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos (núm. 189, 2011), que fue ratificado por el Congreso de Perú en junio de 2018.
- 83 CRC/C/PER/CO/4-5, párr. 66.
- 84 Ley 28.044/2003 (LGE).
- 85 Artículo 3°.- La educación como derecho.  
La educación es un derecho fundamental de la persona y de la sociedad. El Estado garantiza el ejercicio del derecho a una educación integral y de calidad para todos y la universalización de la Educación Básica. La sociedad tiene la responsabilidad de contribuir a la educación y el derecho a participar en su desarrollo.
- 86 Artículo 2°.- Concepto de la educación  
La educación es un proceso de aprendizaje y enseñanza que se desarrolla a lo largo de toda la vida y que contribuye a la formación integral de las personas, al pleno desarrollo de sus potencialidades, a la creación de cultura, y al desarrollo de la familia y de la comunidad nacional, latinoamericana y mundial. Se desarrolla en instituciones educativas y en diferentes ámbitos de la sociedad.
- 87 Artículo 4°.- Gratuidad de la educación  
La educación es un servicio público; cuando lo provee el Estado es gratuita en todos sus niveles y modalidades, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política y en la presente ley. En la Educación Inicial y Primaria se complementa obligatoriamente con programas de alimentación, salud y entrega de materiales educativos.
- 88 Art. 14 CNA.
- 89 Art. 19 LGE.
- 90 Art. 20 LGE.
- 91 Art. 53 LGE.
- 92 Art. 21 CNA, que también agrega: "Cuando se encuentren enfermos, con limitaciones físicas o mentales, impedidos, o cuando se trate de dependientes de sustancias tóxicas, recibirán tratamiento y rehabilitación que permita su participación en la comunidad de acuerdo a sus capacidades. Corresponde al Estado, con la colaboración y el concurso de la sociedad civil, desarrollar los programas necesarios para reducir la mortalidad y prevenir las enfermedades; educar a la familia en las prácticas de higiene y saneamiento; y combatir la malnutrición, otorgando prioridad en estos programas al niño y al adolescente en circunstancias especialmente difíciles y a la adolescente-madre durante los períodos de gestación y lactancia."
- 93 Art. 23 CNA: "Además de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en este Código, los niños y adolescentes discapacitados gozan y ejercen los derechos inherentes a su propia condición. El Estado, preferentemente a través de los Ministerios comprendidos en el Consejo Nacional de la Persona con Discapacidad, y la sociedad asegurarán la igualdad de oportunidades para acceder a condiciones adecuadas a su situación con material y servicios adaptados, como salud, educación, deporte, cultura y capacitación laboral. Asimismo, se asegura el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades, así como el goce de una vida plena y digna, facilitando su participación activa, igualdad y oportunidades en la comunidad." Ver también art. 36 CNA.
- 94 Art. 37 CNA.
- 95 Art. 38 CNA.
- 96 Ley 26.842/1997.
- 97 Art. 15 LGS: "Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho: a) Al respeto de su personalidad, dignidad e intimidad; b) A exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece; c) A no ser sometida, sin su consentimiento, a exploración, tratamiento o exhibición con fines docentes; d) A no ser objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos o tratamientos sin ser debidamente informada sobre la condición experimental de éstos, de los riesgos que corre y sin que medie previamente su consentimiento escrito o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere, o si estuviere impedida de hacerlo; e) A no ser discriminado en razón de cualquier enfermedad o padecimiento que le afectare; f) A que se le brinde información veraz, oportuna y completa sobre las características del servicio, las condiciones económicas de la prestación y demás términos y condiciones del servicio; g) A que se le dé en términos comprensibles información completa y continuada sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de los medicamentos que se le prescriban y administren; h) A que se le comuniquen todo lo necesario para que pueda dar su consentimiento informado, previo a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento, así como negarse a éste; i) A que se le entregue el informe de alta al finalizar su estancia en el establecimiento de salud y, si lo solicita, copia de la epicrisis y de su historia clínica."
- 98 Art. 10 LGS.
- 99 Ley 30.021/2013.
- 100 Esta situación lamentablemente no ha sido superada mediante la regulación en el CNA que en el art. IV del Título Preliminar, de manera poco clara establece: "Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este código y demás leyes.  
La Ley establece las circunstancias en que el ejercicio de estos actos requiere de un régimen de asistencia y determina responsabilidades".
- 101 Art. 4 LGS.
- 102 V. gr. Chile.
- 103 En cualquier caso, debe advertirse que en las Orientaciones generales para los informes periódicos, el Comité indica a los Estados que deben proveer información sobre la edad mínima para el tratamiento médico o las intervenciones quirúrgicas sin el consentimiento de los padres (párrafo 24).
- 104 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 39.
- 105 Art. 6 LGS: "Toda persona tiene el derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, incluyendo los naturales, y a recibir, con carácter previo a la prescripción o aplicación de cualquier método anticonceptivo, información adecuada sobre los métodos disponibles, sus riesgos, contraindicaciones, precauciones, advertencias y efectos



- físicos, fisiológicos o psicológicos que su uso o aplicación puede ocasionar. Para la aplicación de cualquier método anticonceptivo se requiere del consentimiento previo del paciente. En caso de métodos definitivos, la declaración del consentimiento debe constar en documento escrito.”
- 106 CRC/C/PER/CO/4-5, párr. 55.c.
- 107 CRC/C/PER/CO/4-5, párr. 55.b.
- 108 Art. 119 CP: “No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.”
- 109 Decreto Legislativo 1348, cuya entrada en vigencia será progresiva.
- 110 Artículo 156.- Medidas socioeducativas.
- 156.1 El adolescente que comete un hecho tipificado como delito o falta, de acuerdo a la legislación penal, solo puede ser sometido a las siguientes medidas socioeducativas:
1. Medidas no privativas de libertad:
    - a. Amonestación;
    - b. Libertad asistida;
    - c. Prestación de servicios a la comunidad; y,
    - d. Libertad restringida
  2. Internación en un centro juvenil.
- 111 Según el art. 163.4 este período se reduce a un mínimo de seis (06) a ocho (08) años, si el adolescente tiene entre catorce (14) y menos de dieciséis (16) años de edad.
- 112 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, 2011, OEA/Ser.L/V/II, párr. 369.
- 113 Art. 166.1.
- 114 Observación General nro. 10 (2007), CRC/C/GC/10, párr. 86.
- 115 Numeral 20 del art. 177.1. “Durante la internación el adolescente tiene, sin perjuicio de los que la Constitución Política del Perú, este Código y demás leyes le asignen, los siguientes derechos: (...) 20. A no ser incomunicado ni sometido al régimen de aislamiento, salvo por medida disciplinaria establecida en el Reglamento. En caso de aplicarse algunas de las medidas mencionadas, el Reglamento establece los supuestos de faltas disciplinarias y procedimientos a desarrollarse para su imposición, garantizándose que la medida no implique forma alguna de tortura, maltrato o vulneración de derechos del adolescente”.
- 116 V. gr. capítulo sobre Bolivia.
- 117 Ver, por todos, la Observación General sobre el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, efectuada por el Comité de Derechos Humanos, donde se observa que “el confinamiento solitario prolongado de la persona detenida o presa puede equivaler a actos prohibidos por el artículo 7” (Comité de Derechos Humanos, Observación general 20, 1992, HRI/GEN/1/Rev.7, párrafo 6).
- 118 Res. AG 45/113, del 14/12/1990. Ver en particular art. 67, que establece que “Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos 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.”
- 119 El Artículo IX del Título Preliminar establece que: En el proceso de responsabilidad penal del adolescente rige el principio acusatorio, siendo el titular de la acción persecutora de la infracción el Ministerio Público, exceptuándose la persecución por los delitos de ejercicio privado de la acción penal.
- 120 Al efecto puede recurrirse a las “Recomendaciones para un uso no sexista del lenguaje” de la UNESCO.
- 121 El CNA apenas indica que “El Estado garantiza que la educación básica comprenda (...) la orientación sexual y la planificación familiar” (art. 15.G), en tanto que la “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes de la familia” exige “Incorporar en las guías dirigidas a la población escolar, contenidos sobre prevención del acoso y abuso sexual en niñas y niños” (art. 45.2.h).
- 122 Arts. 43 y 44 del Código Civil.
- 123 Arts. 241 y 244 del Código Civil, entre otros.



# REPÚBLICA DOMINICANA



© UNICEF República Dominicana/2007-599/G. Bell

## 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución de la República Dominicana

La República Dominicana ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1991. En 2010, al reformarse la Constitución de la República Dominicana (en adelante, la Constitución o CRD), se consagró expresamente la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, afirmándose que son de aplicación “directa e inmediata por las autoridades, tribunales y demás órganos del Estado”<sup>4</sup>, lo que indudablemente comprende a la CDN.

Instrumento	
CDN	Jerarquía constitucional.
Reservas	Sin reservas.
Declaraciones	Sin declaraciones.
PF 1 <sup>1</sup>	Ratificado en 2014.
PF 2 <sup>2</sup>	Ratificado en 2006.
PF 3 <sup>3</sup>	Aún sin ratificar.

*El Estado creará oportunidades para “estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta”.*

En esa reforma también se incorporaron dos artículos de especial relevancia sobre los derechos de los NNyA: el artículo 55 referido a los “derechos de la familia” y el artículo 56 sobre la “protección de las personas menores de edad”.

El primero de ellos establece que “la familia es el fundamento de la sociedad y el espacio básico para el desarrollo integral de las personas” y que el Estado garantizará su protección<sup>5</sup>. Dentro de esta disposición se consagra el derecho al reconocimiento de la personalidad, al nombre propio y al apellido del padre y de la madre, así como el derecho a conocer la identidad de éstos. En sintonía con el texto de la Convención, también se establece el derecho de todas las personas a ser inscritas de forma gratuita desde su nacimiento y a obtener los documentos públicos que comprueben dicha identidad y, afirmándose la igualdad de los hijos ante la ley, se prohíbe cualquier mención a la naturaleza de su filiación en los registros civiles y documentos de identidad. Asimismo, establece que constituye un deber compartido e irrenunciable del padre y la madre alimentar, criar, formar, educar, mantener, dar seguridad y asistir a sus hijos e hijas. Este artículo también establece que el Estado garantizará políticas seguras y efectivas de adopción.

El artículo 56 consagra el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes y la obligación del

Estado, la familia y la sociedad de hacer primar su interés y de asistirlos/as y protegerlos/as con el fin de “garantizar su desarrollo armónico integral y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales”<sup>6</sup>. Además, la norma declara “del más alto interés nacional la erradicación del trabajo infantil y todo tipo de maltrato o violencia contra las personas menores de edad” y establece que el Estado las protegerá “contra toda forma de abandono, secuestro, estado de vulnerabilidad, abuso o violencia física, psicológica, moral o sexual, explotación comercial, laboral, económica y trabajos riesgosos”<sup>7</sup>. Asimismo, establece que se promoverá “la participación activa y progresiva de los niños, niñas y adolescentes en la vida familiar, comunitaria y social”<sup>8</sup>.

Ambas normas reconocen en las y los adolescentes “actores estratégicos”<sup>9</sup> y “sujetos activos”<sup>10</sup> para el desarrollo de la Nación. En ese sentido, se establece que el Estado creará oportunidades para “estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta”<sup>11</sup> con el apoyo de las familias y de la sociedad y promoverá el ejercicio efectivo sus derechos, asegurando “de modo permanente su participación en todos los ámbitos de la vida nacional y, en particular, su capacitación y su acceso al primer empleo”<sup>12</sup>.

A estos artículos se agrega el referido al derecho a la educación<sup>13</sup>. Allí se establece que “El Estado



garantiza la educación pública gratuita y la declara obligatoria en el nivel inicial, básico y medio<sup>14</sup>. Sin embargo, paralelamente se desconoce el principio de corresponsabilidad, pues se establece que “la familia es la responsable de la educación de sus integrantes y tiene derecho a escoger el tipo de educación de sus hijos menores”<sup>15</sup>.

Respecto de la nacionalidad, tras la reforma efectuada en 2010, la Constitución consagra como regla general el jus sanguinis y condiciona el jus solis en tanto no sean hijos de extranjeros que pertenecen a delegaciones diplomáticas, se hallen en tránsito o residan ilegalmente en el país<sup>16</sup>. Este último supuesto está en conflicto con el artículo 7 la Convención, en la medida en que puede implicar dejar a esas niñas y niños como apátridas<sup>17</sup>.

Por último, es ineludible señalar que la Constitución prevé una serie de derechos que no pueden suspenderse en caso de declaración de Estado de Defensa, entre los que se destacan los derechos del niño y de protección de la familia –previstos en los arts. 55 y 56-<sup>18</sup>.

## 2. El “Código para el sistema de protección y los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”. Leyes relacionadas a los derechos de los NNyA

En 2003, la República Dominicana aprobó el **“Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes”**<sup>19</sup> (en adelante CNNA), reemplazando a un Código que había aprobado en 1994<sup>20</sup>. Su objeto es “garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional el ejercicio y el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales, [para cuyos fines] define y establece la protección integral de estos derechos regulando el papel y la relación del Estado, la sociedad, las familias y los individuos con los sujetos desde su nacimiento hasta cumplir los 18 años de edad”<sup>21</sup>.

Se trata de un cuerpo normativo muy extenso, organizado en cuatro libros, que abordan (i) los principios generales, las bases del sistema de protección y los derechos fundamentales de los NNyA, (ii) el derecho de familia, (iii) el sistema de responsabilidad penal adolescente y (iv) la organización del Consejo Nacional para la Niñez y la

Adolescencia” (CONANI) y las medidas de protección y restitución de derechos.

### • El principio de interés superior de los NNyA

Como vimos, luego de la reforma constitucional de 2010, este principio fundamental quedó expresamente incorporado en la Constitución. A su vez, en el CNNA se lo dota de contenido y mayor precisión. Así, establece que “El principio del interés superior del niño, niña o adolescente debe tomarse en cuenta siempre en la interpretación y aplicación de este Código y es de obligatorio cumplimiento en todas las decisiones que les sean concernientes. Busca contribuir con su desarrollo integral y asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales. Para determinar el interés superior del niño, niña y adolescente, en una situación concreta, se debe apreciar: La opinión del niño, niña y adolescente; La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño, niña y adolescente y las exigencias del bien común; La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo; La indivisibilidad de los derechos humanos y, por tanto, la necesidad de que exista equilibrio entre los distintos grupos de derechos de los niños, niñas y adolescentes y los principios en los que están basados, de acuerdo a lo establecido por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; La necesidad de priorizar los derechos del niño, niña y adolescente frente a los derechos de las personas adultas”<sup>22</sup>.

Se advierte que la definición recoge las tres facetas del principio de interés superior, reconociendo tanto su carácter de derecho sustantivo, como de herramienta de interpretación y de regla de procedimiento. Solamente resulta observable la referencia a “la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño, niña y adolescente y las exigencias del bien común”. Términos excesivamente vagos y abiertos a la discrecionalidad en la interpretación –como “el bien común”– constituyen una amenaza para la aplicación efectiva de este principio, pues sugieren que es posible flexibilizarlo o relegarlo en función de otros intereses indeterminados.

En esta línea, en sus últimas Observaciones Finales el Comité señaló que “le preocupa que en la práctica este derecho no se proteja de forma adecuada y que los funcionarios públicos no hayan recibido orientación apropiada respecto a su aplicación”<sup>23</sup> y





© UNICEF República Dominicana/2004

alentó al Estado a que “establezca procedimientos y criterios con objeto de proporcionar orientación a todas las personas con autoridad para determinar cuál es el interés superior del niño en todas las esferas y tenerlo debidamente en cuenta como consideración primordial”<sup>24</sup>.

De todos modos, es indispensable recalcar que el principio de interés superior se integra a otros principios igualmente fundamentales, como los de igualdad y no discriminación, de prioridad absoluta -que implica la “primacía en la formulación de políticas públicas; primacía en recibir protección especial en cualquier circunstancia; preferencia en la atención de los servicios públicos y privados; prevalencia de sus derechos ante una situación de conflicto con otros derechos e intereses legítimamente protegidos”<sup>25</sup>- y los principios de obligaciones generales del Estado, de la familia y de la participación de la sociedad, así como de gratuidad de las actuaciones.

### • El derecho a la identidad

El CNNA replica las normas constitucionales sobre derecho al nombre y al registro inmediato y gratuito del nacimiento<sup>26</sup> y agrega obligaciones para el personal de salud y centros médicos, como expedir las correspondientes constancias, llevar fichas médicas de registro y tomar las huellas plantares y dactilares de los recién nacidos para su correcta identificación.

La legislación no es armónica sobre el plazo para efectuar la inscripción del nacimiento. Mientras el CNNA no contiene ninguna otra referencia -salvo que la inscripción debe ser “inmediata”-, de acuerdo al Código Civil el plazo es de 5 días o 15 días -según la cercanía al Registro Civil<sup>27</sup>-, en tanto que la ley de Actos del Estado Civil<sup>28</sup> fija el plazo en 30 o 60 días, también según el lugar donde ocurra el nacimiento<sup>29</sup>. Por fuera de ese plazo, la inscripción solo puede hacerse con una orden judicial<sup>30</sup>.



Aunque un plazo de 30 o 60 días no parece ser “inmediato”<sup>31</sup>, es muy común en las leyes de la región sobre inscripción de nacimientos. Más preocupante resulta la judicialización de las inscripciones tardías, pues necesariamente implica un procedimiento engorroso y costoso que dificulta el acceso al registro de nacimientos<sup>32</sup>.

El CNNA no ofrece soluciones a este problema, pues apenas prevé que la inscripción se concrete por impulso del CONANI si los progenitores están imposibilitados de hacerla y siempre que haya una autorización judicial<sup>33</sup>. Del mismo modo, pueden declarar el nacimiento “los médicos, cirujanos, parteras, u otras personas que hubieren asistido al parto”<sup>34</sup>, aunque no constituye una obligación.

Otro aspecto cuestionable es que a pesar de que la Constitución reconoce expresamente la igualdad de los hijos ante la ley y prohíbe cualquier mención a la naturaleza de su filiación en los registros civiles, el artículo 57 del Código Civil regula la inscripción de los hijos distinguiendo entre “legítimos” y “naturales”<sup>35</sup>. El CNNA también continúa utilizando la expresión “hijos legítimos”, aunque sin otorgar distintos derechos<sup>36</sup>.

Un problema de mayor entidad se presenta con la legislación referida al registro de nacimiento de los hijos de extranjeros no residentes. Esta cuestión está íntimamente vinculada al derecho a la nacionalidad,

que la Constitución solo reconoce a esas niñas y niños si los padres residen legalmente en el país.

De acuerdo a una resolución de la Junta Central Electoral, los hijos e hijas de madres extranjeras sin residencia legal deben inscribirse en un registro especial para extranjeros<sup>37</sup>, utilizando una constancia de nacimiento expedido por el hospital donde se produjo el parto<sup>38</sup>. En teoría, el proceso debe continuar con la inscripción de los niños en el país que les reconoce la nacionalidad, presumiblemente el país del que son nacionales sus padres. Ello requiere la legalización y validación de la documentación para su uso en otro Estado, conforme a las reglas y prácticas del derecho internacional público, y la consecuente gestión posterior en ese otro país o en su delegación diplomática en República Dominicana –si la tuviere-. Resulta claro no se trata de un procedimiento ágil y sencillo y puede funcionar como un fuerte desincentivo para que concreten la inscripción<sup>39</sup>.

A su vez, el hecho mismo de denegar la nacionalidad a las niñas y niños nacidos en el país por el hecho de que sus padres no tengan residencia legal merece un escrutinio riguroso a la luz del artículo 7 de la Convención. Este artículo establece que las niñas y niños tendrán derecho desde que nacen “a adquirir una nacionalidad”, aclarándose que “Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”<sup>40</sup>.

Existe consenso en torno a que la expresión “derecho a adquirir una nacionalidad” procede del artículo 24.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha dicho que “si bien esta disposición responde al objetivo de evitar que un niño reciba menos protección por parte de la sociedad y del Estado como consecuencia de su condición de apátrida, no necesariamente impone a los Estados la obligación de otorgar su nacionalidad a todo niño nacido en su territorio. Sin embargo, los Estados están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas, tanto en el plano nacional como en cooperación con otros Estados, para garantizar que todo niño tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento”<sup>41</sup>.

Con más contundencia, al expedirse sobre un caso referido a la República Dominicana, la Corte IDH remarcó que aunque “la determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de

*Tanto en la Constitución como en el CNNA el derecho a la identidad tiene un reconocimiento limitado, que lo equipara simplemente a la inscripción del nacimiento, a gozar de un nombre y documentos acordes, a la nacionalidad y a conocer la identidad de sus padres.*

los Estados (...), su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados”, por lo que “en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, dicha facultad de los Estados está limitada, por un lado, por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia”<sup>42</sup>.

Parece claro que el procedimiento actualmente vigente en República Dominicana no satisface ese estándar. Además, la ley no prevé ningún mecanismo de nacionalización para aquellas niñas y niños que no pueden adquirir la nacionalidad de sus padres en virtud de las leyes de los Estados de los que son nacionales<sup>43</sup>.

Es ineludible señalar que esta normativa restrictiva se aplica primordialmente sobre niñas y niños de ascendencia haitiana y se inscribe en un proceso de desnacionalización de las familias migrantes de ese origen<sup>44</sup>. En ese marco, en 2013 el Tribunal Constitucional emitió una sentencia que interpretó el texto constitucional previo a la reforma de 2010 denegando la nacionalidad dominicana a personas nacidas en el territorio del país, hijos de padres en situación migratoria irregular, aún a pesar de que a muchos de ellos el Estado ya los había reconocido como dominicanos y les había otorgado la documentación pertinente<sup>45</sup>.

Poco después, el Congreso Nacional aprobó una “Ley de Naturalización”<sup>46</sup> dirigida regularizar la situación de las personas afectadas por ese fallo, siempre que hubieran nacido entre 1929 y 2007. Esta ley dividió al colectivo de afectados por el fallo en dos grupos: aquellos que habían sido inscritos en el Registro Civil y se

les había reconocido la nacionalidad dominicana y aquellos que no habían llegado a ser inscritos. Al primer grupo se les restituyó la nacionalidad, previa “validación” de sus actas de nacimiento. Respecto del segundo grupo, en cambio, se dispuso su inscripción en el libro de registro de nacimientos de extranjeros, permitiéndoles regularizar su situación migratoria y, luego de dos años, optar por el procedimiento común de naturalización, de aplicación a cualquier persona migrante.

En este sentido, el Comité manifestó su profunda preocupación por la sentencia del Tribunal Constitucional de 2013 y por la baja tasa de aplicación de la Ley de Naturalización, así como por el hecho de que “el proceso de naturalización no se ajuste plenamente a la Convención”<sup>47</sup>. De igual manera, la Corte IDH calificó como incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la mencionada sentencia y a algunos artículos de la Ley de Naturalización<sup>48</sup>.

Finalmente, corresponde señalar que tanto en la Constitución como en el CNNA el derecho a la identidad tiene un reconocimiento limitado<sup>49</sup>, que lo equipara simplemente a la inscripción del nacimiento, a gozar de un nombre y documentos acordes, a la nacionalidad y a conocer la identidad de sus padres. Si bien no existe duda acerca de que todos ellos son elementos de la identidad –previstos en los artículos 7 y 8 de la Convención–, una definición tan estrecha deja por fuera otros elementos valiosos, como la identidad cultural y la identidad de género, que tienen soporte en otros artículos de la Convención –como los arts. 2, 20<sup>50</sup> y 30<sup>51</sup>– y pueden ponderarse a luz del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos.

En este sentido, la legislación dominicana no contiene normas dirigidas a preservar la identidad cultural de los NNyA que pertenecen





a pueblos indígenas ni a permitir la adecuación del nombre y los documentos a la autopercepción de género. Debe recordarse que la Corte IDH ha afirmado que el derecho a la identidad de género ampara “a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida” y que “debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación”<sup>52</sup>.

## • El derecho a la familia

Dentro del capítulo de derechos fundamentales de los NNyA, el CNNA incluye el derecho “a mantener relaciones personales y contacto directo con el padre y la madre, aun cuando exista separación entre éstos”<sup>53</sup>. También es interesante que se prevé expresamente el derecho de los NNyA mantener relaciones con sus abuelos<sup>54</sup>, algo que no es habitual en los códigos de la región.

El derecho a la familia es regulado con más detalle y especificidad en el Libro Segundo del Código, precisamente titulado “Derecho de Familia”. Allí preliminarmente se consagra el derecho de los NNyA a “vivir, ser criados y desarrollarse en el seno de su familia de origen” agregando que “excepcionalmente, en los casos en que ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en una familia sustituta...”<sup>55</sup>.

Adecuadamente, se establece que “la separación de un niño, niña o adolescente de su familia sólo podrá ser el resultado de una decisión judicial y únicamente en los casos previstos por este Código, siempre que se compruebe que el hogar familiar no garantiza un ambiente adecuado a su interés superior, que permita el desarrollo del niño, niña o adolescente”, aclarándose que la falta de recursos económicos nunca puede ser el fundamento<sup>56</sup>.

El Código regula los supuestos de suspensión y terminación de la autoridad parental. Los casos de suspensión son excesivamente genéricos -pues

aluden simplemente al incumplimiento de deberes o vulneración de derechos<sup>57</sup>- y dejan un margen muy amplio a la discrecionalidad judicial, pero tienen cierta mitigación a través de las facultades de intervención en el proceso que se reconocen a todos los interesados, incluyendo el derecho de los NNyA a ser oídos, en el marco de un proceso contradictorio<sup>58</sup>.

En cambio, no puede admitirse que se prevé la suspensión de la autoridad parental en caso de “interdicción civil o judicial”, sin más requisitos. Aplicar medidas de este tipo respecto de padres o madres con discapacidad, únicamente con ese fundamento, además de vulnerar los derechos de los NNyA previstos en la CDN, implican también una violación abierta de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>59</sup>.

A su vez, el incumplimiento de las obligaciones fijadas en el proceso de suspensión de la autoridad parental puede implicar su finalización. A ello se agregan otras causales, adecuadamente limitadas en la ley, circunscriptas a la comisión de delitos contra el hijo o hija o el otro cónyuge, o delitos realizados con intervención de NNoA, o por infracciones previstas en la ley sobre violencia familiar<sup>60</sup>.

Cuando la pérdida de la autoridad parental se produce respecto de ambos padres, puede ser asumida por ascendientes, hermanos y hermanas mayores de edad, tíos/as, y excepcionalmente, por el Estado o bien los NNoA pueden ser sujetos de guarda o adopción<sup>61</sup>, preferentemente dentro de la familia ampliada<sup>62</sup>.

La adopción es regulada dentro de este mismo Código. El procedimiento inicialmente está a cargo de la autoridad administrativa (CONANI) y luego se homologa en sede judicial. Si bien el énfasis en la vía administrativa puede ser una manera razonable de garantizar que el proceso adoptivo sea diligente y esté a cargo de profesionales especializados, debe recordarse que “de conformidad con la Convención, toda adopción requiere una investigación minuciosa, con informes pormenorizados, realizados por profesionales independientes, y cuyos destinatarios serán las autoridades competentes”<sup>63</sup>, y que la revisión judicial no puede limitarse a una mera homologación.

Esto es especialmente preocupante en el caso de las adopciones que son consentidas por los padres biológicos, dado que basta con que presten su conformidad ante un notario<sup>64</sup>. Al no preverse más requisitos –como una explicación clara sobre las consecuencias del acto o la provisión de información sobre alternativas a la adopción- ni una verificación posterior independiente sobre esa conformidad, la



legislación dominicana se aparta del artículo 21 de la Convención, que reclama que “las personas interesadas hayan dado *con conocimiento de causa* su consentimiento a la adopción *sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario*” (destacado propio).

Es que si bien el CNNA prevé que la instancia judicial se torne contradictoria en caso que alguno de los involucrados –típicamente los padres biológicos- manifieste su oposición, debe tomarse en cuenta que en escenarios de adopciones ilegales aquellos “son los que menos probabilidades tienen de presentar una denuncia, ya que muchos de ellos temen las consecuencias o carecen

de los conocimientos apropiados y de acceso a vías de recurso”<sup>65</sup>.

En relación al consentimiento de los NNyA, el CNNA solo lo exige para los mayores de 12 años, pero todos deberán ser escuchados teniendo en cuenta su edad y madurez<sup>66</sup>. En caso de que los adoptantes tuvieran hijos mayores de 12 años, también se requiere que expresen su opinión<sup>67</sup>.

El CNNA prevé el derecho de los NNyA a “conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar”<sup>68</sup>. Sin embargo, se aclara que aclara que “El padre y la madre adoptivos determinarán el momento oportuno para comunicarle dicha información”<sup>69</sup> y que no pueden acceder a los documentos y expedientes relacionados con la adopción mientras no alcancen la mayoría de edad. Además, esos expedientes solo se conservan por 30 años. De esta manera, considerando que usualmente las adopciones se producen en los primeros años de vida de los niños, en los hechos, el plazo para que accedan a la información sobre su origen es mucho más reducido.

Estas limitaciones no son compatibles con la Convención, que en su artículo 7 afirma el derecho de los NNyA “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres”<sup>70</sup>. La expresión “en la medida de lo posible” no implica que los Estados puedan limitar este derecho por medio de sus leyes internas, sino que se refiere a las posibilidades materiales de concretar esa identificación<sup>71</sup>. La legislación dominicana, en cambio, impide que las personas adoptadas accedan a esa información, aún a pesar de que esté disponible, y fija un límite temporal no previsto en la Convención.

El régimen de la adopción internacional tampoco se adecua a la Convención. A pesar de que el CNNA establece que “ Toda adopción internacional (...) estará regida por





las disposiciones de este Código, la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de la Haya sobre Adopción<sup>72</sup>, el problema precisamente radica en la falta de adaptación del CNNA a esos tratados internacionales. El Código y las demás normas aplicables deben instrumentar con precisión los principios y obligaciones que allí se fijan<sup>73</sup>. En el caso de República Dominicana, esta omisión es notoria, al punto que no se reconoce el carácter subsidiario o de último recurso de la adopción internacional. En esa línea, el Comité manifestó su preocupación porque aún no se modificaban “las disposiciones de la Ley 163-03 relativas a las adopciones internacionales a fin de que se ajusten a las normas internacionales”<sup>74</sup>.

Otra medida de protección relacionadas con el derecho a la familia prevista en el CNNA es la colocación en familia sustituta. Esta es definida como una medida excepcional, en la que debe priorizarse al grupo familiar o comunidad donde vive el NNyA<sup>75</sup>. Se advierte sin embargo que se ha omitido prever un plazo máximo para su duración, fijar su carácter preferente con respecto a la institucionalización o recomendar mantener la unidad de los hermanos.

## • El derecho a la protección contra toda forma de violencia

El Código afirma el derecho de los NNyA a la integridad personal, incluyendo la inviolabilidad de su integridad física, psíquica, moral y sexual<sup>76</sup>. Además, impone a todas las personas el deber de denunciar cualquier situación de abuso o violación de derechos de NNyA de la que tomaren conocimiento, bajo una pena económica ante el incumplimiento<sup>77</sup>.

En cuanto a los castigos corporales, el Código tiene una prohibición expresa para su imposición en el ámbito escolar<sup>78</sup> y durante la ejecución de las sanciones previstas en el sistema de responsabilidad penal adolescente<sup>79</sup>. Sin embargo, no existe una prohibición clara de la imposición de castigos corporales en todos los ámbitos, incluyendo el familiar y los centros alternativos de cuidado<sup>80</sup>.

Esto es especialmente preocupante, en tanto el resto del marco normativo tampoco ofrece claridad en este tema. De hecho, el Código Civil faculta a los padres a solicitar ante un juez la detención de sus hijos, como medida de corrección<sup>81</sup>. Aunque estos artículos del Código Civil pueden considerarse tácitamente derogados por las disposiciones del CNNA que

garantizan el derecho a la libertad personal, y en la práctica no se aplican, es inadmisibles que aún no se hayan retirado de su texto.

De todos modos, es justo decir que el CNNA establece una sanción penal para cualquier persona que realice abuso físico o psicológico sobre NNyA<sup>82</sup>, incluyendo a sus padres o responsables, supuesto en el cual también se impone la realización de un tratamiento psiquiátrico<sup>83</sup>.

Por otro lado, desde 1997 República Dominicana cuenta con una ley sobre violencia intrafamiliar<sup>84</sup>, por medio de la cual se realizaron modificaciones al Código Penal y al Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes<sup>85</sup> vigente en ese entonces. Esta ley define a la violencia intrafamiliar de manera amplia, comprendiendo aquella que se ejerce sobre NNyA<sup>86</sup> y fija una agravante para los delitos de lesiones graves u homicidio “cuando la violencia se ejerciere en presencia de niños, niñas y adolescentes”<sup>87</sup>. De todos modos, esta ley no contiene mayores previsiones que la sanción penal y “órdenes de protección” que se toman en el marco del proceso penal, como el desalojo del agresor del hogar o la prohibición de acercamiento. Sorprendentemente, entre estas medidas de protección se incluye la “prohibición a la víctima de trasladar u ocultar los hijos comunes”<sup>88</sup>.

Este marco normativo se completa con la ley nro. 88/03, mediante la cual se instituyen casas de acogida o refugios para albergar, de manera temporal, a las mujeres, niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia intrafamiliar o doméstica.

En el mismo sentido, la sociedad civil ha informado sobre el “alcance limitado de las medidas adoptadas por el Estado dominicano para proteger la identidad y privacidad de los [NNyA] víctimas o testigos de delitos cometidos en su contra”. En especial se enfatizó que el uso de la Cámara de Gessel es limitado y no existe en la mayoría de las regiones del país, lo que “podría aumentar los riesgos de daños psicológicos para niños, niñas y adolescentes llamados a declarar en frente de sus agresores o someterse a más de una entrevista sobre delitos y agresiones de las que han sido víctimas y testigos, con lo que las posibilidades de poli-victimización aumenta”<sup>89</sup>.

En definitiva, el marco normativo de protección contra la violencia es notoriamente insuficiente. Por ello, en sus últimas Observaciones Finales el Comité mostró su preocupación por “la falta de una ley integral que aborde todas las formas de violencia contra los niños”<sup>90</sup> y recomendó que se “apruebe una ley integral que aborde todas las formas de violencia, prohíba de

manera explícita el castigo corporal en todos los entornos, y prevea medidas de concienciación acerca de formas de educación positivas, no violentas y participativas”<sup>91</sup>.

- **El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata**

Además de los artículos citados en el apartado anterior, en relación a la violencia sexual el CNNA agrega un artículo que prohíbe “la comercialización, la prostitución y la utilización en pornografía de niños, niñas y adolescentes”<sup>92</sup> y define el abuso sexual, respecto del cual prevé una pena muy baja, equivalente a la prevista para el abuso físico y psicológico<sup>93</sup>. En la legislación dominicana, esta figura se diferencia de la “agresión sexual”, la que se define como “toda acción sexual cometida con violencia, constreñimiento, amenaza, sorpresa, engaño”<sup>94</sup>. Por ello, se entiende que la figura de abuso sexual –que no está definido con precisión en la ley– absorbe las prácticas sexuales que son realizadas sin que medie violencia o los demás medios previstos en la agresión.

En definitiva, del CNNA se deriva que los NNoA no pueden consentir válidamente relaciones sexuales con adultos o personas que los superen en 5 años de edad –caso que aplicaría para las relaciones entre niños y adolescentes-. De esta manera, no hay una edad mínima determinada *a priori* para consentir relaciones sexuales, sino que ésta depende de la edad de la otra persona que interviene en el acto sexual. Este método fue cuestionado por el Comité en sus últimas Observaciones Finales, en la medida en que no se dispone una

edad mínima de libre consentimiento para mantener relaciones sexuales”<sup>95</sup>.

El Código Penal además fija penas agravadas para el delito de agresión sexual cometido contra NNyA y, de manera independiente, para las agresiones sexuales cometidas contra NNyA por sus parientes (bajo la figura del incesto<sup>96</sup>), que se sancionan con la máxima reclusión.

La trata de personas es materia de una ley específica<sup>97</sup>, donde no se ha recogido el estándar del Protocolo de Palermo para incriminar las conductas cometidas en perjuicio de los NNyA. Mientras en este instrumento se establece con claridad que no debe requerirse ningún medio comisivo cuando las víctimas son NNyA<sup>98</sup>, en la ley dominicana se exige que haya mediado amenazas, engaño o abuso de poder, entre otros, para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación<sup>99</sup>. De idéntico modo, la ley dominicana tampoco contiene ninguna disposición que establezca con claridad la irrelevancia del consentimiento de la víctima.

En definitiva, esta ley presta escasa atención a los NNyA. Apenas se prevé agravar la pena de los delitos cometidos en su perjuicio y se proclama que serán objeto de protección teniendo en cuenta su edad<sup>100</sup>.

Otra ley especial tipifica los “delitos de alta tecnología”, entre los que se incluye el de “atentado sexual” contra NNyA “mediante la utilización de un sistema de información”<sup>101</sup>. Este tipo es excesivamente abierto, lo que puede dificultar su aplicación y dejar impunes prácticas como el grooming, donde lo que se debe penalizar es un contacto con preparatorio. Esta ley además tipifica los delitos relacionados a las imágenes de abuso sexual infantil, incluyendo la posesión, aunque solo si se realiza a través de un sistema informático<sup>102</sup>.



Al respecto, cabe destacar que el país recientemente adoptó un “Protocolo de Investigación de casos de Explotación Sexual en línea de niños, niñas y adolescentes”<sup>103</sup>.

Un párrafo aparte merece la regulación de la edad para contraer matrimonio. La regla general es que los hombres pueden casarse desde los 18 y las mujeres desde los 15 años de edad, debiendo contar con el consentimiento de sus padres hasta los 25 y 21 años respectivamente. En cualquier caso, un juez puede autorizar el matrimonio por debajo de esas edades mínimas, por lo que en rigor no existe una edad mínima absoluta para contraer matrimonio<sup>104</sup>.

Esta regulación viola claramente tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Por un lado, fijar distintas edades según el género constituye una violación de la prohibición de discriminación<sup>105</sup>. Por otro lado, el matrimonio no debe ser admisible antes de los 18 años, sin excepciones<sup>106</sup>.

En relación con esta cuestión, cabe destacar que en la Ley sobre Violencia Intrafamiliar se introdujo el delito de “seducción”, que penaliza a quien “extrajere de la casa paterna o de sus mayores, tutores o cuidadores a una joven menor de dieciocho años” -sin que mediare engaño, violencia o intimidación- y a quien “sin ejercer violencia hubiere hecho grávida a una joven menor de dieciocho años”<sup>107</sup>, excepto que estas personas contraigan matrimonio<sup>108</sup>. Además, esta ley penaliza expresamente por estas conductas a los adolescentes de género masculino<sup>109</sup>. Al respecto, debe recordarse que el Comité ha dicho que “Los Estados deben evitar que se criminalice a los adolescentes de edades similares por mantener relaciones sexuales objetivamente consensuadas y sin fines de explotación”<sup>110</sup>.

- **El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil**

Además de las cláusulas constitucionales, rigen en este campo un capítulo del CNNA –titulado precisamente “derecho a la protección laboral”- y el Código del Trabajo. A pesar de que el CNNA remite expresamente a los convenios 138 y 182 de la OIT<sup>111</sup>, este marco normativo no está totalmente alineado con esos

convenios ni con los principios que emanan de la Convención.

Por empezar, la edad mínima de admisión al empleo es de 14 años<sup>112</sup>. Como reiteradamente se ha señalado, el Convenio 138 indica que esta “no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años”. Por ello, la edad de finalización de la educación obligatoria debe ser tomada como un piso y no como un techo: no debe admitirse el empleo por debajo de los 15 años, aún si la educación obligatoria finaliza antes –como es el caso de la República Dominicana, donde de acuerdo a la Ley General de Educación concluye a los 14 años<sup>113</sup>–.

En segundo lugar, ni en el CNNA ni en el Código de Trabajo se establece una correcta prohibición del trabajo nocturno. Apenas se prohíbe el trabajo nocturno de los menores de 16 años, exceptuándose de esta prohibición a aquellos que trabajen en empresas familiares<sup>114</sup>, en clara contraposición con el Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (no industriales), que no admite excepciones por debajo de los 18 años<sup>115</sup>.

Del mismo modo, la limitación de la jornada de trabajo<sup>116</sup> y la prohibición del trabajo peligroso solo amparan a los menores de 16 años<sup>117</sup>.

En cuanto al trabajo doméstico, el CNNA apenas se limita proclamar la igualdad de derechos para quienes realizan ese tipo de actividad<sup>118</sup>. De este modo, la legislación de República Dominicana no se encuentra en armonía con el “Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos” de la OIT -que el país ratificó en 2015- en tanto allí se dispone que todo Estado miembro “deberá adoptar medidas para asegurar que el trabajo efectuado por los trabajadores domésticos menores de 18 años pero mayores de la edad mínima para el empleo no los prive de la escolaridad obligatoria, ni comprometa sus oportunidades para acceder a la enseñanza superior o a una formación profesional”<sup>119</sup>.

En este sentido, el CNNA solo establece, de modo general, que “el empleador que emplee menores está obligado a concederles las facilidades adecuadas y compatibles con las necesidades del trabajador para que éste pueda cumplir con sus programas escolares y asistir a escuelas de capacitación profesional”<sup>120</sup>. Esto parece más una fórmula de compromiso que un derecho reconocido a los NNyA. Otros países prevén un mínimo de días libres por razones de estudio o examen, el otorgamiento de vacaciones durante el receso escolar o incluso jornadas laborales más reducidas.



Por todo esto, en sus últimas Observaciones Finales, el Comité CDN se mostró preocupado por el hecho de que “la edad mínima de admisión al empleo sea de 14 años, lo cual contraviene las normas internacionales” y porque “no se hayan adoptado las medidas necesarias para hacer frente al trabajo doméstico infantil”<sup>121</sup>.

### • El derecho a la educación

Además de las disposiciones constitucionales, el derecho a la educación de los NNyA es materia un capítulo del CNNA y en la Ley General de Educación<sup>122</sup> (LGE). En buena medida, los principales problemas del marco normativo referido al derecho a la educación se vinculan con la desactualización de la LGE en relación a la nueva Constitución y a la Ley de “Estrategia Nacional de Desarrollo”<sup>123</sup>, que traza los objetivos en este campo con alcance mucho más amplio y moderno sobre la educación que el previsto en la LGE.

El CNNA afirma el derecho a la educación de calidad, con carácter gratuito y obligatorio en el nivel básico<sup>124</sup>. Algunos artículos indican derechos y medidas para garantizar la continuidad educativa, como la prohibición de excluir a los NNyA de la escuela alegando razones como “la ausencia de los padres, representantes o responsables, la carencia de documentos de identidad o recursos económicos o cualquier otra causa que vulnere sus derechos”<sup>125</sup> o el deber de los directores de los centros educativos de comunicarse con el CONANI ante dos ausencias consecutivas o la deserción del centro educativo por parte de un/a estudiante<sup>126</sup>.

El Código también aborda la disciplina escolar, fijando como principio general que “debe ser administrada

conforme los derechos, garantías y deberes de los niños, niñas y adolescentes”<sup>127</sup>. En este sentido, se establece expresamente el derecho de los NNyA a ser informados de los reglamentos disciplinarios vigentes, a ser oídos y a defenderse con anterioridad a la imposición de una sanción y a impugnarla ante una autoridad superior e imparcial una vez impuesta<sup>128</sup>. En cualquier caso, se destaca que, en cumplimiento de estas disposiciones del Código, CONANI y el Ministerio de Educación -con el apoyo de UNICEF- elaboraron las “Normas del Sistema Educativo para la Convivencia Armoniosa en los centros educativos públicos y privados”, que modifican el enfoque punitivo por uno restaurativo y prohíben taxativamente la expulsión escolar y cualquier tipo de discriminación<sup>129</sup>.

Como ya se apuntó, el CNNA prohíbe expresamente la imposición de sanciones corporales. A ello se agrega la prohibición de sanciones económicas o colectivas, o por causa embarazo, o falta de pago por cuotas o servicios -lo que aplica tanto a centros educativos públicos como privados-. En este último caso, se establece que “si se viera en la necesidad de suspender la prestación del servicio, sólo podrá hacerlo al final del período escolar correspondiente, garantizando que no sea interrumpida la educación de los sujetos o que éstos sean sometidos a cualquier forma de discriminación por este motivo”<sup>130</sup>.

Por su parte, la Ley General de Educación (LGE) extiende la gratuidad a los niveles inicial y medio<sup>131</sup>, pero la obligatoriedad apenas se amplía al último año del nivel inicial<sup>132</sup>. De este modo, de acuerdo a la LGE, la educación obligatoria concluye a los 14 años<sup>133</sup>. Sin embargo, como se indicó en el primer apartado, la reforma constitucional de 2010 llevó la obligatoriedad a los niveles inicial y medio. A su vez, la Ley de “Estrategia

*Cabe destacar que en 2017 el Ministerio de Educación elaboró un “Plan Nacional para la Educación Inclusiva”, que cambia el paradigma en este campo. Sin embargo, la LGE aún no se ha adecuado al enfoque de la educación inclusiva.*



Nacional de Desarrollo”<sup>134</sup> organiza los objetivos de la educación en función del nuevo mandato constitucional. En definitiva, la LGE debe armonizarse con el propio texto vigente de la Constitución de República Dominicana.

Es imprescindible remarcar que, aunque en la Convención el carácter obligatorio solo se prevé para el nivel básico y el alcance de las obligaciones sobre la enseñanza secundaria es menos tajante, ello responde al hecho de que “la enseñanza secundaria obligatoria y gratuita para todos no está al alcance de los recursos de muchos países”<sup>135</sup>. Por ello, la obligatoriedad debe ser armónica con la gratuidad. Toda vez que la LGE extiende la gratuidad al nivel medio –lo que indicaría que el Estado cuenta con los recursos económicos necesarios-, no existen motivos para que este nivel no sea obligatorio.

En cuanto a los principios y fines de la educación, la LGE afirma que “[l]a educación dominicana se fundamenta en los valores cristianos, éticos, estéticos, comunitarios, patrióticos, participativos y democráticos en la perspectiva de armonizar las necesidades colectivas con las individuales”<sup>136</sup>. Esta referencia a los “valores cristianos” cobra sentido con un capítulo dedicado a “la enseñanza moral y religiosa”, en el que se indica que “los padres o los tutores tienen el derecho de que sus hijos o pupilos reciban la educación moral y religiosa que este? de acuerdo con sus propias convicciones”<sup>137</sup> y se indica que esta se impartirá en las instituciones públicas, debiendo elaborarse programas “que se aplicarán a los alumnos cuyos padres, o quienes hacen sus veces, no pidan por escrito que sean exentos”<sup>138</sup>.

Estos artículos presentan problemas de distinto orden. En primer lugar, la referencia a los valores cristianos, como un fundamento de la educación, colisiona con la prohibición de discriminación por razones religiosas y con el derecho a profesar la propia religión, previstos en los artículos 2 y 14 de la Convención. En segundo lugar, aunque en la LGE se alude a que la educación religiosa esté de acuerdo con las convicciones de los padres –sin referirse en particular a la religión cristiana-, esto también difiere con el enfoque de la Convención, donde este derecho ampara claramente a los NNyA y no a sus padres. La diferencia no es sutil ni menor. La Convención reclama que sean los NNyA, de acuerdo a su desarrollo progresivo, quienes decidan si desean profesar una religión y ser educados en ella. Esto implica que se escuchen sus opiniones y se contemple la posibilidad de apartarse del deseo de sus padres<sup>139</sup>.

En tercer lugar, la LGE pareciera habilitar que la educación religiosa se lleve a cabo dentro del programa curricular normal, en el horario ordinario de clases, y exige que los padres indiquen por escrito si no quieren que sus hijos participen de esos cursos. En consecuencia, los NNyA cuyos padres requieren que no asistan a estas clases podrían ser separados del curso en función de su religión. Esto puede implicar una práctica discriminatoria indirecta<sup>140</sup> y desalentar a los NNyA de religiones diversas a las dominantes a expresar sus preferencias. Además, debe recordarse que, de conformidad con el derecho internacional, la libertad de religión implica también que las personas no deben ser constreñidas por el Estado a manifestar cuál es su preferencia religiosa -o el hecho de no tener ninguna-<sup>141</sup>.

Otro problema de adecuación con el derecho internacional de los derechos humanos se presenta con la educación de los NNyA con discapacidad. La LGE establece que “Los estudiantes tienen derecho a recibir una educación apropiada y gratuita, incluyendo a los superdotados, a los afectados físicos y a los alumnos con problemas de aprendizaje, los cuales deberán recibir una educación especial”<sup>142</sup>. Debe tenerse presente que el concepto de educación especial no es compatible con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en particular con su artículo 24, tal como minuciosamente lo ha interpretado su Comité de aplicación<sup>143</sup>.

En este sentido, en sus últimas Observaciones Finales, el Comité de los Derechos del Niño expresó su preocupación por “los informes según los cuales en 2013 sólo el 52% de las escuelas admitían a alumnos con discapacidad, de las cuales alrededor del 60% no contaba con personal especializado o recursos para impartir educación inclusiva”<sup>144</sup>, por lo que recomendó al Estado que “se asegure de que se concede prioridad a la educación inclusiva respecto a la educación en instituciones especializadas”<sup>145</sup>.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que en 2017 el Ministerio de Educación elaboró un “Plan Nacional para la Educación Inclusiva”, que cambia el paradigma en este campo. Sin embargo, la LGE aún no se ha adecuado al enfoque de la educación inclusiva.

En cuanto a la participación de los NNyA en la gestión educativa, la LGE establece que el Consejo Nacional de Educación debe implementar instancias de participación para los alumnos. A su vez, cada centro educativo debe tener un Consejo Estudiantil<sup>146</sup> y, con carácter consultivo, asambleas de alumnos, de profesores y de padres<sup>147</sup>.

## • El derecho a la salud

El capítulo del CNNA dedicado a este tema aborda centralmente tres cuestiones: las obligaciones del Estado, el derecho a la información y la protección de la maternidad y la planificación familiar.

En primer lugar, se afirma el derecho de todos los NNyA “desde su nacimiento, a gozar del nivel más alto posible de salud física y mental”<sup>148</sup>. A su vez, se establece que “El Estado, mediante la implementación de políticas públicas efectivas, garantizara? a todos los niños, niñas y adolescentes, desde su nacimiento hasta los dieciocho años cumplidos, acceso universal e igualitario a planes, programas y servicios de prevención, promoción, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud” y que “debe asegurarles posibilidades de acceso a servicios médicos y odontológicos periódicos, gratuitos y de la más alta calidad”<sup>149</sup>. Se agrega que “En ningún caso podrá negarse la atención de la salud a los niños, niñas y adolescentes, alegando razones como la ausencia de los padres, representantes o responsables, la carencia de documentos de identidad o recursos económicos y cualquier otra causa que vulnere sus derechos”<sup>150</sup>.

En cuanto al derecho a la información en materia de salud, se afirma el derecho de todos los NNyA a ser “informados y educados sobre los principios básicos de prevención en materia de salud, nutrición, estimulación temprana, desarrollo físico, salud sexual y reproductiva, higiene, saneamiento ambiental y accidentes” y se agrega que “tanto ellos como sus familiares inmediatos, tienen el derecho a ser informados, de forma veraz y oportuna, sobre su estado de salud, de acuerdo a su etapa y nivel de desarrollo”<sup>151</sup>. Sin embargo, no hay ninguna previsión en relación a la confidencialidad de las

consultas médicas, en especial frente a los padres o representantes legales.

Sobre la protección de la maternidad, se establece que el Estado “garantizarán su atención a través de servicios y programas gratuitos, de la más alta calidad, durante el embarazo, el parto y la fase post-natal, sean estos locales (...)”<sup>152</sup>. A su vez, se afirma que “[e]l Estado asegurará programas de atención dirigidos específicamente a la orientación y protección del vínculo materno-filial de todas las niñas y adolescentes embarazadas o madres”<sup>153</sup>. A ello se agrega un artículo que dispone fortalecer “los programas de atención dirigidos a hombres y mujeres en la edad de procreación, a fin de que tomen conciencia de la planificación familiar y de la responsabilidad materna y paterna mediante campañas de educación y divulgación”<sup>154</sup>.

Por otro lado, la Ley General de Salud<sup>155</sup> (LGS), ubica a los niños y niñas de hasta catorce años entre los grupos prioritarios y establece cuáles son los deberes del Estado en relación con ellos/as<sup>156</sup>. Además, esta ley regula el consentimiento para los tratamientos médicos, sin reconocer ningún derecho en este terreno a los NNyA, que son desplazados por sus familiares directos<sup>157</sup>.

Como se ha señalado al revisar la legislación similar de otros países de la región<sup>158</sup>, la cuestión referida a la delimitación de la madurez de los NNyA para brindar el consentimiento para un tratamiento médico es siempre un asunto problemático, pero debe guiarse por los principios de autonomía progresiva y del interés superior del niño, que reclaman que al menos se tenga en cuenta la opinión de los NNyA<sup>159</sup>. Al respecto, recientemente el Comité ha señalado sin ambages que “Las intervenciones y los tratamientos médicos deben contar con el consentimiento voluntario e informado del adolescente, con independencia



de que se exija o no también el de un progenitor o representante legal”<sup>160</sup>.

La cuestión referida al derecho a ser escuchados y al acceso a la información en relación a la salud, en cambio, es mucho menos compleja. Bajo el paradigma de la Convención, el derecho de los NNyA a ser oídos y a recibir asesoramiento sin el consentimiento de sus padres no tiene relación con la edad en que puede autónomamente decidir sobre un tratamiento médico y no debe tener un límite de edad<sup>161</sup>. Así, se ha remarcado que es un derecho fundamental “cuando sus opiniones y/o intereses difieren de los de sus padres, o incluso se oponen a ellos: por ejemplo, en casos de malos tratos o descuido por parte de los padres u otros miembros de la familia”<sup>162</sup>. En su Observación General n° 15, el Comité indica con toda claridad que “De conformidad con la evolución de sus capacidades, los niños deben tener acceso a terapia y asesoramiento confidenciales, sin necesidad del consentimiento de sus padres o su custodio legal cuando los profesionales que examinen el caso determinen que ello redunde en el interés superior del niño”<sup>163</sup>. Por ello, es fundamental que las previsiones del CNNA que permiten a los NNyA acceder a información médica, aún sin sus padres, se fortalezcan reconociendo el carácter confidencial de estas consultas.

Esta cuestión solo tiene un abordaje parcialmente distinto en relación a la salud sexual y reproductiva, algunos de cuyos aspectos son abordados por la “Ley 135-11 sobre VIH SIDA”. Esta ley restringe la realización de la prueba voluntaria de VIH a los menores de 15 años si no tienen el consentimiento por escrito de sus padres, mientras que quienes tienen 16 años -o más- pueden solicitarlas de manera autónoma<sup>164</sup>. Asimismo, esta ley establece que la educación sexual integral sea incluida en todos los centros educativos desde el nivel inicial al superior, tanto públicos como privados<sup>165</sup>.

En relación con la salud sexual y reproductiva, corresponde señalar que el aborto está penalizado, sin excepciones<sup>166</sup>. Al respecto, el Comité señaló su preocupación por “la alta prevalencia de embarazos en niñas de tan solo 10 años de edad y la información de que, en 2010, el 33,2% de las niñas de entre 15 y 19 años que vivían en la pobreza habían estado embarazadas al menos una vez”, así como por “los informes que indican que muchas de las muertes maternas son de niñas adolescentes, el hecho de que las niñas embarazadas recurran a abortos peligrosos porque el aborto está tipificado como delito [y] los informes según los cuales el Programa de Educación

Afectivo Sexual todavía no se ha puesto en práctica en las escuelas y los adolescentes no tienen acceso a métodos anticonceptivos”<sup>167</sup>. En consecuencia, recomendó al Estado, entre otras cosas, que “agilice la aprobación de la propuesta para despenalizar el aborto y asegurar el acceso al aborto seguro y a servicios de atención después del aborto, independientemente de que este sea o no una práctica legal”<sup>168</sup>.

Por último, en relación al derecho a la seguridad social, debe destacarse que lamentablemente los niños, niñas y adolescentes huérfanos o que no tengan a uno de los padres afiliado a la seguridad social están excluidos de cualquier seguro de salud público o privado<sup>169</sup>.

## • El sistema de responsabilidad penal adolescente

El marco normativo sobre el sistema de responsabilidad penal adolescente es regulado dentro del libro tercero del CNNA –titulado “La jurisdicción de niños, niñas y adolescentes”. En líneas generales, este sistema se ajusta a los lineamientos que fijó el Comité en su Observación General sobre “Los derechos del niño en la justicia de menores”<sup>170</sup>, aunque la edad mínima de responsabilidad penal –establecida en 13 años- es excesivamente baja. Al respecto, el Comité ha señalado que “La fijación de la mayoría de edad penal a un nivel más alto, por ejemplo 14 o 16 años, contribuye a que el sistema de la justicia de menores, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías legales”<sup>171</sup>.

Las demás notas distintivas del sistema de responsabilidad penal adolescente son:

- Se organiza bajo el principio de especialización, el marco de un proceso adversarial, con amplias garantías para los adolescentes sometidos a proceso.
- Se diferencia en dos grupos etarios: los que tienen entre 13 y 15 años y los que tienen entre 16 años cumplidos y 18. Los menores de 13 años no pueden ser sancionados ni privados de su libertad.
- Como salidas alternativas del proceso, se prevén el principio de oportunidad, la conciliación y la suspensión condicional del procedimiento.



- Las medidas cautelares no pueden extenderse por más de tres meses, excepto la privación de la libertad en un centro especializado que no puede superar los dos meses. Además, solo proceden ante riesgos procesales.
- Se prevén sanciones socio-educativas, órdenes de orientación y supervisión y sanciones privativas de la libertad (prisión domiciliaria, semi-libertad o prisión en centro especializado). Estas últimas son definidas como excepcionales.
- La privación de la libertad en un centro especializado solo procede frente a ciertos delitos graves y ante aquellos que tengan una pena mayor a 5 años de prisión en el Código Penal<sup>172</sup>. Este último supuesto es cuestionable, dado que remite a la legislación común, en contradicción con el principio de especialización, y provoca que una mayor cantidad de delitos sean sancionados con penas privativas de la libertad, desdibujando su carácter excepcional.
- Esta medida tiene un máximo de 3 años para los adolescentes menores de 15 años al momento del hecho y un máximo de 5 años para los mayores de esa edad.
- La etapa de ejecución también está alcanzada por las garantías procesales y se encuentra expresamente prohibida la imposición de castigos corporales y la incomunicación. Sin embargo, no está prohibido el aislamiento<sup>173</sup>. Como se ha dicho sobre otros países con regulaciones similares, si el régimen de aislamiento en adultos resulta severamente cuestionable desde el derecho

internacional de los derechos humanos, no existen dudas de que es intolerable su aplicación a NNyA, pues se encuentra expresamente prohibido en las “Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad”<sup>174</sup>, que deben ser integradas en la interpretación del art. 37 de la Convención sobre Derechos del Niño.



© UNICEF República Dominicana/2007-567/G. Bell

### 3. Recomendaciones

La legislación de República Dominicana puede ser reformada para lograr una mejor adecuación a la Convención sobre todos los aspectos relevados. En algunos casos las reformas son imprescindibles, pues existen incompatibilidades claras con la Convención.

El principio de interés superior, a pesar de que tiene reconocimiento expreso en la Constitución, puede ser definido con más precisión. En este sentido, es recomendable reforzar su carácter de derecho sustantivo de los NNyA, enfatizando que debe aplicarse a todas las decisiones que puedan afectarlos, tanto en el ámbito público como privado y de manera individual o colectiva. Del mismo modo, es conveniente remarcar que no se puede invocar para limitar derechos, para reducir su deformación en la práctica, como es común en el derecho comparado.

Varios aspectos relacionados al derecho a la identidad deben revisarse. En primer lugar, respecto del registro de nacimientos, es recomendable combinar plazos breves de inscripción con procedimientos de oficio, especialmente a instancia de las autoridades de los establecimientos de salud. Esto puede hacerse convirtiendo en imperativo aquello que el CNNA define como una facultad de los directores de hospitales y los profesionales que intervienen en los partos<sup>175</sup>.

En segundo lugar, el sistema de registro de nacimiento de los “hijos de extranjeros” debe ser revisado de manera integral. Es necesario que la ley establezca claramente que el Estado no puede deportar o sancionar a los padres a raíz de la inscripción del nacimiento de sus hijos. Al inscribirse de manera

diferenciada a los hijos de quienes residen de manera irregular en el país, es lógico que los padres tengan temor de realizar la inscripción y no la lleven a cabo. Esta circunstancia, junto con las dificultades para acceder a la nacionalidad, constituyen un fuerte desincentivo para que estos nacimientos sean registrados.

En este sentido, tal como lo recomendó el Comité, es imperioso que República Dominicana ratifique la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 1954, y la Convención para Reducir los Casos de Apátrida, de 1961<sup>176</sup>. La ley interna debe permitir un mecanismo sencillo de obtención de la nacionalidad a aquellas niñas y niños nacidos en territorio del país que -por razones de derecho o materiales- no pueden obtener la nacionalidad de otro país.

También es recomendable ampliar el concepto del derecho a la identidad, de modo que la identidad cultural y de género tenga protección normativa. En este último campo, de conformidad con el derecho internacional, es necesario permitir que los NNyA modifiquen su nombre y sus documentos a su auto-percepción de género.

El limitado reconocimiento del derecho a la identidad también se proyecta sobre el régimen de la adopción. Como vimos, el CNNA contiene una fuerte limitación al derecho de los NNyA adoptados a conocer a sus padres biológicos. Este derecho no debe estar sometido a restricciones temporales. Por ello, es necesario eliminar tanto el requisito de que cumplan la mayoría de edad para acceder a esta información como asegurar que los expedientes de adopción sean preservados por un plazo mucho más prolongado.

También es recomendable incluir en el CNNA algún artículo que promueva

*Es recomendable elevar la edad mínima de responsabilidad penal, restringir claramente los casos en los que puede aplicarse la pena privativa de la libertad y eliminar claramente la posibilidad de imponer la sanción de aislamiento durante su ejecución.*



que los hermanos sean adoptados de manera conjunta y que, en caso de que ello no sea posible, se establezcan mecanismos para permitir que mantengan contacto.

Respecto de la adopción internacional, es necesario fijar su carácter subsidiario y desarrollar una legislación más específica, de conformidad con el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

En materia de protección contra la violencia, es imperioso establecer una prohibición clara del castigo corporal en todos los ámbitos y armonizar las distintas leyes con esa regla –en especial, derogar los anacrónicos artículos del Código Civil que autorizan a los padres a solicitar la detención de sus hijos-. A su vez, el marco normativo referido a la violencia doméstica puede ser ampliado, para que se incluyan medidas de protección por fuera del proceso penal.

Por el contrario, es necesario revisar y fortalecer las leyes penales en el campo más específico de la violencia sexual. La definición de trata de personas debe adecuarse al Protocolo de Palermo, estableciendo claramente la irrelevancia del consentimiento de la víctima o de los medios empleados para lograr su explotación cuando se trata de NNyA. Otros delitos cuya tipificación es imprecisa son los relacionados a las imágenes de abuso sexual infantil –cuya tipificación debe extenderse para abarcar la mera posesión, independientemente del soporte o modo de almacenamiento- y el grooming. A su vez, debe fijarse una edad clara para prestar consentimiento sexual, previendo que no sean punibles las relaciones sexuales entre adolescentes de similar edad. A ello se agrega una expresa recomendación del Comité en orden a que se “derogue todos los privilegios relativos al enjuiciamiento de delitos cometidos por miembros de la Iglesia Católica Romana previstos en el concordato con la Santa Sede”<sup>177</sup>.

Por fuera de las normas penales, es imprescindible modificar el Código Civil en relación al matrimonio, de modo que no se permita por debajo de los 18 años, sin excepciones y sin realizar diferencias por sexo.

La protección contra a explotación económica requiere una revisión integral y detallada. Por empezar, es imprescindible elevar la edad mínima de admisión al empleo, al menos a 15 años. A su vez, el marco de protección debe extenderse a todos los adolescentes

que trabajan –el régimen actual prácticamente equipara a los mayores de 16 años con los adultos-. Y ese marco de protección debe ser más preciso en la prohibición del trabajo nocturno y peligroso, sin excluir a los adolescentes que trabajan en el ámbito familiar o doméstico. En este sentido, el Comité recomendó al Estado que “[r]evisar su legislación para prohibir el empleo de los niños menores de 15 años de edad y asegurar que todas las formas de trabajo peligrosas, incluido el trabajo doméstico, estén prohibidas para los menores de 18 años”<sup>178</sup>.

En materia del derecho a la educación, es necesario armonizar la Ley General de Educación y el CNNA con la reforma constitucional de 2010, fijando claramente el carácter obligatorio de la educación inicial y media. Además, es imprescindible derogar las normas relacionadas con la educación religiosa, en tanto imponen una religión en particular como fundamento de la educación, exigen a los NNyA manifestar sus creencias religiosas públicamente y no prevén ninguna posibilidad de que se diferencien de la religión o los deseos de sus padres.

El régimen normativo relacionado a la salud también debe recoger claramente el derecho de los NNyA a ser oídos y acceder a consultas e información médica de manera confidencial, sin la conformidad de sus padres o responsables legales. A su vez, es recomendable reconocer el principio de autonomía progresiva para que los adolescentes puedan decidir sobre los tratamientos o prácticas médicas.

Finalmente, es recomendable elevar la edad mínima de responsabilidad penal, restringir claramente los casos en los que puede aplicarse la pena privativa de la libertad y eliminar claramente la posibilidad de imponer la sanción de aislamiento durante su ejecución.



#### Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 Art. 74.3 CRD. Además, el art. 26.3 establece que “las relaciones internacionales de la República Dominicana se fundamentan y rigen por (...) el respeto a los derechos humanos y al derecho internacional”.
- 5 Art. 55.2 CRD.
- 6 Art. 56 CRD.
- 7 Art. 56.1 CRD.
- 8 Art. 56.2 CRD.
- 9 Art. 55.13 CRD.
- 10 Art. 56.3 CRD.
- 11 Art. 56.3 CRD.
- 12 Art. 55.13 CRD.
- 13 Art. 63 CRD.
- 14 Art. 63.3 CRD.
- 15 Art. 63.1 CRD.
- 16 Art. 18 CRD: “Son dominicanas y dominicanos: 1) Los hijos e hijas de madre o padre dominicanos; 2) Quienes gocen de la nacionalidad dominicana antes de la entrada en vigencia de esta Constitución; 3) Las personas nacidas en territorio nacional, con excepción de los hijos e hijas de extranjeros miembros de legaciones diplomáticas y consulares, de extranjeros que se hallen en tránsito o residen ilegalmente en territorio dominicano. Se considera persona en tránsito a toda extranjera o extranjero definido como tal en las leyes dominicanas; 4) Los nacidos en el extranjero, de padre o madre dominicanos, no obstante haber adquirido, por el lugar de nacimiento, una nacionalidad distinta a la de sus padres. Una vez alcanzada la edad de dieciocho años, podrán manifestar su voluntad, ante la autoridad competente, de asumir la doble nacionalidad o renunciar a una de ellas; 5) Quienes contraigan matrimonio con un dominicano o dominicana, siempre que opten por la nacionalidad de su cónyuge y cumplan con los requisitos establecidos por la ley; 6) Los descendientes directos de dominicanos residentes en el exterior; 7) Las personas naturalizadas, de conformidad con las condiciones y formalidades requeridas por la ley.”
- 17 Se analiza con más detalle en el apartado dedicado al derecho a la identidad.
- 18 Art. 263.6 CRD: “En caso de que la soberanía nacional o la integridad territorial se vean en peligro grave e inminente por agresiones armadas externas, el Poder Ejecutivo, sin perjuicio de las facultades inherentes a su cargo, podrá solicitar al Congreso Nacional la declaratoria del Estado de Defensa. En este estado no podrá suspenderse: (...) 4) La protección a la familia, según las disposiciones del artículo 55; 5) El derecho al nombre, según las disposiciones del artículo 55, numeral 7; 6) Los derechos del niño, según las disposiciones del artículo 56;...”.
- 19 Ley No.136/2003, modificada por Ley No. 52 de 2007 en sus artículos 174, 176, 178, 181, 187, 192, 194, 195, 197 y 198.
- 20 Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Ley 14/1994.
- 21 Título I, Principio I CNNA.
- 22 Principio V CNNA.
- 23 CRC/C/DOM/CO/3-5, párr. 19.
- 24 CRC/C/DOM/CO/3-5, párr. 20.
- 25 Principio VI CNNA.
- 26 Art. 5 CNNA: “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser inscritos en el Registro del Estado Civil, inmediatamente después de su nacimiento, de conformidad con la ley. I. El padre, la madre o los representantes de un niño, niña o adolescente deben inscribirlos en la Oficialía del Estado Civil correspondiente. Párrafo II. El Estado debe garantizar procedimientos gratuitos, sencillos y rápidos para la inscripción oportuna de los NNyA en el Registro del Estado Civil. A tal efecto, dotará oportunamente al mencionado Registro de los recursos necesarios para dicha inscripción. Asimismo, debe adoptar medidas específicas para facilitar la inscripción de aquellos [NNyA] que no hayan sido registrados oportunamente (...).” Art. 7: “La inscripción en el Registro Civil y la expedición del acta de nacimiento de niños, niñas o adolescentes está libre de impuestos, multas y emolumentos y gozará de absoluta prioridad en la tramitación”.
- 27 Art. 55 Código Civil: “La declaración de nacimiento se hará? ante el Oficial del Estado Civil correspondiente del lugar en que se verifique el alumbramiento, dentro de cinco días después de éste, si allí? hubiere Oficial del Estado Civil. Siempre que ocurriere el alumbramiento fuera de la población en que se encuentra el Alcalde Comunal, se hará? la declaración dentro de los quince días después del nacimiento del niño, al Alcalde Pedáneo correspondiente (...).”
- 28 Ley 659/1944.
- 29 Art. 39 Ley 659/1944.
- 30 Arts. 40 y 41 Ley 659/1944.
- 31 Al respecto, se ha dicho que “Conforme a la Convención, el niño debe ser inscrito ‘inmediatamente después de su nacimiento’, lo que implica un plazo de días más que de meses”. Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 125.
- 32 En un reciente informe de la Oficina Nacional de UNICEF en República Dominicana se explica con detalle este procedimiento: “El registro tardío permite la inscripción de niños, niñas o adultos fuera del plazo ya señalado o con otros medios de prueba del nacimiento, que no sea el certificado de nacido vivo emitido por el hospital o clínica correspondiente. La declaración tardía de nacimiento deberá ser hecha en la Oficialía del Estado Civil en cuya demarcación jurisdiccional ocurrió el nacimiento. Se debe presentar la cédula de los padres (o de la madre si es soltera y el padre no reconoce a su hijo) y el certificado de nacido vivo. (...) Si el oficial del Estado Civil tiene alguna duda sobre la filiación, el lugar o el hecho del nacimiento, podrá requerir la presentación de otros documentos tales como certificación escolar, certificación de bautismo, tarjeta de vacunación, acta de nacimiento de hermanos, etc. (Arts. 39 y 40 de la Ley No. 659/44). Una vez aprobada la inscripción tardía, el trámite de inscripción



- debe ser ratificado por el Tribunal de Niñez, previo dictamen de la Fiscalía correspondiente, antes de su anotación en el acta de nacimiento respectiva. Conforme con la Ley, el registro de nacimiento y el primer certificado de nacimiento son gratuitos. Sin embargo, como se podrá advertir de la explicación, aun cuando teóricamente no se requiere abogado para el registro tardío, la complejidad del trámite, así como las dificultades para obtener pruebas de nacimiento, hacen que las familias que no registran oportunamente a sus hijos/as deban asumir costos de transporte y pagos a gestores o intermediarios.” “Análisis de situación. Registro de nacimientos. Cerrando las brechas en registro de nacimiento en República Dominicana”, UNICEF, Oficina Nacional de República Dominicana, 2016, pág. 16.
- 33 Art. 6 CNNA.
- 34 Art. 56 CC.
- 35 Art. 57 CC: “En el acta de nacimiento se expresarán la hora, el día y el lugar en que hubiese ocurrido, el sexo del niño, los nombres que se le den, los nombres y apellidos, profesión y domicilio del padre de la madre, cuando sea legítimo; y, si fuere natural, el de la madre; y el del padre, si éste se presentase personalmente a reconocerlo; los nombres, apellidos y profesión de los testigos.” Se advierte que, a la fecha de finalización de este informe, se encontraba en trámite un nuevo proyecto de nuevo Código Civil ante el Congreso de la República.
- 36 Ver Código NNyA, Art. 173. “Derecho de la mujer embarazada y el niño. La mujer grávida o embarazada podrá? reclamar alimentos respecto del hijo o hija que esta? por nacer, del padre legítimo o del que haya reconocido la paternidad, en caso del hijo o hija extramatrimonial. Deberá proporcionársele a la madre gestante los gastos de embarazo, parto y post-parto hasta el tercer mes a partir del alumbramiento”.
- 37 Resolución 08/2007 JCE.
- 38 Se trata de un “certificado de nacido vivo” de color rosado, diferente al que se emite para los hijos de dominicanos. Art 28.1 Ley de 258-04 (Migraciones): “Todo centro de salud que al momento de ofrecer su asistencia de parto a una mujer extranjera que no cuente con la documentación que la acredite como residente legal, expedirá una Constancia de Nacimiento de color rosado diferente a la Constancia de Nacimiento Oficial, con todas las referencias personales de la madre.”
- 39 Un informe de la Oficina Nacional de UNICEF señala que “... los niños y niñas son inscritos en un Libro de Registro del Nacimiento de Niño(a) de Madre Extranjera no Residente que no tiene otra consecuencia jurídica que la de servir de base para una inscripción en el país de origen de los padres. Para ello, además, debe ser legalizado (y eventualmente traducido), como cualquier documento público que se pretenda hacer valer en un país diferente a aquel en que se emite. Este trámite tiene un costo extremadamente alto para muchas familias que migran ilegalmente. Debido a su poca utilidad aparente y a las barreras, que conllevan los requisitos para darle valor legal en el país de origen de los padres, muchas familias extranjeras no acuden a la Delegación de la Oficialía para inscribir a sus hijos e hijas. A estas barreras hay que sumar las impuestas por el idioma. A pesar del alto número de extranjeras, especialmente provenientes de Haití, que acuden a las maternidades públicas dominicanas para tener a sus hijos/as, es escaso el personal médico que hable creole, lo que dificulta la labor de explicarles los trámites para inscribir a sus hijos”. “Análisis de situación. Registro de nacimientos. Cerrando las brechas en registro de nacimiento en República Dominicana”, UNICEF, Oficina Nacional de República Dominicana, 2016, pág. 23.
- 40 Art. 7.2 CDN.
- 41 Comité de Derechos Humanos, Observación general 17, 1989, HRI/GEN/1/Rev.7, párrafo 8.
- 42 Corte IDH, “Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, sentencia del 08/09/2005, párr. 140.
- 43 Aunque República Dominicana ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que podría aplicarse de manera directa el artículo 20.2 de dicho pacto (“Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra”), la ley no prevé ningún procedimiento al efecto.
- 44 Ver al respecto el detallado “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana” de la CIDH de 2015 (OEA/Ser.L/V/II., Doc 45/15).
- 45 Sentencia TC 0168/13. La Constitución de 1929 establecía que son dominicanos “Todas las personas que nacieren en el territorio de la República, con excepción de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en la República en representación diplomática o que estén de tránsito en ella” (art. 8.2). Ese texto, con una ligera variación efectuada en 1966 (que lo trasladó al art. 11) se mantuvo en la Constitución hasta la reforma de 2010, donde expresamente se deniega la nacionalidad a los hijos de quienes “residan ilegalmente en territorio dominicano” (art. 18.3). El Tribunal Constitucional consideró que quienes residían ilegalmente en el país debían ser considerados “en tránsito” bajo el texto constitucional de 1929, en sintonía con la regla extremadamente restrictiva de la Constitución de 2010, y retroactivamente denegó la nacionalidad de miles de personas nacidas en República Dominicana.
- 46 “Ley que establece un régimen especial para personas nacidas en el territorio nacional inscritas irregularmente en el Registro Civil dominicano y sobre naturalización”, Ley 169/14.
- 47 CRC/C/DOM/CO/3-5, párr. 27. En el mismo sentido, la CIDH señaló que “Dado que la solución que prevé la Ley 169-14 para las personas del Grupo B [en referencia al segundo grupo] ha sido considerarlas como extranjeras, decenas de miles de personas y sus descendientes continúan sin que se les haya restituido su nacionalidad y por ende sin que se les haya reparado efectivamente por la privación arbitraria de su nacionalidad”. CIDH, “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana”, párr. 13 (OEA/Ser.L/V/II., Doc 45/15).
- 48 La Corte IDH indicó que “la sentencia TC/0168/13, dados sus alcances generales, constituye una medida que incumple con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, normado en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad reconocidos en los artículos 3, 18 y 20, respectivamente, del mismo Tratado, y en relación con tales derechos, el derecho

- a la identidad, así como el derecho a la igual protección de la ley reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana; todo ello en relación con el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo tratado” y se refirió en el mismo sentido sobre los artículos 6, 8 y 11 de la Ley No. 169-14, por lo que dispuso que “República Dominicana debe, en un plazo razonable, adoptar las medidas necesarias para evitar que tales actos continúen produciendo efectos jurídicos” (Corte IDH, “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, sentencia de 28 de agosto de 2014, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 325 y 468).
- 49 De hecho, apenas se enuncia el derecho a la identidad en el art. 12 CNNA, como un elemento del derecho a la integridad personal: “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la integridad personal. Este derecho comprende el respeto a la dignidad, la inviolabilidad de la integridad física, síquica, moral y sexual, incluyendo la preservación de su imagen, identidad, autonomía de valores, ideas, creencias, espacio y objetos personales”.
- 50 En tanto dispone que “Se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.
- 51 Este artículo establece que no se negará a los niños que pertenecen a minorías étnicas o a pueblos indígenas el derecho “a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.
- 52 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 25 de noviembre de 2017, párr. 154. En el mismo sentido, el Comité ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente” (Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34). Ver también Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, “Principios de Yogyakarta”, en cuyo preámbulo se afirma que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”.
- 53 Art. 8 CNNA. Se aclara que este derecho es “de forma regular y permanente” y aplica “salvo que ello sea contrario a su interés superior, lo que debe ser comprobado y autorizado por la autoridad judicial competente”.
- 54 Art. 9 CNNA: “El padre y la madre, el tutor o responsable, no pueden, salvo motivos graves, oponerse a las relaciones personales del niño, niña o adolescente con sus abuelos. A falta de acuerdo entre las partes, las modalidades de esas relaciones serán reguladas por la sala civil del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes correspondiente.”
- 55 Art. 59 CNNA.
- 56 Art. 59 CNNA. Ver también art. 79, que establece que “la carencia de recursos económicos no es causa para la suspensión temporal o la terminación de la autoridad del padre o la madre respecto de sus hijos e hijas”.
- 57 Art. 74 CNNA: “la autoridad del padre o de la madre pueden ser objeto de suspensión temporal por: falta, negligencia o incumplimiento injustificado de sus deberes, cuando tengan los medios para cumplirlos; cuando el padre y/o la madre por acción u omisión, comprobadas por el juez competente, amenacen o vulneren los derechos del niño, niña y adolescente y pongan en riesgo su seguridad y bienestar integral aún como resultado de una medida disciplinaria; declaración de ausencia; ser puesto bajo el régimen de tutela de mayor de edad; interdicción civil o judicial”.
- 58 “Cuando la ley deja los criterios de separación en manos de los tribunales, de modo que es únicamente el juez quien decide cuál es el interés superior del niño, el Estado debe asegurarse de que los jueces ejercen esta facultad con objetividad. La Convención tiene razón cuando insiste en la necesidad de escuchar a todas las partes interesadas. Recuerda a los Estados Partes que se debe oír a ambos padres, incluso cuando uno de ellos reside fuera del país o no tiene la custodia del niño”. Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 152.
- 59 Ver en especial art. 23.4 CDPD.
- 60 Art. 76 CNNA: “Las causas de terminación de la autoridad del padre y/o de la madre son: cuando el padre o la madre y/o personas responsables, de hecho o de derecho, sean declarados mediante sentencia judicial como autor material o autor intelectual de crímenes o delitos en contra de la persona del hijo o la hija o en contra del otro cónyuge o conviviente, cuando el padre, la madre y/o persona responsable incumpla las obligaciones establecidas por el o la juez competente, en el proceso de suspensión temporal de la autoridad; autor material o intelectual o cómplice de delitos o crímenes cometidos, conjuntamente, con niños, niñas o adolescentes; por la comisión de las infracciones contenidas en la ley 24-97, sobre violencia intrafamiliar”.
- 61 Art. 81 CNNA.
- 62 Art. 133 CNNA.
- 63 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 318.
- 64 Art. 125 CNNA: “En los casos previstos, el consentimiento se dará en el acto mismo de la adopción o por acto auténtico separado, ante notario o ante el juez de paz del domicilio o residencia del ascendiente, o ante los agentes diplomáticos o consulares, en el extranjero”.
- 65 Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, A/HRC/34/55, párr. 81. Entre otras medidas, la Relatora ha recomendado examinar “las leyes y reglamentos nacionales para asegurarse de que no contribuyen a la creación o el mantenimiento de un entorno propicio para las adopciones ilegales” (párr. 95.1.c).



- 66 Art. 126, párrafo II CNNA: “Si los adoptados son mayores de doce (12) años, deberán estar de acuerdo personalmente con su propia adopción. En todo procedimiento de adopción, el niño, niña y adolescente deberá ser escuchado, teniendo en cuenta su edad y madurez.”
- 67 Art. 120 CNNA.
- 68 Art. 154 CNNA.
- 69 Art. 154 CNNA.
- 70 Es claro que al referirse a “los padres”, la Convención alude a los padres biológicos, aunque dado el avance de las técnicas de reproducción humana asistida se ha aclarado que “La definición de ‘padres’ incluye a los padres biológicos (lo cual es importante para el niño, aunque sólo sea por razones médicas) y a los padres de nacimiento, es decir, la madre que da a luz y el padre que reclama la paternidad por su relación con la madre en el momento del nacimiento (o cualquiera que sea la definición social de padre en la cultura en cuestión, ya que estas definiciones sociales son importantes para la identidad del niño)”. Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 130/1.
- 71 Hodgkin y Newell explican con claridad que significa “en la medida de lo posible”. “Cabe distinguir diferentes situaciones: en primer lugar, cuando es imposible identificar a uno de los progenitores (por ejemplo, cuando la madre no sabe quié?n es el padre o cuando el niño ha sido abandonado). En estos casos, los Estados Partes poco pueden hacer, aunque el artículo 2 estipule que la legislación no debe discriminar a esos niños. En segundo lugar, cuando la madre se niega a identificar al padre (incluso en circunstancias extremas, como, por ejemplo, el incesto o la violación). Aunque existiese la posibilidad de exigir legalmente a la madre que identifique al padre, sería difícil hacer cumplir esta obligación y podrían surgir conflictos entre los derechos de la madre y los del niño. En tercer lugar, cuando el Estado decide que el progenitor no debe ser identificado. Por ejemplo: cuando las leyes de adopción limitan el derecho y el acceso del niño a la información sobre sus padres biológicos...”. De acuerdo a los autores citados y de conformidad con numerosos precedentes del Comité, este último caso es incompatible con la Convención. Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 131.
- 72 Art. 165, párrafo II CNNA.
- 73 “El Convenio de La Haya expone y detalla los principios en materia de adopción internacional, pero a cada Estado le corresponde, lógicamente, establecer las normas legales, formar a los profesionales e instituir los mecanismos administrativos necesarios. El Comité insta a los países que no lo estén haciendo a emprender acciones lo antes posible”. Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 319.
- 74 CRC/C/DOM/CO/3-5, párr. 43.
- 75 Art. 476 CNNA: “La colocación de un niño, niña o adolescente en una familia sustituta es una medida de protección para ser impuesta solamente en casos excepcionales, mediante la cual una familia adquiere la obligación de alimentarlo, educarlo y brindarle buen trato, así como asistirlo en el cumplimiento de sus deberes, en concordancia con los siguientes parámetros: a) Se entiende por familia sustituta aquella que no siendo necesariamente de origen acoge por decisión administrativa o judicial a un niño, niña o adolescente, ya sea por carecer de padre o madre o que éstos se encuentren afectados en la titularidad de su autoridad paterna o materna o en el ejercicio de la guarda o que sus derechos estén siendo vulnerados; b) La familia sustituta será seleccionada por la junta local de acuerdo con la recomendación de la oficina local correspondiente, sea de oficio o a solicitud de parte interesada, y homologada por el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes. La junta local seleccionará la familia sustituta en lo posible, dentro de su mismo grupo familiar o bien dentro de la comunidad donde viva el niño, niña o adolescente; c) La opinión del niño, niña o adolescente deberá ser escuchada y tomada en cuenta; d) Los padres biológicos deben contribuir a la manutención del niño, niña o adolescente dentro de la medida de sus posibilidades económicas; e) La carencia de recursos económicos no puede constituir una causa para descalificar a quien puede considerarse familia sustituta; f) La colocación en un hogar sustituto será gratuita, pudiendo la oficina local, cuando el caso lo requiera, y previa evaluación y autorización de la junta local, tramitar la concesión de subsidio a la familia que acepte la colocación de un niño, niña o adolescente; g) La persona responsable de un niño, niña o adolescente sujeto de una colocación familiar, deberá cumplir con los deberes y exigencias a las cuales se obliga en beneficio del niño, niña o adolescente; h) Cuando un niño, niña o adolescente admitido en una familia sustituta tuviese bienes patrimoniales, el Juez de Niños, Niñas y Adolescentes designará un tutor para la administración de dichos bienes, los cuales serán recibidos bajo inventario; i) Al final de la tutela, el tutor deberá rendir cuentas de su gestión según lo establecido en el Código Civil”.
- 76 Art. 12 CNNA: “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la integridad personal. Este derecho comprende el respeto a la dignidad, la inviolabilidad de la integridad física, síquica, moral y sexual, incluyendo la preservación de su imagen, identidad, autonomía de valores, ideas, creencias, espacio y objetos personales. Es responsabilidad de la familia, el Estado y la sociedad protegerlos, contra cualquier forma de explotación, maltrato, torturas, abusos o negligencias que afecten su integridad personal”.
- 77 Art. 14 CNNA: “Los profesionales y funcionarios de las áreas de la salud, pedagogía, sicología, trabajo social y agentes del orden público, directores y funcionarios, tanto públicos como privados, y cualquier otra persona que en el desempeño o no de sus funciones tuviera conocimiento o sospecha de una situación de abuso o de violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, están obligados a denunciarla ante las autoridades competentes, estando exentos de responsabilidad penal y civil, con respecto a la información que proporcionen. Párrafo. El incumplimiento de esta obligación conlleva una sanción penal de uno (1) a tres (3) salarios mínimos establecidos oficialmente. La sala penal del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes es competente para conocer de esta infracción”.
- 78 Art. 48 CNNA: “...Se prohíben las sanciones corporales y económicas, así como las colectivas, al igual que cualquier



- tipo de corrección que pueda ser considerada una amenaza o violación a los derechos de los educandos...”
- 79 Art. 349 CNNA: “Derechos de la persona adolescente durante la ejecución. La persona adolescente tendrá derecho a: (...) l) No ser incomunicada en ningún caso, ni a la imposición de penas corporales...”
- 80 Ver en este sentido el detalle informe sombra presentado ante el Comité por Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children en junio de 2014, disponible en [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/DOM/INT\\_CRC\\_NGO\\_DOM\\_18018\\_E.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/DOM/INT_CRC_NGO_DOM_18018_E.pdf). A su vez, vale la pena destacar que el 10 de abril de 2019, el Consejo Nacional para la Niñez y Adolescencia (CONANI) entregó al presidente de la Cámara de Diputados un anteproyecto de la ley de Crianza Positiva, Disciplina sin Castigo Físico y Trato Humillante en contra de niños, niñas y Adolescentes, el cual consta de cinco capítulos los cuales se centran en el amor y disciplina positiva (ver <http://conani.gob.do/conani-presenta-anteproyecto-para-eliminacion-del-castigo-fisico/>)
- 81 De acuerdo con el art. 375 Código Civil, “[e]l padre que tenga de la conducta de su hijo motivos muy graves de descontento, podrá utilizar los siguientes medios de corrección” que define en el art. 376: “Si el hijo tiene menos de quince años, el padre podrá hacerle detener durante un espacio de tiempo que no pase de un mes; y a este efecto, el presidente del tribunal librará auto de prisión, a instancia del padre”. Art. 377: “Desde los quince años cumplido hasta la mayor edad o la emancipación, el padre podrá únicamente pedir la detención de su hijo, durante seis meses a lo más; al efecto se dirigirá al Presidente del Tribunal que, después de oír al fiscal, librará o negará la orden de arresto, y podrá reducir el tiempo de prisión pedido por el padre”. El art. 378 establece que “ni en uno ni en otro caso habrá más escrituras ni formalidades judiciales que la orden de arresto, sin enunciar motivos, y únicamente se extenderá un acta en que el padre se obligue a pagar todos los gastos y a facilitar los alimentos necesarios”.
- 82 Art. 396 CNNA. El abuso físico es definido como “cualquier daño físico que reciba el niño, niña o adolescente, de forma no accidental y en que la persona que le ocasione esta lesión se encuentre en condiciones de superioridad o poder”, mientras que el abuso psicológico es “cuando un adulto ataca de manera sistemática el desarrollo personal del niño, niña o adolescente y su competencia social”.
- 83 Art. 397 CNNA.
- 84 Ley 24/1997.
- 85 Ley 14/1994.
- 86 Art. 3 Ley 24/1997, que a su vez modifica el art. 309.2 del Código Penal: “Constituye violencia doméstica o intrafamiliar todo patrón de conducta mediante el empleo de la fuerza física, o violencia psicológica, verbal, intimidación o persecución, contra uno o varios miembros de la familia o contra cualquier persona que mantenga una relación de convivencia, contra el cónyuge, ex-cónyuge, conviviente o ex-conviviente o pareja consensual, o contra la persona con quien haya procreado un hijo o una hija para causarle daño física o psicológico a su persona o daño a sus bienes, realizado por el padre, la madre, el tutor, guardián, cónyuge, ex-cónyuge, conviviente, ex-conviviente o pareja consensual o persona bajo cuya autoridad, protección o cuidado se encuentra la familia”.
- 87 Art. 309-3 inc. CP (t.o. ley 24/1997).
- 88 Art. 309-6 CP (agregado por la Ley 24-97 del 28 de enero de 1997 G.O. 9945).
- 89 Coalición ONGs por la Infancia República Dominicana, Tercer Informe Alternativo al Comité de los Derechos del Niño sobre el estado de implementación de la Convención de los Derechos del Niño, Período 2008-2014, párr. 38. Disponible en [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/DOM/INT\\_CRC\\_NGO\\_DOM\\_18017\\_S.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/DOM/INT_CRC_NGO_DOM_18017_S.pdf)
- 90 CRC/C/DOM/CO/3-5, párr.31.
- 91 CRC/C/DOM/CO/3-5, párr.32 a).
- 92 Art. 25 CNNA. Se agrega una definición de cada una de las conductas prohibidas.
- 93 Art. 396.C CNNA: “Abuso sexual: Es la práctica sexual con un niño, niña o adolescente por un adulto, o persona cinco (5) años mayor, para su propia gratificación sexual, sin consideración del desarrollo sicossexual del niño, niña o adolescente y que puede ocurrir aun sin contacto físico. Será castigado con penas de dos (2) a cinco (5) años de prisión y multa de tres (3) a diez (10) salarios mínimos establecido o cialmente, vigente al momento de cometer la infracción, si el autor o autora del hecho mantiene una relación de autoridad, guarda o vigilancia (maestro, guardianes, funcionarios, policías, etc.) sobre el niño, niña o adolescente y se producen lesiones severas, comprobadas por especialistas en el área, se aplicará el máximo de la pena indicada anteriormente. Cuando los infractores sean extranjeros o nacionales que en la comisión del hecho negocien, traquen o se hayan vinculado para la comisión del hecho con traficantes o comerciantes de niños, niñas y adolescentes, serán castigados con el doble del máximo de la pena.”
- 94 Art. 330 CP (modificado por la Ley 24-97 del 28 de enero de 1997 G.O. 9945).
- 95 CRC/C/DOM/CO/3-5, párr.33.d. En el mismo sentido, en la Observación General núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, el Comité sostuvo que “los Estados partes deben tener en cuenta la necesidad de mantener un equilibrio entre la protección y el desarrollo evolutivo, y que es preciso fijar una edad mínima aceptable para el consentimiento sexual” (CRC/C/GC/20, párr. 40).
- 96 “Art. 332-1 CP (agregado por la Ley 24-97 del 28 de enero de 1997 G.O. 9945): “Constituye incesto todo acto de naturaleza sexual realizado por un adulto mediante engaño, violencia, amenaza, sorpresa o constreñimiento en la persona de un niño, niña o adolescente con el cual estuviere ligado por lazos de parentesco natural, legítimo o adoptivo hasta el cuarto grado o por lazos de afinidad hasta el tercer grado.”
- 97 Ley No. 137 de 2003 sobre Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas.
- 98 Art. 3.c del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo): “La captación, el transporte, el traslado, la acogida



- o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará 'trata de personas; incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo".
- 99 Art. 1 Ley 137/2003: "Para los fines de la presente ley, se entenderá por: a) Trata de Personas: La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza, a la fuerza, a la coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder, o situaciones de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación, para que ejerza cualquier forma de explotación sexual, pornografía, servidumbre por deudas, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, adopción irregular, esclavitud y/o prácticas análogas a ésta, o a la extracción de órganos; b) Niño: Toda persona desde su nacimiento hasta los 12 años, inclusive; c) Adolescente: Toda persona desde 13 años hasta la mayoría de edad: 18 años (...)"
- 100 El art. 9 sobre asistencia y protección a las víctimas establece, entre otras cosas, que "[l]as víctimas de trata de personas, sobre todo mujeres, niños, niñas y adolescentes, serán objeto de las evaluaciones psicológicas u otras requeridas para su protección, tomando en cuenta la edad y el sexo". El art. 11, por su parte, indica: "[a]simismo, las instituciones correspondientes estarán obligadas a desarrollar políticas, planes y programas con el propósito de prevenir y asistir a las víctimas de la trata de personas, y de proteger especialmente a los grupos vulnerables, mujeres, niños, niñas y adolescentes, contra un nuevo riesgo de victimización".
- 101 Art. 23. Ley 53/2007 sobre Delitos de Alta Tecnología.
- 102 Art. 24 Ley 53/2007: "La producción, difusión, venta y cualquier tipo de comercialización de imágenes y representaciones de un niño, niña o adolescente con carácter pornográfico en los términos definidos en la presente ley, se sancionará con penas de dos a cuatro años de prisión y multa de diez a quinientas veces el salario mínimo. La adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema de información para uno mismo u otra persona, y la posesión intencional de pornografía infantil en un sistema de información o cualquiera de sus componentes, se sancionará con la pena de tres meses a un año de prisión y multa de dos a doscientas veces el salario mínimo."
- 103 Este protocolo se aprobó el 19 de junio de 2019. A la fecha de finalización de este informe, se espera que próximamente se apruebe un "Protocolo de Atención de casos de Explotación Sexual en línea de niños, niñas y adolescentes."
- 104 El Código Civil dispone que "[e]l hombre, antes de los dieciocho años cumplidos, y la mujer antes de cumplir los quince años no pueden contraer matrimonio" (art. 144). "Sin embargo, el Gobierno puede, por motivos graves, conceder dispensas de edad" (art. 145). Asimismo, "[e]l hijo que no tenga veinticinco años cumplidos, y la hija que no haya cumplido los veintiuno, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres" (art. 148).
- 105 Ver en este sentido Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general 21, 1994, HRI/GEN/1/Rev.7.
- 106 En este sentido, resulta importante destacar que actualmente en el país se está evaluando a nivel legislativo la adopción de un nuevo Código Civil, en el cual se contempla la prohibición absoluta del matrimonio infantil hasta los 16 años, tanto para hombres como mujeres.
- 107 Ley 24/97, art. 355 y ss.
- 108 Art. 356 Ley 24/97: "En caso de que el seductor se case con la agraviada, éste sólo podrá ser perseguido por la querrela de las personas que tienen calidad para demandar la anulación del matrimonio, y será condenado después que esta anulación hubiere sido pronunciada."
- 109 Art. 357 Ley 24/97: "Cuando el raptor o seductor fuere de igual o menor edad que la joven raptada o seducida, la prisión y multa se reducirán, en cada caso, a la mitad. En caso de que ambos o uno de ellos fuere menor de dieciocho años serán aplicables las disposiciones previstas en los Artículos 266 a 269 del Código para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 14-94)."
- 110 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 40.
- 111 Art. 34 CNNA: "Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la protección contra la explotación económica. El Estado y la sociedad deben elaborar y ejecutar políticas, planes, programas y medidas de protección tendientes a erradicar el trabajo de los niños y niñas, especialmente los de nidos como peores formas de trabajo infantil. La familia debe contribuir al logro de este objetivo. (...) La protección contra la explotación laboral de niños, niñas y adolescentes es responsabilidad del Estado, ejercida a través de la Secretaría de Estado de Trabajo, en coordinación con el Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (CONANI), quienes se amparan en las disposiciones del Código de Trabajo de la República Dominicana, el Convenio 138 de la OIT sobre el Establecimiento de la Edad Mínima de Admisión al Empleo y el Convenio No.182 sobre la Erradicación de las Peores Formas de Trabajo Infantil y otros instrumentos internacionales ratificados por el país, así como las regulaciones y recomendaciones que sobre el trabajo infantil disponga el Comité Directivo Nacional de Lucha contra el Trabajo Infantil."
- 112 Art. 40 CNNA y 245 Código de Trabajo, que exceptúa los trabajos realizados "en beneficio del arte, de la ciencia o de la enseñanza" caso en el cual "el Secretario de Estado de Trabajo, por medio de permisos individuales, podrá autorizar que menores de catorce años puedan ser empleados en espectáculos públicos, radio, televisión o películas cinematográficas como actores o figurantes".
- 113 Ver apartado siguiente de este capítulo.
- 114 Art. 246 CT: "Los menores de 16 años no pueden ser empleados ni trabajar de noche, durante un período de doce horas consecutivas el cual será fijado por el Secretario de Estado de Trabajo y que, necesariamente, no podrá comenzar después de las ocho de la noche, ni terminar antes de las seis de la mañana. No están sujetos a las limitaciones de este artículo los menores de dieciséis años que realicen trabajos en empresas familiares en las que solamente estén empleados los padres y sus hijos pupilos".

- 115 Art. 3.1 Convenio 79 OIT: “Los niños mayores de catorce años que no estén sujetos a la obligación escolar a horario completo, y los menores que no hayan cumplido dieciocho años, no podrán ser empleados ni podrán trabajar de noche durante un período de doce horas consecutivas, como mínimo, que deberá comprender el intervalo entre las 10 de la noche y las 6 de la mañana”. En cuanto a los trabajos industriales, si bien el Convenio 90 (sobre el trabajo nocturno de los menores en industria) admite algunas excepciones, la regla general también implica la prohibición hasta los 18 años.
- 116 Art. 247 CT: “La jornada de trabajo de los menores de dieciséis años no puede exceder, en ninguna circunstancia, de seis horas diarias”
- 117 Además, la ley deja a discreción de la autoridad administrativa la definición de las actividades peligrosas. Art. 251 CT: “Se prohíbe el empleo de menores de dieciséis años en trabajos peligrosos o insalubres. La Secretaría de Estado de Trabajo determinará cuáles son estos trabajos.” A su vez al art. 252 establece que “ninguna menor de dieciséis años puede trabajar como mensajera en la distribución o entrega de mercancías o mensajes” y el art. 253 dispone que “ningún menor de dieciséis años puede ser empleado en expendio al detalle de bebidas embriagantes”. Ver también art. 249 sobre negocios ambulantes.
- 118 Art. 41 CNNA: “Los y las adolescentes que trabajen en el servicio doméstico tendrán los mismos derechos y garantías que los adolescentes trabajadores en general”.
- 119 Art. 4 Convenio 189 OIT.
- 120 Art. 254 CNNA.
- 121 CRC/C/DOM/CO/3-5, párr. 55 b, c y d.
- 122 Ley 66/97.
- 123 LEY 1/12.
- 124 Art. 45 CNNA: “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la educación integral de la más alta calidad, orientada hacia el desarrollo de sus potencialidades y de las capacidades que contribuyan a su desarrollo personal, familiar y de la sociedad. Asimismo, deberán ser preparados para ejercer plenamente sus derechos ciudadanos, respetar los derechos humanos y desarrollar los valores nacionales y culturales propios, en un marco de paz, solidaridad, tolerancia y respeto. La educación básica es obligatoria y gratuita. Tanto los padres y madres como el Estado son responsables de garantizar los medios para que todos los niños y niñas completen su educación primaria básica.”
- 125 Art. 45 párrafo II CNNA.
- 126 Art. 47 CNNA.
- 127 Art. 48 CNNA.
- 128 Art. 48 CNNA.
- 129 Ver [http://www.educando.edu.do/files/5914/1200/1735/Normas\\_de\\_convivencia\\_16-0\\_-014.pdf](http://www.educando.edu.do/files/5914/1200/1735/Normas_de_convivencia_16-0_-014.pdf).
- 130 Art. 48 CNNA.
- 131 Art. 7 LGE: “Compete al Estado ofrecer educación gratuita en los niveles inicial, básico y medio a todos los habitantes del país.”
- 132 Art. 33 LGE: “Art. 33- El Nivel Inicial es el primer nivel educativo y será impartido antes de la Educación Básica coordinada con la familia y la comunidad. Está dirigido a la población infantil comprendida hasta los seis años. El último año será obligatorio y se inicia a los cinco años de edad. En las instituciones del Estado, este se ofrecerá gratuitamente.”
- 133 El nivel básico se inicia ordinariamente a los 6 años y tiene una duración de 8 años (arts. 35 y 37 LGE).
- 134 LEY 1/12.
- 135 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 453.
- 136 Art. 4.i LGE.
- 137 Art. 22 LGE. Asimismo, se establece que “la enseñanza moral y religiosa se guiará con sujeción a los preceptos constitucionales y a los tratados internacionales de los cuales el Estado Dominicano es signatario” (art. 23).
- 138 Art. 25 LGE. Respecto de las escuelas privadas, se dice que “podrán ofrecer formación religiosa y/o moral, de acuerdo con su ideario pedagógico, respetando siempre la libertad de conciencia y la esencia de la dominicanidad (art. 24)”.
- 139 Como se explica en el “Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño” de UNICEF, “Es el niño quien ejerce el derecho. Los padres pueden guiarlo, pero de una manera que se corresponda con la evolución de sus facultades y de conformidad con la Convención en su conjunto. El hecho de ‘guiar’ debe excluir, por ejemplo, toda forma de violencia física o mental (artículo 19). Y deben tenerse en cuenta las opiniones del niño: el artículo 12 protege el derecho de todo niño a formarse un juicio propio y a expresar sus opiniones libremente ‘en todos los asuntos que [le] afectan’, incluida la religión y la elección de ésta”. Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 212/3.
- 140 “La discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación” 140. Observación General nro. 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 12 (E/C.12/GC/22).
- 141 Ver en este sentido Observación General nro. 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 20 (E/C.12/GC/22).
- 142 Art. 4.m LGE.
- 143 Ver al respecto Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/GC/4.
- 144 CRC/C/DOM/CO/3-5, párr. 47, a).
- 145 CRC/C/DOM/CO/3-5, párr. 48 a).
- 146 Art. 189 LGE: “[c]ada curso tendrá un Consejo, compuesto por alumnos elegidos por sus compañeros entre los más distinguidos por su comportamiento y por su rendimiento en los estudios. Los presidentes de los Consejos de Curso constituirán el Consejo Estudiantil del centro educativo. Para resolver los diferentes problemas que surgen en una clase, se integrarán comités estudiantiles de trabajo. El Consejo Nacional de Educación reglamentará la forma y el



- procedimiento de este proceso de selección”
- 147 Art. 186 LGE.
- 148 Art. 28 CNNA.
- 149 Art. 28, Párrafo I CNNA.
- 150 Art. 28, Párrafo II CNNA.
- 151 Art. 29 CNNA.
- 152 Art. 30 CNNA.
- 153 Art. 30, párrafo II CNNA. A ello se agrega la prohibición de exclusión del ciclo escolar (art. 48 ya citado).
- 154 Art. 30, Párrafo III CNNA.
- 155 Ley 42/2001.
- 156 En particular, indica que “[e]l Estado velará por el desarrollo integral de la niñez y los adolescentes, mediante las unidades y programas especiales que establezcan entre otros, embarazo en la adolescencia, tabaquismo, alcoholismo y drogadicción y presten los servicios de salud apropiados para cada caso” y que deberá “establecer en materia de higiene y salud escolar de la niñez y la adolescencia, las normas técnicas para proteger la salud del educando y de la comunidad escolar” (art. 31, incs. g y h).
- 157 Art. 28 inc. h LGS: “Todas las personas tienen los siguientes derechos en relación a la salud: (...)El derecho a decidir previa información y comprensión, sobre su aceptación o rechazo de asumir el tratamiento. Se exceptúan de esta disposición los casos que representen riesgos para la salud pública. En el caso de menores, discapacitados mentales y pacientes en estado crítico sin conciencia para decidir, la decisión recaerá sobre sus familiares directos, tutores o en su ausencia sobre el médico principal responsable de su atención”.
- 158 V.gr. Chile, Guatemala, El Salvador, Paraguay, Panamá, entre otros.
- 159 En cualquier caso, debe advertirse que en las Orientaciones generales para los informes periódicos, el Comité indica a los Estados que deben proveer información sobre la edad mínima para el tratamiento médico o las intervenciones quirúrgicas sin el consentimiento de los padres (párrafo 24).
- 160 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 39.
- 161 Véase, por todos, la Observación General nro. 12 del Comité, sobre derecho del niño a ser oído, donde con toda contundencia se afirma que el “El derecho al asesoramiento y consejo es distinto del derecho a otorgar consentimiento médico y no se debe someter a ninguna limitación de edad”. CRC/C/GC/12, párr. 101.
- 162 Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 8.
- 163 Observación General N° 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, CRC/C/GC/15, párr. 31.
- 164 Artículo 52 Ley 135/11: “Pruebas en menores de quince años de edad. La realización de pruebas para la detección del VIH o de sus anticuerpos, en niños, niñas y adolescentes hasta los quince (15) años de edad inclusive, requiere del consentimiento, por escrito, de su padre y madre o tutora o tutor, salvo en el caso de que sea prescrito por el médico. -22- Párrafo I.- En caso de desacuerdo entre los progenitores, la institución donde se realice la prueba de detección de anticuerpos al VIH, debe ofrecer la consejería correspondiente, a los fines de concienciar a la parte que se opone a la realización de la prueba. Párrafo II.- En caso de que la parte que se opone, no cambiara de opinión, el proceso se ventilará conforme a las disposiciones establecidas en la Ley No.136-03, del 7 de agosto de 2003, que instituye el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes. Párrafo III.- En caso de ausencia o desaparición de uno de los progenitores, la prueba para la detección del VIH o de sus anticuerpos se debe realizar con una única autorización, ya sea del otro progenitor o de la tutora o tutor.
- Artículo 53.- Pruebas en adolescentes de dieciséis hasta dieciocho años de edad. Los adolescentes de dieciséis hasta los dieciocho años de edad, pueden solicitar de manera voluntaria o por prescripción médica la realización de la prueba para la detección del VIH o de sus anticuerpos, debiendo disponer el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, del acompañamiento del Programa Nacional de Atención Integral para Adolescentes y Jóvenes (PRONAIISA) y cualquier otro programa establecido al efecto.”
- 165 Art. 37 Ley 135/11: “Se instituye para todos los centros de educación inicial, básica, media, técnica y superior, tanto públicos como privados, y para la educación informal y no formal, la implementación de programas educativos para la prevención, modos de transmisión, medidas de bioseguridad, acceso a los servicios de salud, estigma, discriminación hacia las personas con el VIH o con SIDA. Párrafo I.- En estos programas debe ser incluida la educación integral en sexualidad, impartida como asignatura, acorde con el nivel educativo de que se trate.”
- 166 El art. 317 del Código Penal sanciona “con la pena de reclusión menor” a la mujer que causare un aborto o consintiere que se lo practiquen, siempre que el aborto se produzca. No se establecen causales de aborto no punible. Cabe remarcar que la Constitución protege el derecho inviolable a la vida desde la concepción (art. 37).
- 167 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados de la República Dominicana, 6 de marzo de 2015, CRC/C/DOM/CO/3-5, párr. 51.
- 168 CRC/C/DOM/CO/3-5, párr. 52 d).
- 169 La Ley 87/01 establece que son beneficiarios del Seguro Familiar de Salud “todos los dominicanos y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional” y que “Para fines de la presente ley, la familia del asegurado incluye: a) Al cónyuge o compañero(a) de vida debidamente registrado; y b) Los hijos e hijastros menores de 18 años o menores de 21 años, si fueran estudiantes, o sin límite de edad si son discapacitados, y los padres si son dependientes, mientras no sean ellos mismos afiliados al Sistema Dominicano de Seguridad Social”.
- 170 Observación General nro. 10 (2007), CRC/C/GC/10.
- 171 Observación General nro. 10 (2007), “Los derechos del niño en la justicia de menores”, CRC/C/GC/10, párr. 33.
- 172 Art. 339 CNNA: “La privación de libertad definitiva en un centro especializado consiste en que la persona adolescente



no se le permite salir por su propia voluntad. Es una sanción de carácter excepcional que solo podrá ser aplicada cuando la persona adolescente fuere declarada responsable por sentencia irrevocable, de la comisión de por lo menos uno de los siguientes actos infraccionales: a) Homicidio; b) Lesiones físicas permanentes; c) Violación y agresión sexual; d) Robo agravado; e) Secuestro; f) Venta y distribución de drogas narcóticas; y, g) Las infracciones a la ley penal vigente que sean sancionadas con penas de reclusión mayores de cinco (5) años. Parágrafo.- Igualmente, la persona adolescente será enviada a un centro especializado de privación de libertad cuando incumpla, injustificadamente, las sanciones socioeducativa u órdenes de orientación o supervisión que le hayan sido impuestas en la forma en que lo dispone los artículos 330 y siguientes de este Código.”

173 Art. 349 CNNA: “Derechos de la persona adolescente durante la ejecución. La persona adolescente tendrá derecho a: (...) L). No ser incomunicada en ningún caso, ni a la imposición de penas corporales. En caso de disponer medidas de aislamiento, deberá contar con el seguimiento y monitoreo del equipo multidisciplinario de atención integral, quienes deberán remitir un informe al juez de Control de la Ejecución.”

174 Res. AG 45/113, del 14/12/1990. Ver en particular art. 67, que establece que “Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos 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.”

175 En este sentido, el Comité manifestó su preocupación porque “en 2012 una quinta parte de los niños menores de 5 años, en su mayoría de familias que vivían en la pobreza, no tuviera un certificado de nacimiento” por lo cual recomendó supervisar el cumplimiento de las medidas administrativas pertinentes, intensificar sus esfuerzos para garantizar un procedimiento eficaz y gratuito por el que se proporcione un certificado de nacimiento a todos los niños que aún no tengan uno, y proporcionar capacitación al personal del sector de la salud y al personal de las oficinas del registro de los hospitales. CRC/C/DOM/CO/3-5, párr. 25 y 26.

176 CRC/C/DOM/CO/3-5, párr.28 d).

177 CRC/C/DOM/CO/3-5, párr. 36 c).

178 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados de la República Dominicana, 6 de marzo de 2015, CRC/C/DOM/CO/3-5, párr. 65.



# URUGUAY



© UNICEF Uruguay/2013-5664/Pirozzi

## 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución de la República Oriental del Uruguay

Si bien la Constitución la República no contiene una disposición expresa que otorgue jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 72 se dispone que “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que sean inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”. La Suprema Corte de Justicia ha interpretado ese artículo afirmando que de allí se deriva la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Uruguay, entre los que se encuentra la CDN<sup>4</sup>.

Instrumento	
CDN	Jerarquía constitucional.
Reservas	Efectuó una reserva en relación al art. 38 (par. 2 y 3) indicando que bajo ninguna circunstancia Uruguay admite el reclutamiento voluntario en las Fuerzas Armadas de personas menores de 18 años o su involucramiento en hostilidades.
Declaraciones	Efectuó una declaración reafirmando su derecho a realizar reservas al ratificar la Convención.
PF 1 <sup>1</sup>	Ratificado en 2003. Efectuó una declaración en el mismo sentido que la reserva realizada sobre el art. 38 de la Convención.
PF 2 <sup>2</sup>	Ratificado en 2003.
PF 3 <sup>3</sup>	Ratificado en 2015.

*La Constitución dedica escasa atención a los derechos de los NNyA. Aunque los abarca en el reconocimiento de derechos y garantías que amparan a todos “los habitantes de la República”, no contiene ningún reconocimiento a sus derechos específicos.*

La Constitución dedica escasa atención a los derechos de los NNyA. Aunque los abarca en el reconocimiento de derechos y garantías que amparan a todos “los habitantes de la República”<sup>5</sup>, no contiene ningún reconocimiento a sus derechos específicos. Así, se limita a abordar su situación en el ámbito familiar<sup>6</sup> y en caso de conflicto con la ley penal, reconociendo el principio de especialidad<sup>7</sup>.

A ello se agregan los artículos relacionados al derecho a la educación -que establecen la libertad de enseñanza y la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria y media<sup>8</sup>- y a la nacionalidad, que es reconocida a todas las personas nacidas “en cualquier punto del territorio de la República”, sin excepciones, así como a los nacidos en el exterior de padre o madre uruguayos, si se inscriben en el Registro Cívico<sup>9</sup>.

## 2. El “Código de la Niñez y la Adolescencia” y otras leyes relacionadas

En 2004 Uruguay sancionó el “Código de la Niñez y la Adolescencia” (en adelante “el Código” o CNA), procurando adecuar su legislación a la Convención. Con la aprobación de este Código se derogó el “Código del Niño”<sup>10</sup> aprobado en 1934, bajo la doctrina de la situación irregular.

El Código está organizado en veinte capítulos, que abordan desde los principios generales y los derechos de los NNyA en general -así como en el ámbito familiar y laboral- a los mecanismos de protección y el procedimiento a seguir en los casos de adolescentes en conflicto con la ley penal.



## • El principio de interés superior de los NNyA

Justamente al definirse los principios generales, el Código señala que para su interpretación e integración “se deberá tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana”<sup>11</sup>. Además, en reiteradas ocasiones el CNA remite expresamente al interés superior de los NNyA como un elemento a ponderar de manera previa a la toma de decisiones por las autoridades -en asuntos tales como el régimen de visitas o tenencia, el régimen de la adopción o el procedimiento a seguir con los adolescentes en conflicto con la ley penal-. Sin embargo, esta definición del principio de interés superior y su señalamiento en determinados artículos, lamentablemente, no alcanzan la amplitud que requiere la Convención.

Así, advertimos que se enuncia al interés superior como un principio de interpretación del Código y se lo reconoce como norma de procedimiento en ciertos casos expresamente previstos. Sin embargo, la Convención reclama que el principio de interés superior sea una consideración primordial “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”<sup>12</sup>. En este sentido, en su Observación General N° 14 el Comité definió al interés superior del niño como un derecho sustantivo, un principio interpretativo fundamental y una norma de procedimiento para cualquier decisión que se tome en relación a los niños<sup>13</sup>. Es decir que su formulación no debe limitarse a la interpretación del Código ni a los procedimientos de adopción, tenencia o de imposición de sanciones. Y si bien el art. 8 del CNA establece que todos los NNyA tienen derecho “a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida”, ello no alcanza a subsanar esta definición limitada.

Incluso puede cuestionarse el alcance que el Código uruguayo le reconoce al principio de interés superior como pauta de interpretación, pues otro artículo señala que “En los casos de duda se deberá recurrir a los criterios generales de interpretación y, especialmente, a las normas propias de cada materia”<sup>14</sup>. Esto confronta con el criterio del Comité, que demanda que “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”<sup>15</sup>.

## • El derecho a la identidad

El CNA otorga un lugar destacado al derecho a la identidad, regulando desde las cuestiones atinentes a la inscripción en el Registro Civil, a las reglas de la filiación y la acción de la investigación de la paternidad o maternidad.

Sobre el derecho a la inscripción de nacimiento, el CNA aborda con detalle las cuestiones referidas a la determinación del apellido, pero lamentablemente se ha omitido declarar el carácter gratuito de la inscripción ni se brindan precisiones sobre los plazos de inscripción, remitiéndose a la reglamentación del Registro Civil. Sorprendentemente, Uruguay carece de una ley del Registro Civil<sup>16</sup>, por lo que cuestiones centrales del derecho a la inscripción del nacimiento quedan delegadas en la discrecionalidad de la administración.

Así y todo, el CNA establece que “Todo progenitor tiene el derecho y el deber, cualquiera fuere su estado civil y edad, a reconocer a su hijo”<sup>17</sup>, pero los progenitores menores de 16 años deben contar con aprobación judicial, previa vista del Ministerio Público.

En cuanto a las reglas de la filiación, el Código regula la “acción de investigación de la paternidad o maternidad”. Es destacable que se ha reconocido a los NNyA la posibilidad de solicitar al Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) que inicie esta acción de oficio. Por el contrario, llama la atención que se ha establecido un plazo sumamente exiguo de caducidad de la acción, pues solo puede promoverse hasta los 25 años de edad<sup>18</sup>. De igual manera, la impugnación de la posesión de estado de hijo puede realizarse hasta un año después de haber alcanzado la mayoría de edad<sup>19</sup>. Estos plazos deberían revisarse, pues ponen un límite excesivamente breve para acciones directamente relacionadas con un derecho fundamental, como es el derecho a la identidad.

El derecho a la identidad, tal como es definido en el CNA, no comprende sus dimensiones más amplias. Así, se ha omitido toda referencia a la identidad cultural, que es recogida en otros códigos similares de la región<sup>20</sup> y tiene respaldo en algunos artículos de la Convención -como los arts. 20<sup>21</sup> y 30<sup>22</sup>-, que pueden ponderarse a luz del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos.

Tampoco se recoge el concepto de identidad de género. Si bien en 2009, al aprobar la ley 18.620, Uruguay se convirtió en el primer país de la región





© UNICEF Uruguay/2013-5169/Pirozzi

en reconocer el derecho al cambio del nombre en los documentos identificatorios y registros públicos a fin de adecuarlos al género autopercibido, los NNyA están fuera del alcance de esta ley. Aunque en rigor la ley reconoce este derecho a “toda persona” y no requiere haber alcanzado una edad determinada para solicitar la modificación registral, en los hechos no se reconoce este derecho a los NNyA<sup>23</sup>.

En cambio, la legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida, a diferencia de otros países de la región, ha sido conciliada con el derecho a la identidad. Así, la ley 19.167 establece que la persona nacida por medio de donación gametos o embriones tiene derecho a conocer que se ha utilizado ese método y, por medio de una acción judicial, a conocer la identidad del donante<sup>24</sup>.

### • El derecho a la familia

El derecho a la protección de las relaciones familiares también tiene un lugar central en el CNA, tanto a través de la regulación de la adopción como de las medidas de protección para los NNyA cuyos derechos se encuentren amenazados o vulnerados. Luego de una profunda reforma realizada en 2013<sup>25</sup>, el sistema se encuentra organizado bajo el principio de fortalecer las relaciones en el ámbito de la familia biológica y evitar la institucionalización. Sin embargo, aún se mantienen resabios de la doctrina de la situación irregular, al punto tal de que las medidas de protección están previstas tanto para NNyA cuyos derechos “sean amenazados o vulnerados”, como para aquellos “niños que vulneren derechos de terceros”<sup>26</sup>.

El CNA impone el deber de comunicar de manera inmediata al juez competente o al INAU toda situación en que un NNoA se encuentre privado de su medio familiar<sup>27</sup>. Frente a ello, tras oír al NNoA, el INAU debe integrarlo de modo preferente con un miembro de su familia biológica o extensa, y si ello no es posible con una familia de aspirantes de adopción o con una familia de acogida, admitiéndose la internación provisional solo como último recurso y por el menor tiempo posible. Asimismo, se establece que de manera simultánea en sede judicial debe realizarse un “informe psicológico y social acerca de las posibilidades y conveniencia de mantener al niño, niña o adolescente en su familia de origen” y que, de considerarse posible y beneficioso el mantenimiento o su reinserción en ésta, se la ordenará de inmediato junto con “las medidas de apoyo que se requieran para preservar el vínculo”<sup>28</sup>. En cualquier caso, toda medida provisional no puede exceder de los cuarenta y cinco días para



menores de dos años y noventa días para quienes superen dicha edad, pudiendo prorrogarse por única vez por hasta cuarenta y cinco días. Vencido ese plazo, debe producirse la integración con la familia biológica o ampliada o bien con la familia seleccionada a los fines de la adopción<sup>29</sup>.

La condición de adoptabilidad del NNoA solo puede ser declarada judicialmente, en los casos expresamente previstos en el CNA, que son los habitualmente previstos en la legislación comparada<sup>30</sup>. Sin embargo, se ha omitido incorporar una prohibición expresa de fundar la adoptabilidad en la carencia de recursos materiales de la familia biológica, contemplándose el apoyo a los progenitores exclusivamente cuando manifiestan antes del parto su voluntad de dar al niño/a en adopción<sup>31</sup>. Este apoyo no debería limitarse a esos casos, sino que la ley debe garantizarlo para todas las situaciones de falta de recursos<sup>32</sup>. Al respecto, las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños” señalan que “La pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no deberían constituir nunca la única justificación para separar un niño del cuidado de sus padres, para recibir a un niño en acogimiento alternativo o para impedir su reintegración en el medio familiar, sino que deberían considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado”<sup>33</sup>.

De todos modos, es destacable que el CNA otorga un gran valor al mantenimiento de los vínculos con la familia de origen, pues en aquellos casos en los que el NNoA en condición de adoptabilidad mantenga con miembros de aquella “vínculos altamente significativos y favorables a su desarrollo integral, la adopción solo podrá realizarse si los adoptantes se obligan al respeto y preservación de este vínculo”<sup>34</sup>.

Otras disposiciones valiosas del procedimiento de adopción son que:

- Los NNyA deben prestar su consentimiento para que proceda la adopción y, si no fueren capaces de expresarlo, deberá prestarlo su defensor (art. 140.C).
- Se establece el carácter preferente de la adopción nacional por sobre la internacional. En este último caso, los adoptantes deben convivir con el NNoA al menos 6 meses en el territorio nacional durante la tenencia y se establece que el adoptado conservará la nacionalidad uruguaya, sin perjuicio de adquirir la de los adoptantes (arts. 150/155).
- Una vez ordenada la adopción, el Registro Civil debe emitir una nueva partida de nacimiento en la que no hará mención alguna a la condición de adoptado del NNoA (art. 147).
- Por principio general, la adopción es irrevocable. Pero a diferencia de otros países de la región, se ha previsto expresamente que la sentencia de adopción puede anularse por fraude, dolo o colusión (arts. 147/8) y se prohíbe expresamente la entrega de guarda o la tenencia con fines de adopción mediante escritura pública o documento privado. (art. 132-5).
- En el mismo sentido de evitar procesos fraudulentos, el INAU es la autoridad que centraliza las solicitudes de los interesados adopción. El Código expresamente establece que la selección de los adoptantes debe realizarse respetando el orden cronológico de inscripción, salvo en caso de hermanos, NNoA con capacidades diferentes o falta de interesados (art. 158.D).
- Tal como la mayoría de la legislación comparada de la región, el CNA también reconoce el derecho de todo adoptado a conocer esa condición. Pero en este caso se profundiza este derecho, pues se impone a los padres adoptivos, y subsidiariamente al INAU, el deber de informarle al respecto “atendiendo a su edad y características, así como apoyarle y acompañarle si éste deseara revincularse con su familia de origen”. Además, se reconoce su derecho a acceder al expediente de adopción y todos los antecedentes relacionados, aunque antes de alcanzar la mayoría de edad se impone un control judicial sobre la solicitud (art. 160.1 CNA).

## • El derecho a la protección contra toda forma de violencia

Una reforma legal realizada en 2007 incorporó al CNA una prohibición absoluta de “utilizar el castigo físico o cualquier tipo de trato humillante como forma de corrección o disciplina de niños, niñas o adolescentes” en cualquier ámbito -familiar, escolar, de vigilancia, etc.-<sup>35</sup>. Sin embargo, tal como remarcó el Comité en sus últimas observaciones finales, no se prevé una sanción específica para quienes infligen castigos corporales<sup>36</sup>, ni tampoco medidas de protección de urgencia para los NNyA.

*La Ley General de Educación establece la obligatoriedad de la educación desde el ciclo inicial hasta la educación media superior, que no concluye antes de los 17. Es en esta ley donde se garantizan los derechos previstos en la Convención en relación a la educación, dado que el CNA no contiene mayores referencias, más allá de reconocerlo como un derecho esencial.*

Más allá de algunas otras referencias en el CNA a la protección contra la violencia<sup>37</sup>, las principales disposiciones en la materia están en otras leyes. Por un lado, la “Ley de violencia doméstica”<sup>38</sup> comprende en su objeto los hechos de violencia sufridos por una persona causada por otra “con la cual tenga o haya tenido una relación afectiva basada en la cohabitación y originada por parentesco”<sup>39</sup>, por lo que absorbe los casos de violencia contra NNyA. Sin embargo, esta ley no ofrece un abordaje diferenciado para los NNyA y apenas prevé como medida específica la prohibición de “la confrontación o comparecimiento conjunto de la víctima y el agresor en el caso de los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años”<sup>40</sup> en el marco del proceso judicial.

En cambio, la más reciente ley contra la “Violencia hacia las mujeres basada en género”<sup>41</sup> contiene varias disposiciones referidas a los NNyA que son afectados por la violencia ejercida hacia sus madres, independientemente de su género, así como sobre la violencia ejercido de modo directo sobre niñas y adolescentes<sup>42</sup>. Así, uno de los principios rectores de esta ley es el interés superior de las niñas y adolescentes y se reconocen derechos específicos a los NNyA que sean víctimas o testigos de actos de violencia, con diversas medidas que procuran evitar su revictimización y ajustar las prácticas del sistema judicial a sus particularidades<sup>43</sup>.

Además, esta norma incluye numerosas directrices para combatir los estereotipos y la violencia basada en género en las instituciones educativas, las políticas de la comunicación, los organismos vinculados las políticas de niñez y adolescencia y el sistema sanitario, que comprenden particularmente a los NNyA.

Entre otras, merece remarcarse que

en el ámbito sanitario se dispone que los prestadores de servicios de salud deben garantizar que los NNyA accedan a medidas preventivas y al tratamiento de enfermedades de transmisión sexual, incluyendo “el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva así como a educación y orientación en materia de salud sexual, métodos anticonceptivos sin requerir previa autorización de los representantes legales”<sup>44</sup> y a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones previstas en la ley.

En el ámbito educativo, en tanto, se destacan las medidas para asegurar la permanencia en las instituciones escolares de las víctimas de violencia basada en género, que incluyen a los NNyA que deben mudar su residencia por esta clase de hechos y a las adolescentes embarazadas o que son madres.

Con esta ley, además, se dispuso la creación de juzgados especializados en violencia basada en género, doméstica y sexual, que absorben tanto los procesos de protección previstos en esta misma norma, como los procesos penales y civiles vinculados, incluyendo aquellos donde la violencia fuera ejercida contra niños o adolescentes de género masculino.

Asimismo, se reguló con un catálogo amplio de medidas cautelares, que van desde la prohibición de contacto del agresor con la víctima o sus hijos, o la restitución de éstos, a ordenar a los organismos públicos la prestación de servicios de salud o educativos, entre otros.

Esta ley también implicó modificar algunos artículos de los códigos Civil, Penal y Procesal Penal. Entre otros aspectos relevantes, en el ámbito civil se incluyó el haber sido condenado por femicidio y por delitos contra la libertad sexual como causal de pérdida de la patria potestad, en tanto que el mero sometimiento a proceso

implica su suspensión y la inhabilitación “para el ejercicio de funciones públicas y privadas en el área educativa, de la salud y todas aquellas que impliquen trato directo con niñas, niños y adolescentes”<sup>45</sup>. En materia penal, en tanto, se estableció que la prescripción de los delitos contra la libertad sexual de NNyA se suspende hasta que éstos alcancen la mayoría de edad y se modificaron varios aspectos relacionados a la tipificación del abuso sexual -v. gr. se incorporaron agravantes en relación a los NNyA, se tipificó el abuso sexual sin contacto comprendiendo la exhibición sexual de los menores de 18 años, se estableció una presunción de que media violencia en los contactos sexuales si se realizan “con descendiente o persona bajo su cuidado o autoridad menor de dieciocho años de edad”<sup>46</sup> o con una persona menor de 15 años<sup>47</sup>.

Por otro lado, una ley aprobada en 2011 instauró un régimen de pensiones para los hijos de las personas fallecidas como consecuencia de hechos de violencia doméstica<sup>48</sup>.

- **El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata**

Uruguay recientemente saldó una deuda de muchos años sancionando la ley “Para la prevención y el combate de la Trata de Personas”<sup>49</sup>. Esta norma se remite a la CDN y a su Protocolo Facultativo 2º, entre otros tratados de derechos humanos, para su interpretación e integración y otorga una especial protección a los NNyA. Así, reconoce el interés superior del niño como uno de sus principios rectores y establece que “Las intervenciones para la prevención y el combate a la trata de personas deben garantizar que niñas, niños y adolescentes sean reconocidos como sujetos plenos de derechos, debiendo considerar sus necesidades específicas de acuerdo a la etapa de crecimiento que transcurran y escucharles a través de profesionales especializados”<sup>50</sup>.

Es notorio que se realizó un esfuerzo en la redacción de ley para contener la mayor cantidad de casos o situaciones posibles. Así, se definió a la trata con suficiente amplitud, de modo que comprende una pluralidad de conductas realizadas con fines de explotación -aunque mediare el consentimiento de las víctimas-, sin requerir una finalidad específica. De

este modo, se indica a título ejemplificativo que la ley comprende especialmente tanto la trata con fines de explotación sexual como laboral, el matrimonio forzado o la venta de personas, pero la definición queda abierta a cualquier forma de explotación.

Del mismo modo, la ley también es amplia al definir a las víctimas, reconociendo este carácter a los NNyA no solo cuando sufren la trata de modo directo sino también cuando quien la sufre es la persona que está a cargo de ellos. Por esta vía, todos los derechos y garantías que amparan a las víctimas de la trata en general también tutelan a los NNyA si sus padres son los damnificados directos. Además, la ley prevé algunos derechos específicos, tales como el de ser informados en los procesos judiciales o administrativos por su Defensor “sobre el estado y alcance de las actuaciones, los plazos y las resoluciones en la causa, en forma accesible a su edad, teniendo en cuenta su madurez y grado de autonomía” y que “Se evite al máximo posible su concurrencia a la sede judicial, fiscal o policial”, aclarándose que en caso de ser necesario obtener su testimonio se realice a través de personal especializado y en lugares adecuados<sup>51</sup>.

En esta ley también se ha procurado garantizar el derecho a la educación de las víctimas. Así, expresamente establece que los NNyA tienen “derecho a integrarse de inmediato a la educación formal, aun cuando se encontraran fuera del período formal de inscripción o ingreso”<sup>52</sup>.

Asimismo, entre otras reformas al Código Penal, esta ley introdujo dos nuevas figuras delictivas: la unión matrimonial o concubinaria forzada -con un agravante para los casos en que las víctimas sean NNoA- y la apropiación de NNoA para fines de adopción.

En este punto cabe advertir que la edad mínima para contraer matrimonio es de 16 años<sup>53</sup>, lo que no resulta compatible con la Convención. Como reiteradamente se ha señalado, el matrimonio o las uniones equivalentes no debe ser admisible por debajo de los 18 años, sin excepciones.

El marco normativo de protección contra la violencia sexual se completa con otras disposiciones, más tradicionales, históricamente incluidas en el Código Penal, de donde surge que la edad mínima para el consentimiento sexual es de 12 años. Si bien se trata de una edad que se ubica entre las más bajas de la región, tiene cierta mitigación en el hecho de que se establece como regla general la presunción de que media violencia en el acto sexual practicado





© UNICEF Uruguay/2013-6230/Pirozzi

con menores de 15 años<sup>54</sup>. Del mismo modo, la mencionada ley de “Violencia basada en género hacia las mujeres” introdujo en el Código Penal la figura de abuso sexual, que tipifica aquellos casos en los que el acto sexual se realiza por medio de presión psicológica, intimidación o abuso de autoridad, entre otros, supuesto en cual también se presume que no media consentimiento en las relaciones con personas menores de 15 años de edad, excepto que estas tengan más de 12 y no sean superadas en más de 10 años por la otra persona que intervenga en el acto sexual. También se presume que no hay consentimiento si la persona es menor de 18 años y es descendiente o está al cuidado o bajo la autoridad de la otra<sup>55</sup>.

Al respecto, debe tenerse presente que el Comité ha señalado que “Los Estados partes deben tener en cuenta la necesidad de mantener un equilibrio entre la protección y el desarrollo evolutivo, y que es preciso fijar una edad mínima aceptable para el consentimiento sexual”<sup>56</sup> y ha cuestionado edades mínimas más elevadas que las fijadas por Uruguay<sup>57</sup>.

### • El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil

En relación a la protección contra la explotación laboral, el Código Penal tipifica como contravención a la instigación a la mendicidad de los niños<sup>58</sup>. El CNA, en tanto, fija la edad mínima de admisión al empleo en 15 años, con un máximo de 6 horas diarias, aunque excepcionalmente el INAU puede autorizar el trabajo desde los 13 años y ampliar la jornada a 8 horas para los mayores de 16 años<sup>59</sup>.

El Código también admite excepciones a la prohibición absoluta del trabajo nocturno, mediando autorización del INAU, aunque no regula en qué supuestos ésta puede concederse<sup>60</sup>. Si bien ni la Convención ni los Convenios aplicables de la OIT prohíben de manera absoluta del trabajo nocturno, reclaman que esté vedados en ciertas actividades y para los adolescentes que continúan escolarizados<sup>61</sup>, por lo que es recomendable limitar aún más la procedencia de esta excepción a la prohibición del trabajo nocturno, así como eliminar la facultad del INAU de otorgar permisos de empleo por debajo de los 15 años. Si bien el INAU ha reglamentado estos supuestos, resulta conveniente establecer los límites de manera clara en la ley, de forma tal de reducir la discrecionalidad de la administración.

Asimismo, merece la pena mencionar que en el 2013 se aprobó la “Ley de Empleo Juvenil”<sup>62</sup>, que establece un sistema de subsidios para los empleadores de jóvenes que tengan entre 15 y 24 años. Se advierte que con esta ley se buscó conciliar el interés de promover la inserción laboral de los jóvenes, especialmente de aquellos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, con el acceso al sistema educativo, pues se contempla la reducción de la jornada laboral y el otorgamiento de licencias especiales por estudio.

Sin embargo, debe recordarse que el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo reclama que los Estados eleven “progresivamente la edad mínima de admisión al empleo”<sup>63</sup>. La Ley de Empleo Juvenil, al promover el empleo desde los 15 años, confronta con ese deber progresivo. Además, el mismo Convenio exige que la edad mínima de admisión al empleo no sea inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a los 15 años.



## • El derecho a la educación

Precisamente, la Ley General de Educación<sup>64</sup> establece la obligatoriedad de la educación desde el ciclo inicial hasta la educación media superior, que no concluye antes de los 17<sup>65</sup>. Es en esta ley donde se garantizan los derechos previstos en la Convención en relación a la educación, dado que el CNA no contiene mayores referencias, más allá de reconocerlo como un derecho esencial<sup>66</sup>.

Así, esta ley establece que la educación estatal se regirá por los principios de gratuidad, laicidad, igualdad de oportunidades, diversidad e inclusión educativa y participación, entre otros. Además, la ley reconoce al “interés superior del educando” como un “Principio específico de interpretación e integración”<sup>67</sup>.

Algunas disposiciones de la LGE, que convierten estos principios en derechos concretos y merecen destacarse son las previsiones para garantizar la continuidad educativa de las alumnas en estado de gravidez<sup>68</sup> y de los alumnos con discapacidad o enfermedad que afecte su proceso de aprendizaje, así como el reconocimiento del derecho de los educandos a la agremiación y participación en la gestión educativa<sup>69</sup>. Sin embargo, en sus últimas Observaciones Finales al Estado el Comité advirtió que algunos de estos derechos no están siendo implementados con efectividad<sup>70</sup>.

Como ya vimos, la Ley contra la “Violencia hacia las mujeres basada en género” también contiene disposiciones sobre el ámbito educativo, que buscan garantizar la continuidad de los estudios para las víctimas de violencia y promover la erradicación de la violencia de género a través de la educación, entre las que se incluye incorporar a los contenidos curriculares “la perspectiva de género, el respeto y la libertad en las relaciones interpersonales, el derecho humano a la vida libre de violencia, la igualdad entre hombres y mujeres, la democratización de las relaciones familiares y la deslegitimación de los modelos violentos”.<sup>71</sup>

## • El derecho a la salud

El derecho a la salud también originalmente apenas era reconocido como un derecho esencial en el CNA. Sin embargo, una reforma legislativa realizada en 2008, amplió su recepción en el Código, disponiendo expresamente que los NNyA tienen “derecho a la

información y acceso a los servicios de salud, inclusive los referidos a la salud sexual y reproductiva, debiendo los profesionales actuantes respetar la confidencialidad de la consulta”, aunque se aclara que de acuerdo a su edad “se propenderá a que las decisiones sobre métodos de prevención de la salud sexual u otros tratamientos médicos que pudieran corresponder, se adopten en concurrencia con sus padres u otros referentes adultos de su confianza, debiendo respetarse en todo caso la autonomía progresiva de los adolescentes”<sup>72</sup>.

Asimismo, si bien en la “Ley de los derechos y obligaciones de los pacientes y usuarios de los servicios de salud”<sup>73</sup> no se había contemplado la situación específica de los NNyA y se disponía que sus derechos debían ser ejercidos por su representante legal, al dictarse la reglamentación<sup>74</sup> se corrigió largamente esa omisión, garantizando con amplitud sus derechos.

Así, el derecho a la confidencialidad de la consulta, que ya había sido introducido en el CNA, se extiende reconociendo expresamente que “Los adolescentes a quienes, de acuerdo al principio de autonomía progresiva, los profesionales de la salud consideren suficientemente maduros para recibir atención fuera de la presencia de los padres, tutores u otros responsables, tienen derecho a la intimidad y pueden solicitar servicios confidenciales e incluso tratamiento confidencial” y que en ningún caso se podrá negar la inmediata atención a los NNyA alegando la ausencia de sus padres o responsables<sup>75</sup>. También se reconoce el derecho de los adolescentes a la confidencialidad de su historia clínica frente a sus familiares, salvo situación de grave riesgo<sup>76</sup>.

El derecho a recibir información y ser oído, en tanto, no se reduce a los adolescentes, sino que también ampara a niñas y niños, de acuerdo a su edad y madurez<sup>77</sup>. Del mismo modo, se reconoce el principio de autonomía progresiva, facultándose a los adolescentes a brindar su consentimiento informado para ciertos tratamientos, en tanto que en los demás casos y para las niñas y niños se establece que las decisiones se deben adoptar “en concurrencia con sus padres u otros adultos de su confianza”<sup>78</sup>.

Es de destacar que en 2012 Uruguay despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo<sup>79</sup>. En el caso de las adolescentes la ley remite a la reforma realizada al CNA en 2008, por lo que se desprende que debe concurrir el consentimiento de ellas y de sus padres (u otros referentes adultos de su confianza). Pero en caso

de que éstos nieguen el asentimiento, o fuera imposible obtenerlo, las adolescentes pueden solicitar una autorización judicial<sup>80</sup>. El cuadro normativo en la materia, además, se integra con la ya mencionada ley contra la “Violencia hacia las mujeres basada en género” y con la ley de “Defensa del derecho a la salud sexual y reproductiva”<sup>81</sup>. Esta última norma no solo introdujo el art. 11 bis al CNA, sino que definió como objetivos de las políticas y programas de salud sexual y reproductiva, entre otros, a la difusión y protección de los derechos de NNyA y a la capacitación de los docentes de los ciclos primario, secundario y terciario.

Por otro lado, debe advertirse que el CNA contempla como medidas de protección al tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico ambulatorio y, de modo excepcional, a la internación compulsiva. Estas medidas solo pueden ser dispuestas por orden judicial y en el caso de la internación compulsiva solo procede frente a patologías psiquiátricas, episodios agudos vinculados al consumo de drogas o grave riesgo para su salud, su vida o la integridad física de terceros<sup>82</sup>. Este último supuesto es el único que resulta cuestionable, pues puede provocar la internación compulsiva como medio de prevención penal, sin otra medida de control que la prescripción médica y la orden judicial.

Sin embargo, el riesgo de la utilización de esta causal como modo de detención cautelar se encuentra fuertemente limitado por la recientemente aprobada “Ley de Salud Mental”, que enfatiza que “la hospitalización es considerada un recurso terapéutico de carácter restringido, [que] deberá llevarse a cabo sólo cuando aporte mayores beneficios que el resto de las intervenciones realizables en el entorno familiar, comunitario y social

de la persona y será lo más breve posible” y que, en el caso de NNyA, se debe realizar “en hospital pediátrico o en áreas de internación pediátrica en hospitales generales”<sup>83</sup>. Además, esta ley busca que la hospitalización no interrumpa los vínculos familiares, disponiendo que deben ser promovidos salvo que medien razones terapéuticas debidamente fundadas.

La “Ley de Salud Mental”, lógicamente, también regula otros aspectos relevantes sobre los NNyA por fuera de la hospitalización. Así, dispone que debe favorecerse “la integración educativa de las personas con trastorno mental” y su acceso a las actividades y expresiones culturales, enfatizando que en el caso de los NNyA “deberá protegerse el derecho a la educación a lo largo de todo el ciclo educativo, contemplando las necesidades específicas de acuerdo a la severidad de su trastorno y las condiciones sociofamiliares y culturales”<sup>84</sup>.

También es de destacar que la ley indica que en el caso de NNyA con trastornos mentales, para realizar intervenciones biológicas y psicosociales, se debe recabar su consentimiento de acuerdo a su edad y condición mental, junto con el de sus responsables legales<sup>85</sup>.

En materia de salud, finalmente, otra norma que merece mencionarse es el Decreto 287/12, que garantiza el acceso de los adolescentes que carezcan de responsables adultos a los servicios de salud del Estado, a través de un carné de asistencia gratuito. Esta medida es especialmente relevante en tanto la Constitución dispone que en relación al cuidado de la salud “El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes”<sup>86</sup>.

*Si bien el CNA regula con suficiente amplitud los derechos de los adolescentes que son sometidos a proceso, existe una omisión que compromete todo el sistema y resulta incompatible con la Convención: no se ha previsto un sistema especializado a nivel nacional.*



## • El sistema de responsabilidad penal adolescente

Por último, el CNA dedica una sección a los adolescentes en conflicto con la ley penal. Se fija en 13 años la edad mínima de responsabilidad penal y se establece un sistema de sanciones diferenciado entre los menores de 15 años y los mayores de esa edad, respecto de quienes las medidas privativas de la libertad -para ciertos delitos calificados de "gravísimos"<sup>87</sup>- tienen un mínimo de un año de duración. En ningún caso la privación de la libertad puede superar los 5 años<sup>88</sup>, lo que lo ubica entre los más bajos de la región.

De todos modos, el CNA contiene un amplio catálogo de medidas socioeducativas no privativas de la libertad, tales como la advertencia, la amonestación, la obligación de reparar el daño, la prestación de servicios comunitarios, la libertad asistida y la libertad vigilada, entre otras, y también se admite la cancelación de la acción penal por tratarse de un hecho de poca gravedad o por mediar pena natural (principio de oportunidad reglada).

Si bien el CNA regula con suficiente amplitud los derechos de los adolescentes que son sometidos a proceso, existe una omisión que compromete todo el sistema y resulta incompatible con la Convención: no se ha previsto un sistema especializado a nivel nacional. Aunque ya en el año 2007 el Comité reclamó al Estado que "Elabore y ponga en funcionamiento un sistema especializado de justicia de menores con profesionales debidamente formados"<sup>89</sup>, no se han hecho avances legislativos en este campo.

También merecen cuestionarse algunas reformas parciales al CNA - efectuadas entre 2011 y 2017- por las que se ampliaron las características punitivas del sistema y que también motivaran el reproche del Comité<sup>90</sup>.

Así, la ley 18.777, extendió entre los delitos comprendidos por el sistema a la tentativa de hurto. Aunque en este caso no se admiten medidas privativas de la libertad, debe recordarse que el artículo 40.4 de la Convención reclama que las medidas que se tomen con los adolescentes a los que se declare culpables de haber infringido leyes penales guarden "proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción"<sup>91</sup>, por lo que sería recomendable excluir también del catálogo de sanciones para estos casos medidas tales como la libertad vigilada o asistida.

Más cuestionable aún es la modificación efectuada en materia de antecedentes por medio de la ley 18.778. Esta norma exceptuó a ciertos delitos gravísimos<sup>92</sup> de la regla general de eliminación del registro de antecedentes al cumplir la mayoría de edad. En estos casos, el juez puede imponer como sanción accesoria la conversación de los antecedentes para cuando alcance la mayoría de edad, por un período de hasta dos años desde que supere esa franja etaria o cumpla la pena impuesta, admitiéndose su valoración en procesos posteriores. Esta modificación, aunque limita el alcance de la conservación de los antecedentes, desconoce el principio incluido en las Reglas de Beijing que reclama que "Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente"<sup>93</sup>.

Luego, la ley 19.055, estableció un régimen especial para los delitos gravísimos cuando se trate de mayores de 15 años. Entre otras medidas, esta ley elevó el mínimo de la pena de privación de la libertad a un año, redujo las posibilidades de libertad anticipada y prolongó el plazo máximo de duración de la prisión preventiva, admitiendo su extensión hasta el dictado de la sentencia definitiva, independientemente del tiempo que ello implique y de los riesgos procesales.

Finalmente, la ley 19.551 dispuso la adecuación del sistema de responsabilidad penal adolescente previsto en el CNA al procedimiento acusatorio, que Uruguay adoptó para el proceso penal referido a los adultos recientemente<sup>94</sup>. Más allá del fortalecimiento de ciertas garantías para la defensa, esta reforma implicó extender aún más las causales de procedencia y duración de las medidas cautelares, admitiéndose como causal la seguridad para la sociedad e incluso fijándose una presunción legal de que existe riesgo de fuga en caso de ciertos delitos<sup>95</sup>. Estas disposiciones son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>96</sup>, aun cuando recaen sobre adultos, por lo que no cabe más que reprochar especialmente su utilización en procesos referidos a adolescentes.



### 3. Recomendaciones

La legislación uruguaya en relación a los NNyA se encuentra entre las más modernas de la región y, en líneas generales, no se observan grandes desacoples con el marco jurídico internacional. Algunas leyes, como la “Ley de Violencia hacia las mujeres basada en género”, la “Ley para la prevención y el combate de la Trata de Personas” o la amplia normativa en materia en materia del derecho a la salud, bien podrían servir de ejemplo para los demás países analizados en este informe. Sin embargo, algunas cuestiones puntuales de la legislación uruguaya resultan incompatibles con la Convención y deben ser modificadas.

Una de las discrepancias más notorias es la edad mínima para contraer matrimonio. El Código Civil admite el matrimonio desde los 16 años<sup>97</sup>. Como ya se ha señalado reiteradamente en este informe, la edad mínima para contraer matrimonio no debe ser inferior a los 18 años, sin excepciones.

También es muy cuestionable la edad mínima para consentir las relaciones sexuales (12 años). Más allá de la presunción de que no media consentimiento por debajo de los 15 años, esta edad mínima debería al menos armonizarse con el CNA, en tanto allí se establece el inicio de la adolescencia a los 13 años.

También es conveniente elevar la edad mínima de admisión al empleo, de forma concordante con la escolarización obligatoria. En cualquier caso, debe eliminarse la facultad del INAU de otorgar excepcionalmente permisos de trabajo desde los 13 años y regular en la ley, con fuertes restricciones, la autorización para el trabajo nocturno.

Aunque puede interpretarse que la edad desde de la que se admite la responsabilidad penal (13 años) fue establecida en concordancia con la delimitación del inicio de la adolescencia, lo cierto es que también se encuentra entre las más bajas de la región y debería ser elevada. En este sentido, la CIDH ha instado a los Estados “a elevar progresivamente la edad mínima bajo la cual los niños pueden ser responsables conforme al sistema de justicia juvenil hacia una edad más cercana a los 18 años de edad”<sup>98</sup>.

En esta materia, además, es indispensable derogar la ley 18.778, pues la prohibición de utilizar el registro de antecedentes por infracciones a la ley penal ocurridas en la adolescencia no admite excepciones. También deberían revisarse las reglas de procedencia

y duración de la prisión preventiva para los llamados “delitos gravísimos”. La prisión preventiva no puede justificarse por fuera de los riesgos procesales y siempre debe ser por el mínimo tiempo posible, no resultando compatible con la CADH establecer por ley su duración hasta la finalización del proceso, desatendiéndose de las particularidades de cada caso. Una regla de este tipo desconoce el carácter excepcional de esta medida y la convierte en una pena anticipada<sup>99</sup>.

También es recomendable revisar la regulación de las medidas de protección en el CNA, en tanto no distingue entre NNyA cuyos derechos estén amenazados o vulnerados y aquellos “niños que vulneren derechos de terceros”<sup>100</sup>. Las intervenciones estatales sobre niñas y niños por debajo de la edad mínima de responsabilidad nunca debieran tener por fundamento una conducta juzgada como violatoria de la ley o de derechos de terceros.

En otros asuntos no se trata de derogar normas incompatibles con la Convención, sino de extender derechos y garantías. Así, el principio de interés superior puede ser definido de un modo más amplio, en el sentido propuesto en el apartado 2º de este capítulo.

También es recomendable ampliar la definición del derecho a la identidad, abarcando la identidad cultural y de género. Los NNyA deben contar con amparo legal para adecuar sus registros identificatorios a su autopercepción de género. En este sentido, también sería conveniente dictar una ley que regule el funcionamiento del Registro Civil y extender los plazos de prescripción para las acciones de filiación. Cuando estas acciones, protectorias del derecho a la identidad, son entabladas directamente por el/la interesado/a no deberían fijarse plazos exigüos de prescripción.

En relación a la protección de las relaciones familiares, es conveniente incorporar una prohibición expresa de fundar la declaración de adoptabilidad en la carencia de recursos materiales de la familia biológica, garantizando en esos casos medidas de apoyo a los progenitores que deseen criar a sus hijos.

Finalmente, aunque el CNA en su primer artículo establece que siempre que “se refiere a niños y adolescentes comprende ambos géneros”, podría recurrirse a las “Recomendaciones para un uso no sexista del lenguaje” de la UNESCO para adecuar su redacción.



## Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 Por todos, ver sentencia 365/2009, expte. "S.C., B.S. Denuncia. Excepción de Inconstitucionalidad arts. 1, 3 Y 4 de la Ley N° 15.848", 19/10/2009.
- 5 Art. 7: "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general." Ver también arts. 8 a 39, donde se reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la intimidad y las garantías penales.
- 6 Art. 40 "La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad". Art. 41 "El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten. La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso". Art. 42: "Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él. La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo".
- 7 Art. 43: "La ley procurará que la delincuencia infantil esté sometida a un régimen especial en que se dará participación a la mujer." Este artículo fue incorporado a la Constitución en 1934 y su redacción refleja que fue pensado en el marco de la doctrina de la "situación irregular".
- 8 Ver arts. 68 a 71. También se dispone la exención de impuestos para la enseñanza privada.
- 9 Arts. 73 y 74. Ver también art. 75, que reconoce la posibilidad de acceder a la ciudadanía uruguaya para los extranjeros que residen en el país.
- 10 Ley 9342/1934.
- 11 Art. 6 CNA.
- 12 Art. 3.1 CDN.
- 13 Comité de los derechos del niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).
- 14 Art. 4 CNA.
- 15 Ibid.
- 16 Antes de la sanción del CNA, regía el Decreto-Ley 15.462/1983, pero también se limitaba a abordar la determinación los apellidos.
- 17 Art. 30 CNA (t.o. ley art. 27 ley 17.050).
- 18 Ar. 198 CNA.
- 19 Art. 29 CNA, modificatorio del art. 219 del Código Civil.
- 20 V. gr. Colombia o Ecuador (ver los capítulos referidos a esos países en este informe).
- 21 En tanto dispone que "Se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico".
- 22 Este artículo establece que no se negará a los niños que pertenecen a minorías étnicas o a pueblos indígenas el derecho "a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma".
- 23 Debe recordarse, tal como se ha apuntado al evaluar la legislación restrictiva de otros países (v. gr. Ecuador, Paraguay), que la Corte IDH ha afirmado que el derecho a la identidad de género ampara "a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida" y que "debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación". Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo", 25 de noviembre de 2017, párr. 154. Ver también Observación General núm. 20 "sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia", CRC/C/GC/20, párr. 34, y "Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género" ("Principios de Yogyakarta").
- 24 A diferencia de otros países (v. gr. Argentina), la ley uruguaya no requiere de causa alguna para que proceda la revelación de la identidad del donante, bastando la petición del nacido por esta técnica. También es valioso que no impone plazos para esta acción, aunque los NNyA no puede realizarla por sí mismos, sino que deben impulsarla por medio de sus representantes legales. Lógicamente, la ley establece que no hay vínculo filial ni derechos ni obligaciones entre el donante y la persona nacida por medio de esta técnica.
- 25 Ley N° 19.092/2013.
- 26 Art. 117 CNA.
- 27 Art. 132 CNA. Este deber recae tanto en los progenitores, o quienes estén a cargo del NNoA, que no puedan seguir con su cuidado, como sobre quienes reciban al niño de hecho, sin parentesco o mandato legal alguno, o cualquier otra persona que tome conocimiento de la situación por su empleo o vínculo familiar.
- 28 Art. 132.1 CNA.
- 29 Art. 132.2 CNA.
- 30 Art. 132.3 CNA "... La condición de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente se verificará en los siguientes casos: A) Ruptura o grave deterioro de los vínculos afectivos. B) Cuando estos no se hubiesen desarrollado con sus progenitores u otros miembros de la familia de origen que eventualmente se hubieran encargado o puedan encargarse de su cuidado.

- C) Por hallarse expuesta su salud física, emocional, mental o espiritual. D) Por encontrarse en riesgo de vulneración sus derechos y siempre que se considere posible el establecimiento de nuevos vínculos afectivos adecuados a su situación, logrando su protección integral.”
- 31 Art. 135.1 CNA. Es importante destacar que este artículo también dispone que en estos casos “La voluntad de los progenitores de no hacerse cargo del niño deberá ser ratificada o rectificada a partir de los treinta días del nacimiento”.
- 32 Aunque en el año 2013 se aprobó la “Ley sobre los Subsidios por Maternidad y por Paternidad” (ley 19161/2013), este subsidio se limita al período próximo posterior al parto.
- 33 A/RES/64/142, párr. 14.
- 34 Art. 138 CNA.
- 35 Art. 12 bis (agregado por el artículo 1° de la Ley N° 18.214/2007). Del mismo modo, el art. 16.F establece que es deber de los padres “Corregir a sus hijos o tutelados, excluyéndose la utilización del castigo físico o cualquier tipo de trato humillante”.
- 36 CRC/C/URY/CO/3-5, párr. 31.
- 37 Por ejemplo, se fija como principio que los anuncios publicitarios “no deben incitar a la violencia, a la comisión de actos delictivos o a cualquier forma de discriminación” (art. 183.A CNA).
- 38 Ley 15.514/2002.
- 39 Art. 2 Ley 15.514/2002.
- 40 Art. 18 Ley 15.514/2002.
- 41 Ley 19.580/2017.
- 42 Cuando los niños y adolescentes de género masculino son víctimas de manera directa de violencia doméstica se aplica ley 17.514, sancionada en 2002, que tal como se indicó, tiene un alcance mucho más limitado.
- 43 Art. 9 Ley 19.580/2017: “Derechos de las niñas, niños y adolescentes en los procesos administrativos y judiciales. Se reconoce a las niñas, niños y adolescentes, sean víctimas o testigos de actos de violencia, sin perjuicio de los derechos que establecen las normas aplicables, el derecho a:
- A) Ser informados por su defensa sobre sus derechos, el estado y alcance de las actuaciones administrativas, los plazos y resoluciones judiciales en la causa, en forma accesible a su edad, teniendo en cuenta su madurez y grado de autonomía.
- B) Que su relato sobre los hechos denunciados sea recabado por personal técnico especializado, en lugares adecuados a tal fin y evitando su reiteración.
- C) A la restricción máxima posible de concurrencia a la sede judicial o policial, así como a ser interrogados directamente por el tribunal o por personal policial.
- D) Ser protegidos en su integridad física y emocional, así como su familia y testigos, frente a posibles represalias, asegurando que los mismos no coincidan en lugares comunes con las personas denunciadas en los espacios judiciales y policiales.
- E) En las audiencias no podrá estar presente la persona denunciada como agresora y la defensa no podrá formular preguntas a la niña, niño o adolescente salvo previa autorización del Tribunal y solamente a través del personal técnico especializado.
- F) El respeto de la privacidad de la víctima y familiares denunciados respecto de terceros, manteniendo en reserva su identidad e imagen y la adopción de medidas necesarias para impedir su utilización por los medios de comunicación.
- G) Recibir información previa accesible a su edad y madurez. Para la realización de los exámenes u otras acciones que afecten su intimidad, podrán ser acompañados por la persona adulta de confianza que ellos mismos elijan.”
- 44 Art. 22 Ley 19.580/2017.
- 45 Art. 79 Ley 19.580/2017.
- 46 Art. 272 bis inc. b Código Penal.
- 47 Esta presunción no rige “si se tratare de relaciones consensuadas entre personas mayores de doce años y no exista entre ambas una diferencia mayor a diez años” (art. 272 bis inc. a Código Penal).
- 48 Ley N° 18.850/2011. Establece una pensión mensual y una asignación familiar mensual.
- 49 Ley 19.643/2018.
- 50 Art. 6 Ley 19.643. Un siguiente párrafo agrega que “Previo a adoptar medidas que les afecten, tales como la separación o el reintegro a la vida familiar, deben evaluarse los riesgos y beneficios que conllevan, priorizándose sus derechos e interés superior.”
- 51 Art. 33 Ley 19.643.
- 52 Art. 20 Ley 19.643.
- 53 Art. 91.1 Código Civil (t.o. art. 26 ley 17.050).
- 54 Art. 272 CP, que tipifica el delito de violación. Esta presunción admite prueba en contrario a partir de los 12 años.
- 55 Art. 272 bis CP: “(Abuso sexual). - El que por medio de la intimidación, presión psicológica, abuso de poder, amenaza, fuerza o cualquier otra circunstancia coercitiva realice un acto de naturaleza sexual contra una persona, del mismo o distinto sexo, será castigado con pena de ocho meses de prisión a seis años de penitenciaría. La misma pena se aplicará cuando en iguales circunstancias se obligue a una persona a realizar un acto de naturaleza sexual en contra de un tercero. La violencia se presume cuando el acto de naturaleza sexual se efectúa: 1. Con una persona menor de quince años. Esta presunción no regirá si se tratare de relaciones consensuadas entre personas mayores de doce años y no exista entre ambas una diferencia mayor a diez años. 2. Con descendiente o persona bajo su cuidado o autoridad menor de dieciocho años de edad.
3. Con persona que, por causas congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias, se halla, en el momento de la ejecución del acto, privada de discernimiento o voluntad. 4. Con persona arrestada o detenida, siempre que el imputado resulte ser el encargado de su guarda o custodia. En los casos previstos en los numerales 1 a 4 precedentes, la pena mínima se elevará a dos años de penitenciaría.”
- 56 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 40. Debe advertirse que, aun refiriéndose a edades mínimas más elevadas para el consentimiento sexual fijadas en otros países de la región, el Comité señaló que “observa con preocupación que la bajísima edad mínima para el consentimiento sexual (13 años) aumenta el riesgo de que los niños sufran abusos sexuales y tengan embarazos precoces” (CRC/C/CRI/4, párr. 26).
- 57 Por ejemplo, en sus observaciones finales sobre Costa Rica,



- el Comité señaló que “observa con preocupación que la bajísima edad mínima para el consentimiento sexual (13 años) aumenta el riesgo de que los niños sufran abusos sexuales y tengan embarazos precoces” (CRC/C/CRI/4, párr. 26).
- 58 Castigado con pena de 7 a 30 días de prestación de trabajos comunitario (art. 361 Código Penal, t.o. ley 19.120).
- 59 Art. 162, 165 y 169 CNA.
- 60 Art. 172 CNA.
- 61 Ver Convenios núm. 79 (trabajos no industriales, 1946) y núm. 90 (trabajos industriales, 1948) de la OIT, que establecen que los niños menores de 14 años o que reciban una educación a tiempo completo deben disponer de un período de 14 horas para descansar, incluyendo el período entre las 8 de la tarde y las 8 de la mañana (artículo 2.1 del Convenio núm. 79); todas las personas menores de 16 años deben disponer de 12 horas de descanso (artículo 3 del Convenio núm. 79 y artículo 2 del Convenio núm. 90), y las personas entre 16 y 18 años al menos de siete horas (artículo 2 del Convenio núm. 90).
- 62 Ley 19.133/2013.
- 63 Art. 1 Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), OIT. Ver también la Recomendación (núm. 146) que lo complementa.
- 64 Ley 18.437/2009.
- 65 Los niveles educativos son: 1. Educación inicial (entre 3 y 5 años de edad); 2. Educación primaria; Educación media básica; Educación media superior; 4. Educación terciaria; Educación de postgrado.
- 66 Art. 9 CNA.
- 67 Art. 120 LGE.
- 68 Art. 74 LGE: “Las alumnas en estado de gravidez tendrán derecho a continuar con sus estudios, en particular el de acceder y permanecer en el centro educativo, a recibir apoyo educativo específico y justificar las inasistencias pre y post parto, las cuales no podrán ser causal de pérdida del curso o año lectivo”.
- 69 Art. 72 LGE: “Los educandos de cualquier centro educativo tendrán derecho a: a) Recibir una educación de calidad y acceder a todas las fuentes de información y cultura, según lo establecido por la presente ley; b) Recibir los apoyos educativos específicos y necesarios en caso de discapacidad o enfermedad que afecte su proceso de aprendizaje; c) Agremiarse y reunirse en el local del centro educativo. Cada Consejo reglamentará el ejercicio de este derecho, con participación de los educandos; d) Participar, emitiendo opinión y realizando propuestas a las autoridades de los centros educativos y de los Consejos de Educación, en aspectos educativos y de gestión del centro educativo; e) Emitir opinión sobre la enseñanza recibida. Los Consejos deberán reglamentar la forma en que los educandos podrán ejercer este derecho.”
- 70 Así, “El Comité también está preocupado por que los consejos participativos en la esfera de la educación no sean completamente operativos, en particular en la enseñanza secundaria”. CRC/C/URY/CO/3-5, párr. 27.
- 71 Art. art. 21.C, Ley 19.580.
- 72 Art. 11 bis CAN, según “Ley de Defensa del derecho a la salud sexual y reproductiva” (ley 18.426/2008). El artículo también establece que “En caso de existir riesgo grave para la salud del niño, niña o adolescente y no pudiera llegarse a un acuerdo con éste o con sus padres o responsables del mismo en cuanto al tratamiento a seguir, el profesional podrá solicitar el aval del Juez competente en materia de derechos vulnerados o amenazados de niños, niñas y adolescentes, quien a tales efectos deberá recabar la opinión del niño, niña o adolescente, siempre que sea posible”.
- 73 Ley 18.335/2008.
- 74 Decreto 274/2010.
- 75 En estos casos, el establecimiento médico debe tratar de contactarlos a fin de informarlos de la situación a menos que se trate de una consulta confidencial. Art. 11 Decreto 274/2010.
- 76 Art. 31 Decreto 274/2010: “Los adolescentes tienen derecho a que se guarde confidencialidad también respecto de sus familiares, incluyendo a sus padres, tutores u otros responsables, de los datos relativos a su salud que contenga su historia clínica, salvo que a juicio del profesional de la salud actuante o de la Dirección Técnica del servicio de salud exista riesgo grave para la salud del usuario o paciente o de terceros”.
- 77 Art. 18 Decreto 274/2010: “Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que se le brinde información sobre los procedimientos de atención a su salud, en términos adecuados a su edad y a la evolución de sus facultades. En todos los casos, tendrán derecho a ser oídos y a obtener respuestas a sus interrogantes y sus opiniones deberán ser debidamente tenidas en cuenta en función de su edad y madurez. Corresponde al profesional de la salud actuante la valoración del grado de madurez y de capacidad natural del niño, niña o adolescente, considerando el tipo de procedimiento de atención a su salud de que se trate. Deberá tenerse en cuenta la competencia del niño, niña o adolescente para comprender la situación planteada, los valores en juego, las posibles opciones y sus consecuencias previsibles.”
- 78 Art. 24 Decreto 274/2010: “El consentimiento informado será otorgado personalmente por el paciente, salvo en los siguientes casos:  
a) Tratándose de niños, niñas y adolescentes no emancipados ni habilitados de edad, será otorgado por sus representantes legales. De acuerdo a la edad del niño, niña o adolescente, se propenderá a que las decisiones sobre la atención de su salud, incluyendo los métodos de prevención de la salud sexual, se adopten en concurrencia con sus padres u otros adultos de su confianza, debiendo respetarse en todos los casos la autonomía progresiva de los adolescentes. Sin perjuicio de lo previsto precedentemente, tratándose de adolescentes podrán efectuarse actos de atención a su salud con su consentimiento fundado y sin el consentimiento de los padres, tutores y otros responsables, si en función de su grado de madurez y evolución de sus facultades, el profesional de la salud actuante considera que el adolescente es suficientemente maduro para ejercer el derecho a consentir. En tal caso, se informará a los padres, tutores u otros responsables que se actúa de acuerdo al interés superior del adolescente. Fuera de las situaciones previstas en el Artículo 22 del presente Decreto, de existir riesgo grave para la salud del niño, niña o adolescente y si no pudiera llegarse a un acuerdo con éste o con sus padres o responsables en cuanto al tratamiento a seguir, el profesional podrá solicitar el aval



- del Juez competente en materia de derechos vulnerados o amenazados de niños, niñas y adolescentes de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 11 bis del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley Nro. 17.823 de 7 de setiembre de 2004), en la redacción dada por el Artículo 7 de la Ley Nro. 18.426 de 1º de diciembre de 2008.
- En caso de donación en vida de progenitores hematopoyéticos y médula ósea a favor de sus parientes consanguíneos en línea colateral de segundo grado cuando los otros recursos terapéuticos disponibles se hayan agotado, además de contar con autorización de Juez Letrado competente, se deberá recabar cuando sea posible la opinión del menor y de sus representantes legales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del Artículo 13 de la Ley Nro. 14.005 de 17 de agosto de 1971, en la redacción dada por el Artículo 6 de la Ley Nro. 17.668 de 15 de julio de 2003”.
- 79 Ley 18.987/2012. La interrupción voluntaria del embarazo puede practicarse en las primeras 12 semanas de gestación, a través de un procedimiento regulado en la ley. Luego de ese período, solo procede en ciertos casos: violación (hasta las 14 semanas de gestación), grave riesgo de salud para la mujer o cuando se verifique un proceso patológico, que provoque malformaciones incompatibles con la vida extrauterina.
- 80 El juez competente debe resolver en 3 días, luego de oír a la adolescente y al Ministerio Público, en un procedimiento verbal y gratuito.
- 81 Ley 18.426/2008.
- 82 Arts. 120 y 121 CNA (t.o. ley 19.149/2013).
- 83 Art. 24 Ley 19.529/2017.
- 84 Art. 14 Ley 19.529/2017.
- 85 Art. 23 Ley 19.529/2017.
- 86 Art.44 inc. 2 Constitución de la República.
- 87 Se trata de homicidio intencional con agravantes especiales, lesiones gravísimas, violación, rapiña, privación de libertad agravada, secuestro, extorsión, tráfico de estupefacientes, y todo delito castigado con una pena mínima de 6 años de prisión o con un máximo igual o superior a los 12 años.
- 88 El máximo es el mismo para los menores de 15 años, pero la diferencia es que el mínimo de las medidas privativas de la libertad para ellos es inferior.
- 89 CRC/C/URY/CO/2, párr. 68.
- 90 CRC/C/URY/CO/3-5, párr. 69-73.
- 91 Del mismo modo, también puede observarse que el CNA incluye dentro del sistema de responsabilidad penal adolescente, a los delitos culposos consumados.
- 92 Delitos de delito de violación, rapiña, copamiento, secuestro y las diferentes variantes del homicidio intencional.
- 93 Art. 21.2 “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores” (A.G. res. 40/33).
- 94 Un nuevo Código Procesal Penal de corte acusatorio fue aprobado en 2014 y entró en vigencia en 2017 (Ley 19.293).
- 95 Ver art. 224 Código Procesal Penal, al que remite el art. 76 CNA tras la reforma efectuada por la ley 19.551.
- 96 Al respecto, por todos, “La Comisión Interamericana entiende que la norma contenida en el artículo 7.5 de la Convención [en referencia a la CADH] prevé como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los riesgos de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial. En este sentido, lo que se pretende por medio de la aplicación de esta medida cautelar es concretamente lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los riesgos procesales que atentan contra ese fin. Por lo tanto, es contrario a esta norma y al derecho a la presunción de inocencia, e incongruente con el principio de interpretación pro homine, el que se justifique la detención previa al juicio en fines preventivos como la peligrosidad del imputado...”. CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2013, OEA/Ser.L/V/II. Doc.46/13.
- 97 Art. 91.1 Código Civil.
- 98 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, 2011, OEA/Ser.L/V/II, parr. 59.
- 99 Ver al respecto CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2013, OEA/Ser.L/V/II. Doc.46/13.
- 100 Art. 117 CNA.



# VENEZUELA



© UNICEF Venezuela/2019/Montico

## 1. Estatus jurídico. Reservas. Protocolos facultativos. Disposiciones relevantes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

De manera concordante con las constituciones de la región aprobadas o reformadas a partir de la última década del Siglo XX, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) -aprobada en 1999- otorga expresamente jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos y establece que prevalecen sobre la legislación interna en la medida en que reconozcan más derechos<sup>4</sup>. Sin dudas, esto comprende a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Instrumento		
CDN		Jerarquía constitucional.
Reservas		No hizo.
Declaraciones		Realizó dos declaraciones interpretativas en relación a la adopción internacional, en el sentido de que en ningún caso puede implicar el alojamiento en un hogar transitorio ni una ganancia económica para los que intervienen en la adopción. También hizo una declaración sobre el art. 30, indicando que debe ser interpretado como un caso donde se aplica el art. 2.
PF 1 <sup>1</sup>		Ratificado en 2003. Efectuó declaraciones destacando disposiciones de la Constitución relacionadas con el Protocolo.
PF 2 <sup>2</sup>		Ratificado en 2002.
PF 3 <sup>3</sup>		Aún sin firma del Estado.

*Es destacable que la Constitución no reduce el derecho a la identidad a la inscripción del nacimiento o el conocimiento sobre los orígenes biológicos, sino que también reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, abarcando el derecho a la educación intercultural y bilingüe.*

Además, la Constitución contiene varias disposiciones referidas específicamente a los derechos de los NNyA. Es medular el artículo 78 que los reconoce como sujetos plenos de derecho y establece que se deberá asegurar su protección integral con prioridad absoluta, tomando en cuenta el principio de interés superior y a través de legislación y tribunales especializados<sup>5</sup>. A su vez, el artículo 75 contiene el derecho a la protección de las relaciones familiares, reconociendo expresamente el derecho de los NNyA “a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen” o con una familia sustituta “cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior”. Este artículo agrega que “La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada” y que “la adopción internacional es subsidiaria de la nacional”.

Relacionado con ello, la Constitución también reconoce el derecho de toda persona a conocer la identidad

de sus progenitores, así como a llevar sus apellidos y a ser inscripto gratuitamente en el Registro Civil después del nacimiento<sup>6</sup>. Asimismo, contiene varias disposiciones referidas al derecho a la nacionalidad, destacándose que declara nacionales venezolanos a todas las personas nacidas en el territorio del país, independientemente de la nacionalidad de sus padres<sup>7</sup>.

Es destacable que la Constitución no reduce el derecho a la identidad a la inscripción del nacimiento o el conocimiento sobre los orígenes biológicos, sino que también reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, abarcando el derecho a la educación intercultural y bilingüe<sup>8</sup>.

Las disposiciones sobre el derecho a la educación, lógicamente, son mucho más vastas. Así, se dispone su obligatoriedad desde el nivel maternal hasta el llamado “nivel medio diversificado”, en tanto que la gratuidad se extiende hasta el



pregrado universitario<sup>9</sup>. En cuanto a sus fines, se definen de modo amplio, comprendiendo la educación ambiental y física.

Un párrafo especial merece la educación religiosa. La Constitución garantiza la libertad de religión y de culto y establece que “El padre y la madre tienen derecho a que sus hijos o hijas reciban la educación religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones”<sup>10</sup>. Este modo de referirse a la educación religiosa difiere del enfoque que la Convención establece en su artículo 14 para el derecho a la libertad de religión. En la Convención, este derecho es claramente de los NNyA y no de sus padres. La diferencia no es sutil ni menor. La Convención reclama que sean los NNyA, de acuerdo a su desarrollo progresivo, quienes decidan si desean profesar una religión y ser educados en ella. Esto implica que se escuchen sus opiniones y se contemple la posibilidad de apartarse del deseo de sus padres<sup>11</sup>.

Otros derechos en los que la Constitución realiza una referencia específica a los NNyA son los referidos a la protección contra la trata de personas<sup>12</sup>, la explotación económica<sup>13</sup> y al acceso a la información<sup>14</sup>.

Finalmente, merece la pena destacar que la Constitución dispuso la creación de un Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes, de competencia del Poder Público Nacional, el que se articula con el llamado “Poder Público Municipal” que administra determinados servicios<sup>15</sup>.

## 2. La “Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes” y otras leyes relacionadas

Poco después de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, en el año 2000, la Asamblea Nacional aprobó la “Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes” (LOPNNA). Esta ley sufrió dos modificaciones: la primera en 2007<sup>16</sup>, de carácter amplio y progresivo -recibida con satisfacción por el Comité<sup>17</sup>-, y la segunda en 2015, que recayó exclusivamente sobre el sistema penal de responsabilidad de los adolescentes, con un sentido regresivo.

La LOPNNA está organizada en cinco títulos y comprende tanto los derechos y garantías de los NNyA en general, como la regulación del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de los NNyA

-incluyéndose en estas las normas de procedimiento administrativo y judicial-, las instituciones de familia y el sistema penal de responsabilidad de los adolescentes. De esta forma, a pesar de no llevar la denominación de “Código”, se trata de uno de los cuerpos normativos más amplios y extensos de la región.

### • El principio de interés superior de los NNyA

De conformidad con la recepción constitucional del principio de interés superior, la LOPNNA lo define como un principio de interpretación y de aplicación de la ley “de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los NNyA”<sup>18</sup>. Adicionalmente, se indica una serie de pautas que se deben considerar para determinar el interés superior en una situación concreta, entre las que se destacan la opinión de los NNyA y su condición específica como personas en desarrollo, y se establece la prevalencia de los derechos de los NNyA sobre otros derechos e intereses igualmente legítimos en caso de conflicto. Así, se advierte que la definición del principio de interés superior seguida en la LOPNNA se ajusta al criterio interpretativo adoptado por el Comité en su Observación General N° 14<sup>19</sup>.

En esta misma dirección, la LOPNNA también recoge los principios de prioridad absoluta, gratuidad de las actuaciones y de ejercicio progresivo de los derechos, conforme a su desarrollo evolutivo.

### • El derecho a la identidad

El capítulo de derechos se inicia con los derechos a la vida, al nombre, nacionalidad y a la identificación. Mientras que con relación a los primeros tres derechos no se realiza otra cosa que su mera afirmación<sup>20</sup>, en el caso del derecho a la identificación se agrega que la inscripción en el Registro Civil debe ser inmediata al nacimiento, gratuita y por medio de procedimientos sencillos, y se impone a los centros de salud el deber de llevar un registro de nacimientos con las huellas plantares y dactilares de los recién nacidos y sus madres, junto a los demás datos estadísticos de rutina. Además, en caso de que el nacimiento ocurra en una institución pública, el niño o niña no podrá egresar del mismo sin que se realice su





© UNICEF Venezuela/2019/Ferrioli

inscripción y se contemplan sanciones económicas para los padres que omitan realizarla<sup>21</sup>. Al respecto, el Comité ha considerado que la imposición de multas u otro tipo de sanciones similares a los padres que omiten registrar a sus hijos es una medida contraproducente, pues puede convertirse en un disuasivo para el efectivo registro de aquellos NNyA que no fueron inscriptos oportunamente<sup>22</sup>.

Siguiendo el ya apuntado enfoque amplio del derecho a la identidad que

adopta la Constitución -incluyendo a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas-, en la LOPNNA se dispone que "Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión o creencias y a emplear su propio idioma, especialmente aquellos pertenecientes a minorías étnicas, religiosas, lingüísticas o indígenas"<sup>23</sup>. En materia de inscripción de nacimientos, además, la Ley del Registro Civil proclama que "Para los pueblos y comunidades indígenas se respetará su identidad cultural, atendiendo a sus costumbres y tradiciones ancestrales"<sup>24</sup>, de lo que se desprende que los nombres indígenas son admitidos.

La Ley de Registro Civil también contempla la identidad de género, permitiendo el cambio de nombre por motivos de género en sede administrativa. Es destacable que los adolescentes mayores de 14 años pueden solicitar el cambio de nombre por sí mismos, mientras que los menores de esa edad deben hacerlo a través de sus padres o representantes. De esta forma, la legislación venezolana se encuentra a la vanguardia de la región en este asunto y en sintonía con el estándar fijado por el Comité y la Corte IDH<sup>25</sup>.

Otra disposición valiosa de la Ley de Registro Civil venezolana es que, a diferencia de otros países de la región, expresamente permite a las niñas y adolescentes que son madres inscribir por sí mismas a sus hijos. En el caso de los varones, se admite su capacidad para efectuar reconocimientos de paternidad desde los 14 años, en tanto que los menores de esa edad deben contar con la autorización de sus padres y del Consejo de Protección o del Tribunal de Protección del NNyA.

Asimismo, como medida de especial protección para los NNyA, esta



Ley establece que “Los asientos y la información referidos a la filiación tendrán carácter confidencial y sólo podrán ser suministrados a sus padres, madres o mandatarios, representantes, responsables y a la autoridad administrativa o judicial encargada de tramitar algún asunto relacionado con niños, niñas y adolescentes”<sup>26</sup>.

Otra norma que regula diversos aspectos relacionados con la inscripción de los nacimientos y la filiación es la “Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad”<sup>27</sup>. En esta Ley se incluye un mecanismo tendiente a garantizar el reconocimiento paterno de los niños, requiriéndose que en caso de que la madre sea quien inscriba al niño o niña indique los datos que permitan individualizar al progenitor para su posterior notificación y emplazamiento por parte del Registro Civil y, en caso de no concretarse el reconocimiento, su derivación al Ministerio Público para que éste inicie la acción de filiación<sup>28</sup>. En estos casos el juez puede ordenar el análisis de ADN con carácter obligatorio. En definitiva, se trata de un procedimiento novedoso, que no ha sido advertido en la legislación analizada de los demás países de la región.

## • El derecho a la familia

La LOPNNA también dedica especial atención a la protección de las relaciones familiares. Así, establece que todos los NNyA “tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen”<sup>29</sup> y que “excepcionalmente, en los casos en que ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a vivir, ser criados o criadas y desarrollarse en una familia sustituta”.

Esta referencia al interés superior, que a primera vista aparece como excesivamente amplia, encuentra una mejor delimitación con otras disposiciones de la ley. De este modo, en el mismo artículo 26 se define a la separación de los NNyA de su familia de origen como una medida de protección de carácter excepcional, de último recurso y que, en la medida en que sea procedente, debe durar el tiempo más breve posible.

A renglón seguido, se agrega que la separación de la familia de origen no procede “por motivos de pobreza u otros supuestos de exclusión social” y que cuando la medida recaiga sobre varios hermanos éstos deben mantenerse unidos en un mismo programa de protección. En la misma dirección, se dispone que salvo en los casos de adopción, durante el tiempo que

los NNyA estén separados de su familia de origen “deben realizarse todas las acciones dirigidas a lograr su integración o reintegración en su familia de origen nuclear o ampliada”<sup>30</sup>.

La LOPNNA, como ya se anticipó, también define los programas de protección. Es aquí donde se advierten los mecanismos que buscan hacer realidad que la separación de los NNyA sea efectivamente una medida de último recurso. De este modo, además de las medidas de colocación familiar o adopción, entre otras, se contemplan programas de asistencia o apoyo familiar “para estimular la integración del niño, niña y adolescente en el seno de su familia y de la sociedad, así como guiar el desarrollo armónico de las relaciones entre los miembros de la familia”<sup>31</sup>. A su vez, se define que las entidades que ejecutan medidas de abrigo o colocación familiar deben ajustar su funcionamiento para procurar preservar los vínculos familiares y la identidad de los NNyA<sup>32</sup>.

Estas disposiciones deben analizarse en conjunto con la regulación de institutos como la patria potestad o la adopción, también incluidos en la LOPNNA. Más allá de que el instituto mismo de la patria potestad puede ser cuestionado bajo el enfoque de la Convención, debe advertirse que algunos de los motivos por los cuales la LOPNNA admite la privación de la patria potestad son excesivamente amplios e indeterminados (v. gr. el incumplimiento “de los deberes inherentes a la patria potestad”, el maltrato moral o permitir que el NNyA realice actos que atenten contra su integridad física, mental o moral<sup>33</sup>). En cualquier caso, merece destacarse que la integración en una familia sustituta<sup>34</sup> solo procede por decisión judicial y tras haberse oído a los NNyA, requiriéndose su consentimiento a partir de los 12 años.

Una regla que desentona con los distintos mecanismos de resguardo previstos en la LOPNNA es la admisión de la entrega directa de un niño por sus padres a un tercero. Como se ha señalado al evaluar a otros países con disposiciones similares, este tipo de prácticas deben ser fuertemente limitadas, pues es un mecanismo habitualmente utilizado para pergeñar la compra-venta de niños. La LOPNNA, en cambio, establece que en estos casos el juez debe considerar a esa familia como primera opción para la colocación familiar<sup>35</sup>.

En materia específica de adopción, tal como está definido en la Constitución, la LOPNNA remarca el carácter subsidiario de la adopción internacional.

También, enfatizando el reconocimiento del derecho a

*La gratuidad y obligatoriedad de la educación están previstas en la Constitución de la República, pero es destacable que la LOPNNA no solo reafirma esos principios, sino que establece este derecho ampara a los NNyA “aun cuando estén cumpliendo medida socioeducativa en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente”.*

conocer los orígenes, los adolescentes adoptados pueden requerir por sí mismos el acceso a la información de su expediente de adopción, mientras que los menores de esa edad pueden hacerlo a través de su representante legal. La ley establece que en ambos casos “deben ser previamente asesorados y asesoradas por el equipo multidisciplinario del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes”<sup>36</sup>.

Reiteradamente se ha señalado en este informe que las leyes nacionales deben permitir anular las adopciones cuando correspondan a procesos fraudulentos o tengan origen en algún delito. La mayoría de los países no admiten excepciones a la regla de la irrevocabilidad o lo hacen de un modo extremadamente limitado. La LOPNNA enrola a Venezuela en este último grupo, pues solo permite que la nulidad de la adopción sea reclamada en el plazo de un año desde la inscripción en el Registro Civil o desde que fuera conocido el vicio<sup>37</sup>.

- **El derecho a la protección contra toda forma de violencia**

La LOPNNA afirma el derecho de los NNyA al buen trato y e indica que “Este derecho comprende una crianza y educación no violenta, basada en el amor, el afecto, la comprensión mutua, el respeto recíproco y la solidaridad”<sup>38</sup>. A su vez, prohíbe taxativamente “cualquier tipo de correctivos físicos, de violencia psicológica o de trato humillante en perjuicio de los niños, niñas y adolescentes”<sup>39</sup> por parte de quienes ejercen la responsabilidad de crianza. Otros artículos de la LOPNNA contienen prohibiciones similares para otros ámbitos, como el educativo o la ejecución de medidas privativas de la libertad<sup>40</sup>.

La ya mencionada “Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad”<sup>41</sup> también contiene disposiciones referidas a la prevención de la violencia intrafamiliar. Sin embargo, esta ley solamente enuncia los programas que debe desarrollar el Estado en sus diferentes niveles, sin consagrar derechos propiamente dichos. Es en la “Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia”<sup>42</sup> donde se reconocen numerosos derechos de las mujeres víctimas de violencia y de sus hijas e hijos. Esta ley no trata específicamente los derechos de los NNyA a vivir libres de violencia, sino que los aborda en relación a sus madres<sup>43</sup>. Del mismo modo, se impone aquí el deber estatal de “garantizar programas permanentes de educación y prevención sobre la violencia de género”<sup>44</sup> y, en especial, de incorporar a los programas de estudio de todos los niveles educativos “contenidos dirigidos a transmitir a los alumnos y alumnas, al profesorado y personal administrativo, los valores de la igualdad de género, el respeto, la mutua tolerancia, la autoestima, la comprensión, la solución pacífica de los conflictos y la preparación para la vida familiar y ciudadana, con derechos y obligaciones domésticas compartidas entre hombres y mujeres y, en general, la igualdad de condiciones entre los hombres y mujeres, niños, niñas y adolescentes”<sup>45</sup>.

- **El derecho a la protección contra la violencia sexual con especial atención al abuso sexual, la explotación sexual y la trata**

La “Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia” también contiene la





tipificación de los delitos de tráfico y trata de mujeres, niñas y adolescente. A su vez, en la LOPNNA se incluye la tipificación de otros delitos contra la integridad sexual de los NNyA. Sin embargo, ni en una ni en otra norma se ha reparado en derechos específicos para los NNyA víctimas de estos de estos delitos. En la LOPNNA, apenas se establece que el Estado “debe garantizar programas permanentes y gratuitos de asistencia y atención integral a los niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas de abuso o explotación sexual” y “asegurar servicios forenses con personal especialmente capacitado para atender a los niños, niñas y adolescentes, principalmente para los casos de abuso o explotación sexual”<sup>46</sup>.

En el Código Penal, en tanto, se incluye la tipificación de los delitos tradicionales contra la libertad sexual. Se advierte que la edad mínima para el consentimiento sexual es de las más elevadas de la región, pues si bien existen tipificaciones ambiguas, una interpretación sistemática del Código Penal permite concluir que se ha fijado en 16 años<sup>47</sup>. En este sentido, resulta preocupante que no se ha previsto la exclusión de la punibilidad de los adolescentes que mantienen relaciones sexuales consentidas, especialmente considerando que la edad mínima de responsabilidad penal en Venezuela es de 14 años. Así, las relaciones sexuales entre adolescentes de 16 y 15 años resultan punibles para aquél de mayor edad<sup>48</sup>.

La falta de armonía entre las distintas disposiciones legales involucradas en esta cuestión también se evidencia al contrastarla con la edad mínima para contraer matrimonio. El Código Civil la fija en 14 años para las mujeres y 16 años para los hombres<sup>49</sup>, llegándose así al absurdo de que una adolescente de 15 podría casarse, pero no se le reconoce capacidad para consentir relaciones sexuales. De todos modos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró la inconstitucionalidad de este artículo del Código Civil, fijando de hecho en 16 años la edad mínima para contraer matrimonio, independientemente del género<sup>50</sup>. Aunque esta sentencia constituye un avance, como reiteradamente se ha señalado en este informe, esta edad mínima es incompatible con la Convención, que exige que no se admita el matrimonio por debajo de los 18 años, sin excepciones.

A su vez, la regulación del Código Penal sobre el consentimiento sexual también está desactualizada con relación al abordaje que la LOPNNA realiza sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva. De forma adecuada, en el art. 50 se establece que todos los NNyA “tienen derecho a ser informados

o informadas y educados o educadas, de acuerdo a su desarrollo, en salud sexual y reproductiva para una conducta sexual y una maternidad y paternidad responsable, sana, voluntaria y sin riesgos” y que los programas de atención de salud sexual y reproductiva “deben ser accesibles económicamente, confidenciales, resguardar el derecho a la vida privada de los niños, niñas y adolescentes y respetar su libre consentimiento, basado en una información oportuna y veraz”, reconociéndose a los adolescentes mayores de catorce años de edad el “derecho a solicitar por sí mismos y a recibir estos servicios”.

## • El derecho a la salud

Continuando con las cuestiones referidas al derecho a la salud, la LOPNNA contiene un catálogo amplio de derechos en esta materia. Así, además de establecer que todos los NNyA “tienen derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental” y a contar con “servicios de salud, de carácter gratuito y de la más alta calidad”, se incluye entre aquellos elementos que deben ser provistos gratuitamente las prótesis médicas, odontológicas y la medicación<sup>51</sup>. Asimismo, se incluyen artículos dirigidos a garantizar el acceso a la lactancia materna, la vacunación, la atención médica en emergencia y la protección de la maternidad y contra sustancias alcohólicas, estupefacientes y psicotrópicas, entre otros, y se ha procurado garantizar el derecho de los NNyA de comunidades y pueblos indígenas a que se respeten sus prácticas medicinales tradicionales.

Merece destacar también que se ha contemplado expresamente el derecho de los NNyA a ser informados sobre su estado de salud, de acuerdo a su desarrollo<sup>52</sup>. Sin embargo, con la excepción ya apuntada en materia de salud sexual y reproductiva, no se reconoce el principio de autonomía progresiva para que los NNyA puedan decidir sobre los tratamientos a realizarse o se tenga en cuenta su opinión ni se contempla su derecho a la confidencialidad. En este punto, entonces, la legislación venezolana se encuentra apartada del criterio fijado por el Comité, que ha destacado que “De conformidad con la evolución de sus capacidades, los niños deben tener acceso a terapia y asesoramiento confidenciales, sin necesidad del consentimiento de su padres o su custodio legal cuando los profesionales que examinen el caso determinen que ello redundaría en el interés superior del niño”<sup>53</sup> y más específicamente que “Las intervenciones y los tratamientos médicos deben contar con



el consentimiento voluntario e informado del adolescente, con independencia de que se exija o no también el de un progenitor o representante legal”<sup>54</sup>.

- **El derecho a la educación**

La LOPNNA también se extiende acabadamente sobre el derecho a la educación. Como vimos, la gratuidad y obligatoriedad de la educación están previstas en la Constitución de la República, pero es destacable que la LOPNNA no solo reafirma esos principios, sino que establece este derecho ampara a los NNYA “aun cuando estén cumpliendo medida socioeducativa en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente”<sup>55</sup>. Además, entre otros, se reconoce el derecho de los NNYA a participar en el proceso educativo, a ser oídos antes de la imposición de sanciones y a impugnarlas y, con mayor relevancia, el derecho de los NNYA indígenas a contar con programas de educación intercultural bilingüe, así como el derecho de los NNYA con necesidades especiales a que estas sean atendidas.

Algunos de esos derechos, a su vez, tienen una regulación más acabada en la Ley Orgánica de Educación<sup>56</sup>, donde también se reconoce el derecho de los estudiantes a organizarse en consejos estudiantiles. A su vez se ha previsto expresamente que la educación estatal en cualquier circunstancia será laica, lo que no resulta menor a la luz de la referencia que la Constitución realiza a la educación religiosa. Sin embargo, en esta ley se vuelve a caracterizar a la educación religiosa como un “derecho de las familias”, en vez de ser reconocido como un derecho de los NNYA.

- **El derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil**

El abordaje de la LOPNNA sobre el derecho a la protección contra la explotación económica y el trabajo infantil es aún más detallado, pues le dedica un capítulo específico. Sin embargo, esto no significa un mayor nivel de protección, lo que se evidencia en la simple circunstancia de que se fija en 14 años la edad mínima de admisión al empleo, permitiéndose incluso el trabajo desde una edad inferior si se cuenta con autorización del Consejo de Protección de NNYA. Aunque en la práctica este permiso se extendería de modo muy excepcional, especialmente para aquellos NNYA con talento artístico, sería conveniente que en la misma ley se limite el alcance de estas autorizaciones.

Como se ha señalado al analizar leyes similares de otros países de la región<sup>57</sup>, si bien la Convención no establece una edad mínima determinada para la admisión al trabajo<sup>58</sup>, el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>59</sup> exige que esa edad no sea inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a los 15 años. El Comité ha interpretado el artículo 30 de la Convención de conformidad con lo dispuesto en ese Convenio, reclamando a varios Estados que armonicen la edad mínima para trabajar con la que rige para la enseñanza obligatoria<sup>60</sup>. Como vimos, la Constitución fija el carácter obligatorio de la educación hasta el llamado “nivel medio diversificado”, que típicamente concluye a los 17 años, tres años más de los fijados para la regla general de admisión al empleo. En tanto, la facultad del Consejo de Protección de NNYA de otorgar permisos de empleo sin un



piso etario resulta abiertamente incompatible con la Convención.

## • El sistema de responsabilidad penal adolescente

En líneas generales, este sistema se ajusta a los estándares fijados por el Comité en su Observación General sobre “Los derechos del niño en la justicia de menores”<sup>61</sup>. Así, se contempla un catálogo amplio de salidas alternativas del proceso –como la conciliación y la remisión- y de medidas no privativas de la libertad<sup>62</sup>, que es definida como una medida excepcional. Además, el procedimiento garantiza ampliamente el derecho de defensa los adolescentes sometidos a proceso y dispone la intervención de actores judiciales especializados.

Una reforma realizada en el año 2015<sup>63</sup> elevó la edad mínima de responsabilidad penal a los 14 años<sup>64</sup>. Sin embargo, esta reforma también amplió el catálogo de delitos que admiten penas privativas de la libertad y duplicó su plazo máximo, llevándola a 10 años de prisión<sup>65</sup>. Este plazo no es compatible con la brevedad que debiera tener este tipo de medidas, tal como lo ha hecho notar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>66</sup>.

Algunas otras regulaciones puntuales también son cuestionables. Así, aunque de modo excepcional, se contempla la sanción de aislamiento durante la ejecución de las medidas privativas de la libertad “cuando sea estrictamente necesario para evitar actos de violencia contra sí mismo o contra terceros”<sup>67</sup>, sin plazo alguno ni control judicial. Tal como ha sido señalado respecto de otros países con legislación similar<sup>68</sup>, si el régimen de aislamiento -aún en adultos- resulta severamente cuestionable desde el derecho internacional de los derechos humanos<sup>69</sup>, no existen dudas de que es intolerable su aplicación a NNyA, pues se encuentra expresamente prohibido en las “Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad”<sup>70</sup>, que deben ser integradas en la interpretación del art. 37 de la Convención sobre Derechos del Niño.

También debe cuestionarse el plazo previsto para la liberación y derivación al Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de los niños o adolescentes menores de 14 años sorprendidos en flagrancia, fijado en veinticuatro horas<sup>71</sup>. Se trata de un plazo excesivamente amplio, que en la legislación

comparada es resuelto indicándose que la remisión y la libertad deben ser inmediatas. En este sentido, la Convención establece con claridad que la detención de un niño “se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda”<sup>72</sup>.



© UNICEF Venezuela/2019/Ferrioli

### 3. Recomendaciones

De acuerdo a la revisión realizada, con excepción de algunas cuestiones puntuales incompatibles con la Convención, las mayores críticas que pueden hacerse a la legislación venezolana sobre NNYA se relacionan con la falta de un abordaje específico sobre algunos de sus derechos.

Esto se evidencia, por ejemplo, en la legislación referida a la violencia intrafamiliar, donde los derechos de los NNYA son tratados exclusivamente en relación a sus madres, así como en el caso de que resulten víctimas de los delitos de tráfico o trata de mujeres, niñas y adolescente, donde no se contemplan mayores previsiones a la punición penal.

Del mismo modo, en materia de salud se ha omitido regular sus derechos específicos, sin que se reconozca el principio de autonomía progresiva ni se contempla su derecho a la confidencialidad, con excepción de lo referido a la salud sexual y reproductiva.

Otro grupo de artículos o leyes deben ser revisadas para lograr una mejor armonía con la Convención o, más precisamente, garantizar una mejor aplicación de los derechos y principios reconocidos en la propia legislación venezolana.

Así, las detalladas y novedosas reglas referidas a la inscripción de nacimientos -asunto sobre el que se advierte un notorio énfasis legislativo- pueden ser mejoradas eliminando las sanciones económicas a los padres que no efectúan la inscripción en tiempo oportuno. Como vimos, ello puede consistir en un desincentivo para la inscripción, logrando un efecto adverso al buscado.

En materia de adopción dos cuestiones específicas deben ser revisadas para contrarrestar los procesos fraudulentos: la admisión de la entrega directa de un

niño por sus padres a un tercero, que pasa a ser considerado como primera opción para la colocación familiar, y el plazo exiguo de un año para la acción de nulidad de la adopción.

Las normas incompatibles con la Convención, en tanto, son de fácil identificación. Un primer grupo se refiere a las edades mínimas para contraer matrimonio, para el consentimiento sexual y para trabajar. Mientras la primera debe elevarse a 18 años -sin admitir excepciones-, la segunda debe armonizarse con el resto de la legislación, sin distinciones por razones de género ni punir los actos sexuales consentidos entre adolescentes de similar edad. La edad mínima para trabajar a su vez debe armonizarse con el ciclo lectivo obligatorio, derogándose la facultad de conceder permisos de trabajo sin piso etario.

También son incompatibles con la Convención el plazo máximo de 10 años como pena privativa de la libertad para los adolescentes que infringen la ley penal, así como el plazo de 24 horas de detención para los menores de 14 años que son sorprendidos en flagrancia. Del mismo modo, la sanción de aislamiento durante la ejecución de la pena debe ser eliminada. Asimismo, se recomienda revisar la reforma realizada en 2015, reduciendo el catálogo de delitos que admiten sanciones privativas de la libertad.

Finalmente, aunque resulta de más difícil modificación por estar incluidos en una cláusula constitucional, el enfoque sobre la educación religiosa debe ser revisado. Tal como se expuso en el apartado primero, el derecho a la educación religiosa no puede ser definido como un derecho de los padres, sino que debe ser reconocido como un derecho de los NNYA, conforme al principio de autonomía progresiva, admitiéndose expresamente la posibilidad de que se aparten de las pretensiones de sus padres.

*Las detalladas y novedosas reglas referidas a la inscripción de nacimientos -asunto sobre el que se advierte un notorio énfasis legislativo- pueden ser mejoradas eliminando las sanciones económicas a los padres que no efectúan la inscripción en tiempo oportuno.*





## Citas y notas a pie de página:

- 1 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- 2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- 3 Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.
- 4 Art. 23 CRBV: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las Leyes de la República, son de aplicación inmediata y directa por los Tribunales y demás órganos del Poder Público”.
- 5 Art. 78 CRBV: “Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y un ente rector nacional dirigirá las políticas para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes”.
- 6 Art. 56 CRBV: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad.  
Toda persona tiene derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Éstos no contendrán mención alguna que califique la filiación.”
- 7 Art. 32 CRBV. Se agrega que el art. 33.3 establece que son venezolanos “Los extranjeros o extranjeras menores de edad para la fecha de la naturalización del padre o de la madre que ejerza sobre ellos la patria potestad, siempre que declaren su voluntad de ser venezolanos o venezolanas antes de cumplir los veintiún años de edad y hayan residido en Venezuela, ininterrumpidamente, durante los cinco años anteriores a dicha declaración.”
- 8 Art. 121 CRBV. “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones.”
- 9 Art. 103 CRBV.
- 10 Art. 59 CRBV.
- 11 Como se explica en el “Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño” de UNICEF, “Es el niño quien ejerce el derecho. Los padres pueden guiarlo, pero de una manera que se corresponda con la evolución de sus facultades y de conformidad con la Convención en su conjunto. El hecho de ‘guiar’ debe excluir, por ejemplo, toda forma de violencia física o mental (artículo 19). Y deben tenerse en cuenta las opiniones del niño: el artículo 12 protege el derecho de todo niño a formarse un juicio propio y a expresar sus opiniones libremente ‘en todos los asuntos que [le] afectan’, incluida la religión y la elección de ésta”. Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, edición revisada, 2002, p. 212/3.
- 12 Art. 54 CRBV: “Ninguna persona podrá ser sometida a esclavitud o servidumbre. La trata de personas y, en particular, la de mujeres, niños, niñas y adolescentes en todas sus formas, estará sujeta a las penas previstas en la ley”.
- 13 Art. 89.6 CRBV: “Se prohíbe el trabajo de adolescentes en labores que puedan afectar su desarrollo integral. El Estado los o las protegerá contra cualquier explotación económica y social.”
- 14 Artículo 58 CRBV: “La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.”
- 15 Art. 178.5 CRBV: “Son de la competencia del Municipio el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asignen esta Constitución y las leyes nacionales (...) en las siguientes áreas: (...) Salubridad y atención primaria en salud, servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad; educación preescolar, servicios de integración familiar de la persona con discapacidad al desarrollo comunitario, actividades e instalaciones culturales y deportivas; servicios de prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal”.
- 16 G.O. 5.859 Extraordinario.
- 17 CRC/C/VEN/CO/2.
- 18 Art. 8 LOPNNA.
- 19 Comité de los derechos del niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Allí se definió al interés superior del niño como un derecho sustantivo, un principio interpretativo fundamental y una norma de procedimiento para cualquier decisión que se tome en relación a los niños.
- 20 En el caso del derecho a la vida, se agrega que “El Estado debe garantizar este derecho mediante políticas públicas dirigidas a asegurar la sobrevivencia y el desarrollo integral de todos los niños, niñas y adolescentes” (art. 15 LOPNNA).
- 21 Art. 224 LOPNNA: “El padre, madre, representante o responsable que no asegure al niño, niña o adolescente su derecho a ser inscrito o inscrita y a obtener sus documentos



- de identificación en el plazo que establece la Ley, a pesar de haber sido requerido para ello, será sancionado o sancionada con multa de quince unidades tributarias a cuarenta y cinco unidades tributarias". El art. 225 a su vez establece sanciones para los funcionarios públicos: "Todo funcionario o funcionaria público que entorpezca, impida, retrase, viole o amenace el ejercicio del derecho a ser inscrito o inscrita u obtener los documentos de identificación de un niño, niña o adolescente, será responsable civil, penal y administrativamente y, en consecuencia, será sancionado o sancionada con multa de quince unidades tributarias a noventa unidades tributarias".
- 22 Ver en este sentido Implementation handbook for the Convention on the rights of the child, R. Hodgkin y P. Newell, UNICEF, 3ed., revisada, 2007, pag. 100.
- 23 Art. 36 LOPNNA.
- 24 Art. 14 Ley 39.2648/2009.
- 25 Ver Observación General núm. 20 "sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia", 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34; Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 sobre "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo", 25 de noviembre de 2017, párr. 154; ver también Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género ("Principios de Yogyakarta").
- 26 Art. 60 Ley 39.2648/2009.
- 27 G.O. N° 38.773/2007.
- 28 Art. 21: "Cuando la madre y el padre del niño o niña no estén unidos por vínculo matrimonial o unión estable de hecho, que cumpla con los requisitos establecidos en la ley, y la madre acuda a realizar la presentación ante el Registro Civil, deberá indicar el nombre y apellido del padre, así como su domicilio y cualquier otro dato que contribuya a la identificación del mismo." Ver artículos siguientes en relación al procedimiento. Asimismo, el art. 21 establece que "En los casos en que el embarazo haya sido producto de violación o incesto, debidamente denunciado ante la autoridad competente, la madre podrá negarse a identificar al progenitor, quedando inscrito el niño o niña ante el Registro Civil con los apellidos de la madre" y que "Con base al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, tal circunstancia en ningún caso será incluida en el texto del acta correspondiente". Como se ha señalado al evaluar una disposición similar de la legislación boliviana, si bien puede ser razonable no inscribir la filiación en el Registro Civil en estos casos, no debe olvidarse que los NNyA siempre tienen derecho a conocer la información sobre su origen.
- 29 Art. 26 LOPNNA.
- 30 Art. 26 LOPNNA.
- 31 Art. 124.B LOPNNA.
- 32 Art. 183 LOPNNA.
- 33 Art. 352 LOPNNA.
- 34 La LOPNNA engloba en este concepto las modalidades de colocación familiar o en entidad de atención, la tutela y la adopción (art. 394).
- 35 Art. 400 LOPNNA.
- 36 Art. 429 LOPNNA.
- 37 Art. 509 LOPNNA.
- 38 Art. 32-A LOPNNA. Este artículo agrega que "El padre, la madre, representantes, responsables, tutores, tutoras, familiares, educadores y educadoras deberán emplear métodos no violentos en la crianza, formación, educación y corrección de los niños, niñas y adolescentes. En consecuencia, se prohíbe cualquier tipo de castigo físico o humillante. El Estado, con la activa participación de la sociedad, debe garantizar políticas, programas y medidas de protección dirigidas a la abolición de toda forma de castigo físico o humillante de los niños, niñas y adolescentes."
- 39 Art. 358 LOPNNA.
- 40 El art. 56 prohíbe "cualquier tipo de castigo físico o humillante" en el ámbito educativo, en tanto que el art. 631.i prohíbe expresamente la imposición de castigos corporales
- 41 G.O. N° 38.773/2007.
- 42 G.O. N° 38.668/2007 (reformada por G. O. N° 40.548/2014).
- 43 Al enunciarse las garantías que consagra la ley, se dispone que "También tendrán derecho a la asistencia social integral a través de estos servicios sociales los niños, niñas y adolescentes que se encuentren bajo la potestad parental o responsabilidad de crianza de las mujeres víctimas de violencia" (art. 4.4).
- 44 Art. 7 G.O. N° 38.668/2007.
- 45 Art. 24 G.O. N° 38.668/2007.
- 46 Arts. 33 y 34 LOPNNA.
- 47 Mientras el art. 374 inc. 1° penaliza con penas de 15 a 20 años de prisión cualquier acto sexual con una persona menor de 13 años y el inc. 2° a quienes se hayan valido de una "relación de superioridad o parentesco" si la víctima fuera menor de 16 años, el art. 378 reprime con una pena sustancialmente inferior a quien realice actos sexuales con una persona de entre 12 y 16 años sin importar sus circunstancias. Este mismo art. 378 también penaliza el acto sexual practicado "en mujer mayor de dieciséis años y menor de veintiuno con su consentimiento (...) cuando hubiere seducción con promesa matrimonial y la mujer fuere conocidamente honesta". Este tipo penal no resulta compatible con la prohibición de discriminación por razones de género, pues no resulta admisible establecer edades diferentes para el consentimiento sexual en función del género ni la penalización del acto sexual en función de la actividad sexual previa del sujeto pasivo.
- 48 Al respecto, el Comité ha advertido que "Los Estados deben evitar que se criminalice a los adolescentes de edades similares por mantener relaciones sexuales objetivamente consensuadas y sin fines de explotación". Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 40
- 49 Art. 46 Código Civil.
- 50 Sentencia publicada en la G.O. 40.553, de fecha 02/12/2014.
- 51 Art. 41 LOPNNA.
- 52 Art. 43 LOPNNA.
- 53 Observación General N° 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, CRC/C/GC/15, párr. 31.
- 54 Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de



- los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20, párr. 39.
- 55 Art. 53 LOPNNA.
- 56 G.O. 5929/2009.
- 57 V. gr. Bolivia y Paraguay.
- 58 Ver art. 30 de la CDN.
- 59 Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138). Ver también la Recomendación (núm. 146) que lo complementa.
- 60 Ver por caso sus observaciones finales sobre Nicaragua: “También se propone al Gobierno que estudie la ampliación de la enseñanza obligatoria a nueve años de escolarización, a la vez que se procura que la edad de terminación de la enseñanza obligatoria se armonice con la edad mínima para trabajar...” (Nicaragua CRC/C/15/Add.36, párrafo 38). En el mismo sentido, al examinar a Túnez señaló que “la discrepancia legislativa entre la edad para terminar la enseñanza obligatoria y la edad mínima para la admisión al empleo pueda alentar a los adolescentes a abandonar el sistema escolar” (Túnez CRC/C/15/Add.39, párrafo 9).
- 61 Observación General nro. 10 (2007), CRC/C/GC/10.
- 62 Las sanciones previstas son la orientación verbal educativa, la imposición de reglas de conducta, los servicios a la comunidad, la libertad asistida, la semi-libertad y la privación de libertad. Todas las medidas, de acuerdo a la ley, tienen finalidad educativa (art. 620 LOPNNA).
- 63 G.O. 6185 Extraordinario.
- 64 Originalmente fijada en la LOPNNA en 12 años.
- 65 El art. 628 establece una pena de 6 a 10 años de prisión para los casos de homicidio (salvo culposo), violación, secuestro, delitos de drogas en mayor cuantía, abuso sexual con penetración, sicariato o terrorismo, en tanto que se fija una pena de 4 a 6 años de prisión para las lesiones gravísimas (salvo culposas), robo agravado, robo sobre vehículos automotores, abuso sexual, extorsión o asalto a transporte público. Además, se establece que en caso de reincidencia o concurso real de delitos se aplica la pena máxima.
- 66 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, 2011, OEA/Ser.L/V/II, párr. 369.
- 67 Art. 631.J LOPNNA.
- 68 V. gr. Bolivia.
- 69 Ver, por todos, la Observación General sobre el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, efectuada por el Comité de Derechos Humanos, donde se observa que “el confinamiento solitario prolongado de la persona detenida o presa puede equivaler a actos prohibidos por el artículo 7” (Comité de Derechos Humanos, Observación general 20, 1992, HRI/GEN/1/Rev.7, párrafo 6).
- 70 Res. AG 45/113, del 14/12/1990. Ver en particular art. 67, que establece que “Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos 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.”
- 71 Art. 532 LOPNNA.
- 72 Art. 37.B CDN. En la misma línea, reiteradamente la Corte IDH ha señalado que, conforme a su jurisprudencia y otros instrumentos internacionales, la detención de niños “debe ser excepcional y por el período más breve posible” y ha condenado Venezuela por detenciones adolescentes de 38 horas (Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, párr. 85).

El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó y abrió a la firma y ratificación la Convención sobre los Derechos del Niño. América Latina lideró el proceso de ratificación y menos de un año después, en tiempo récord, la Convención ya entraba en vigencia. En esos mismos años muchos países de la región reformaron sus constituciones y otorgaron jerarquía constitucional a la Convención y otros tratados internacionales de derechos humanos, a la par que incorporaron a su norma fundamental derechos específicos de los niños, niñas y adolescentes. Pero es importante destacar que, la constitucionalización de la Convención y de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a pesar de representar un gran avance, no alcanza por sí sola a satisfacer la exigencia de adecuación del derecho interno a las obligaciones asumidas por los Estados al ratificar la Convención.

La fuerte tradición codificadora en la región, propia del derecho continental, dirigió el proceso de adecuación interna a la elaboración de códigos o leyes especiales sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, el mero hecho de aprobar un Código o una Ley de Protección tampoco es suficiente para adecuar la legislación interna a la Convención. A la pregunta obvia acerca del contenido de esos códigos, no siempre consecuentes con el paradigma de la protección integral ni autosuficientes sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes se agrega la necesidad de armonizar otras ramas de la legislación que rigen las relaciones entre los adultos y el Estado con los niños, niñas y adolescentes, como los códigos Civiles, de Familia, Penales o las leyes sobre educación, salud, trabajo, entre tantas otras.

### Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)

Oficina Regional para América Latina y el Caribe  
Calle Alberto Tejada, Edificio 102  
Ciudad del Saber  
Panamá, República de Panamá  
Apartado postal: 0843-03045

Teléfono: + 507 3017400  
[www.unicef.org/lac](http://www.unicef.org/lac)  
Twitter: @uniceflac  
Facebook: /uniceflac



**CDN30** AÑOS  
CONVENCIÓN SOBRE  
LOS DERECHOS DEL NIÑO